

ESTUDIOS

La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral
Juan Gorelli Hernández

Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedades en el Concurso
Elena Desdentado Daroca

El tratamiento del salario y los beneficios sociales en los Planes de Igualdad: insuficiencias y buenas prácticas
Eva Saldaña Valderas

Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores
Mireia Llobera Vila

Los trabajadores inmigrantes en Andalucía: trayectorias laborales e integración social
Rafael Martínez Martín

MERCADO DE TRABAJO

La reforma laboral no favorece la creación de empleo de calidad. Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (tercer trimestre de 2010)
Santos Ruesga Benito, José Luís Martín Navarro, Laura Pérez Ortíz

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Almería
Eficacia jurídica de los preacuerdos convencionales: la asamblea de empresarios
Juan Escribano Gutiérrez

Universidad de Córdoba
Poder de dirección, autonomía individual y negociación colectiva. A propósito de una revisión salarial unilateral
M^a Inmaculada Benavente Torres

Universidad de Granada
La problemática de la recaída en incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿cuál ha sido su finalidad?
Belén Del Mar López Insua

Universidad de Huelva
El reembolso como obstáculo tradicional a la "libre circulación de pacientes"
Iluminada Del Rocío Fera Basilio

Universidad Pablo de Olavide
Extinción del contrato de trabajo. El despido por razones ideológicas en la Administración Pública
María José Gómez-Millán Herencia

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
M^a Dolores Rubio de Medina

108

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
108/2011 - Primer Trimestre

TEMAS LABORALES 2011

108

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



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO



JUNTA DE ANDALUCÍA



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

108

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

VOCALES

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

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

SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico-72 euros. Número suelto: 18 euros
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

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

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 108/2011
Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral .. JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	13
Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de so- ciedades en el Concurso	53
ELENA DESDENTADO DAROCA	
El tratamiento del salario y los beneficios sociales en los Planes de Igualdad: insuficiencias y buenas prácticas	85
EVA SALDAÑA VALDERAS	
Límites comunitarios a la cesión ilegal de trabajadores	115
MIREIA LLOBERA VILA	
Los trabajadores inmigrantes en Andalucía: trayectorias laborales e in- tegración social	145
RAFAEL MARTÍNEZ MARTÍN	

2. MERCADO DE TRABAJO

La reforma laboral no favorece la creación de empleo de calidad. Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (tercer trimestre de 2010)	175
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTÍZ	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO Universidad de Almería Eficacia jurídica de los preacuerdos convencionales: la asamblea de empresarios	209
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	
PODER DE DIRECCIÓN Universidad de Córdoba Poder de dirección, autonomía individual y negociación colectiva. A propósito de una revisión salarial unilateral	221
M ^a INMACULADA BENAVENTE TORRES	

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

- La problemática de la recaída en incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿cuál ha sido su finalidad? 239
- BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

- El reembolso como obstáculo tradicional a la “libre circulación de pacientes” 251
- ILUMINADA DEL ROCÍO FERÍA BASILIO

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

- Extinción del contrato de trabajo. El despido por razones ideológicas en la Administración Pública 267
- MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

- Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía .. 283
- M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA

- DECRETO-LEY 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público (BOJA núm. 147, de 28 de julio) 288

- DECRETO 308/2010, de 15 de junio, por el que se determina el Calendario de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011 313

- ORDEN de 15 de julio de 2010, de creación y regulación de nuevos ficheros de datos de carácter personal 315

- ORDEN de 15 de julio de 2010, por la que se delegan las competencias que se citan en distintos órganos 317

- ORDEN de 14 de mayo de 2010, por la que se delegan determinadas competencias en materia de formación profesional para el empleo 317

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación 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/> - y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesusacruz@us.es y/o chano@uhu.es

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
Nº 108/2011
First Trimester

INDEX

1. STUDIES

Concurrence of collective agreements in the labour law jurisprudence . . . JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	13
Productive decentralization, transmission companies and corporate groups under Insolvency Law ELENA DESDENTADO DAROCA	53
The income and social benefits in equality between men and women plan: insufficiencies and good practices EVA SALDAÑA VALDERAS	85
European community limits to illegal placement workers MIREIA LLOBERA VILA	115
Immigrant workers in Andalusia: career paths and social integration ... RAFAEL MARTÍNEZ MARTÍN	145

2. LABOUR MARKET

The labour reform does not promote good-quality employment. Report on the labour market situation in Spain and Andalusia (third trimester 2010) SANTOS RUESGA BENITO JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO LAURA PÉREZ ORTÍZ	175
--	-----

3. JUDICIAL COMMENTS

COLLECTIVE LABOUR RIGHTS University of Almeria Judicial efficiency and normal pre-agreements: employers meeting JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	209
MANAGEMENT POWER University of Cordoba Decision power, individual autonomy and collective bargaining. As regards the unilateral income salary revision	221

M ^a INMACULADA BENAVENTE TORRES	
SOCIAL SECURITY PENSIONS	
University of Granada	
The problem of temporal incapacity relapse and the achievement of competences in the NISS to grant a new medical illness under latest reforms: What is the aim?	239
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA	
ADMINISTRATIVE LABOUR LAW	
University of Huelva	
A traditional obstacle to the “free circulation of patients”: the refund ..	251
ILUMINADA DEL ROCÍO FERIA BASILIO	
THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT	
Universidad Pablo de Olavide	
Employment contract cease. The dismissal for ideological reasons in the Public Administration	267
MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA	
5. LEGISLATIVE REMARKS	
Legislative comment about the Andalusian Autonomous Community ..	283
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva*

EXTRACTO

Palabras Clave: Negociación Colectiva, estructura y concurrencia de convenios, excepciones

La posibilidad de negociar a diferentes niveles convenios colectivos plantea la posibilidad de que haya más de un convenio colectivo al mismo tiempo, que resulte aplicable a un colectivo concreto de trabajadores. Ello plantea la necesidad de utilizar criterios que determinen cuál es la norma o convenio aplicable. El ordenamiento responde a esta cuestión estableciendo una regla especial: el principio de prohibición de concurrencia de principios.

La brevedad con la que el legislador regula esta institución hace que surjan importantes dudas interpretativas sobre el mismo. Este trabajo plantea un análisis de las mismas a la luz de los últimos diez años de jurisprudencia laboral sobre la materia.

Comprobaremos cuál es el significado de este principio interpretativo, que establece una regla de prioridad temporal en la aplicación de los convenios que concurren, delimitaremos el ámbito de aplicación del mismo sobre todo desde la perspectiva de la exigencia de que haya convenios diferentes pero parcialmente coincidentes. Por último, analizaremos las excepciones que ha establecido el propio ordenamiento a la aplicación del principio de prohibición de concurrencia de convenios.

ABSTRACT

Key Words: Collective Bargaining, structure, agreements, exceptions

The possibility of negotiating different levels of a collective agreement gives rise to have more than one collective agreement that, at the same time, is applicable to the same group of workers; therefore one would have two collective agreements affecting same type of workers. Thus, there is a need to specify which criteria shall be used in each agreement. The law answers this question while establishes one key rule: the principle of prohibition of agreements concurrences (in which the collective agreement cannot be affected by another one of different scope).

We have some doubts about this regulation because it seems that it has been shortened and may lead to confusion. Our study performs an analysis of the past ten years in the labour jurisprudence.

We will revise what is the interpretation principle, which establishes a general priority rule in the application of agreements that are under non-concurrence or non-competition principles. Also, we will limit the application scenario in some cases and basically on those cases in which it is intended to have different agreement but with some clauses that are similar.

And finally we will analyse those exceptions that such law has established to the application of its principles of non-concurrence or restraint on competition.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA NORMA LEGAL Y LAS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS
2. SIGNIFICADO Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS
3. LA ASIMETRÍA EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS A LOS DISTINTOS NIVELES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS: INEFICACIA Y NO NULIDAD
5. DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA
 - 5.1. Coincidencia temporal.
 - 5.2. Coincidencia espacial, objetiva y subjetiva en el ámbito de aplicación
 - 5.3. No aplicación de la prohibición de concurrencia a la colisión con convenios extraestatutarios
6. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA
 - 6.1. La regulación de la concurrencia a través de los acuerdos interprofesionales
 - 6.2. La concurrencia descentralizadora
 - 6.3. Relación entre las dos excepciones
7. ALTERNATIVAS AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN COMO CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE
8. CONCURRENCIA DE CONVENIOS EN SITUACIONES ESPECIALES

1. INTRODUCCIÓN: LA NORMA LEGAL Y LAS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS

El origen del problema que vamos a tratar reside en el hecho de que nuestro ordenamiento admite una amplia libertad de negociación, especialmente para fijar los niveles de negociación¹. Esta última cuestión se certifica a través de lo previsto por el art. 83.1 ET: “Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”. En realidad, esta enorme libertad reconocida por nuestro ordenamiento se encuentra limitada legalmente, pues para poder negociar un convenio colectivo dentro de un determinado ámbito se exigen determinados requisitos de capacidad y legitimación². De otro lado, no puede negarse que esa libertad de elección del nivel de negociación se ha visto afectada por sucesivas reformas laborales que han preferido unos ámbitos sobre otros de negociación, promoviéndose legalmente dichos ámbitos en distintos momentos (en algún caso con clara intención centralizadora, en otros casos favoreciendo el nivel empresarial de negociación). La consecuencia es

¹ La respuesta es absolutamente predominante dentro de la doctrina laboral española, pudiendo considerarse consolidada. Sobre esta cuestión, vid. Mercader Uguina, J.R.: *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas, Madrid 1994, página 133; también López Anierte, M.C.: *La concurrencia de convenios colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, página 15; Molina Navarrete, C.: “La nueva dialéctica afectación/desafectación entre convenios y estructura de negociación tras las reformas laborales de 1994 y de 1997”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 1997, página 382.

² Vid. STSJ de Cantabria, de 21 de enero de 2009, AS 2009\1044.

que en nuestro sistema de relaciones laborales existe una compleja estructura de negociación colectiva, fruto de la libertad de fijación del ámbito de negociación, de las preferencias legales por ciertos ámbitos o del acarreo histórico.

Esta libertad nos conduce a la existencia de pluralidad de convenios en distintos niveles de la negociación colectiva; de manera que puede haber diferentes convenios colectivos de distinto ámbito, aplicables al mismo tiempo a un colectivo laboral concreto. A partir de ahí existe el importante problema jurídico de cuál es el convenio colectivo que regula las relaciones de trabajo cuando existen distintos que podrían ser de aplicación.

Todo ello se complica aún más por el hecho de que nuestro ordenamiento rechaza un planteamiento jerárquico entre los diferentes niveles de negociación (superior e inferior): el poder normativo del que emanan los convenios colectivos no es una fuente diversa que ofrezca productos de distinta jerarquía jurídica.

De otro lado, el art. 86.4 ET establece el principio de sucesión de convenios colectivos: “El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”. Ello implica que los convenios colectivos se van sucediendo ordenadamente en el tiempo, de manera que la existencia de un nuevo convenio implica necesariamente que no es factible la aplicación del anterior (salvo que el nuevo establezca expresamente lo contrario).

No obstante, no todos los problemas pueden resolverse por esta vía, pues en realidad este principio funciona cuando se trata de convenios colectivos de idéntico ámbito que no se superponen, sino que se sustituyen al agotarse el primero de ellos. Es decir, el principio de sucesión o modernidad implica que un mismo poder normativo actúe en momentos diferentes, pero no resuelve el problema de que haya convenios colectivos en distintos ámbitos aplicables al mismo tiempo.

El problema que nos ocupa, la concurrencia, va a aparecer en aquellos casos en los que existen más de un convenio colectivo de diferente ámbito (procedente, por tanto, de diferentes sujetos con poder normativo), pero que pueden ser aplicados a un mismo colectivo de trabajadores en el mismo momento: es en estos casos cuando hablamos de concurrencia de convenios colectivos. En estos casos, nuestro ordenamiento ha establecido una regla que se basa también sobre el principio de temporalidad: a tenor del art. 84 ET en su primer párrafo “Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto (...)”. La norma es reducida y aparentemente simple: vigente un convenio, que es el primero en el tiempo, no podrá verse afectado por convenios colectivos que tengan un ámbito distinto y sean posteriores o segundos en el tiempo; es decir, se establece un criterio de prioridad temporal o *prior in tempore*. Es lo que normalmente se denomina

como principio de prohibición de concurrencia de convenios. Sin embargo las dudas interpretativas que derivan de este precepto son importantes:

- De entrada, debemos hacer referencia a una cuestión crucial: ¿qué es la concurrencia?, ¿cómo se delimita? La cuestión es esencial, pues la regla de prioridad temporal se aplica sólo a los casos de verdadera y auténtica concurrencia de convenios.

- De otro lado, surge la cuestión relativa a si es el único principio que resuelve la situación de concurrencia de convenio, o si es posible la existencia de otras alternativas al art. 84 ET. La cuestión es de especial interés, pues hemos de recordar cómo la propia regulación laboral ha establecido expresamente un principio distinto que podría resultar de aplicación, me refiero al principio de norma más favorable, recogido expresamente en el art. 3.3 ET: “Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactados (...), se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su cómputo, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables”.

- ¿Qué debemos entender por vigencia? La cuestión es importante, pues el principio de prohibición de concurrencia se aplica sólo durante la vigencia del primer convenio. Surgen así dudas que nos remontan a delimitar cuál es la vigencia del convenio colectivo, con instituciones tales como la denuncia del convenio, la ultra actividad del convenio o la prórroga del mismo.

- ¿Qué significa que el primer convenio en el tiempo no puede verse “afectado” por otro de distinto ámbito y posterior? ¿Qué es la afectación de un convenio por otro? La cuestión tiene una especial importancia sobre todo desde el punto de vista de si el segundo convenio puede tener algún tipo de eficacia, o si, por el contrario estamos abocados a la nulidad del mismo.

- ¿Afecta el principio de prioridad temporal de igual manera a los convenios de diferente nivel? Dicho de otra manera; ¿es idéntica la situación de un convenio de empresa, primero en el tiempo, con un convenio de ámbito superior posterior, que la situación de un convenio de ámbito superior, primero en el tiempo, que concurre con un convenio de empresa posterior?

- ¿Se aplica esta regla sólo a los convenios regulados por el Estatuto de los Trabajadores, o también en la concurrencia entre convenios estatutarios y extraestatutarios (o en la concurrencia entre estos últimos)?

Una vez señalados los principales problemas interpretativos derivados del principio de prohibición de concurrencia y su significado, nos encontramos con el hecho de que existen, al menos, dos importantes excepciones al mismo: de entrada, el propio art. 84 ET en su primer apartado, y tras establecer el principio de prohibición de concurrencia señala que este se aplica “salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83 (...)”; es decir, los acuerdos interprofesionales, que pueden establecer reglas de re-

solución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito; reglas que pueden ser diferentes al principio de prohibición de concurrencia de convenios.

De otro lado, también el propio párrafo primero del art. 84 ET exceptúa el principio de prohibición de concurrencia de convenios en función de lo previsto en el párrafo 2º, que prevé la posibilidad descentralizar la negociación colectiva afectando a convenios de ámbito superior y primeros en el tiempo, a través de convenios colectivos posteriores y de ámbito superior a la empresa, pero inferior al convenio al que afectan. Lo que se plantea, es la ruptura del principio de prioridad temporal, de manera que el segundo convenio en el tiempo pueda afectar al superior y primero en el tiempo.

2. SIGNIFICADO Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS

La concurrencia consiste en que dos normas convencionales que, aún siendo de distinto ámbito, coinciden parcialmente, de modo que ambas pueden regular al mismo tiempo las relaciones jurídicas de un concreto colectivo de sujetos. La concurrencia puede ser conflictiva o no; es decir, podemos encontrar situaciones en las que ambas normas son opuestas, ofreciendo regulaciones contradictorias, de manera que sólo sea posible aplicar una de ellas (concurrencia conflictiva); pero también podemos asistir a supuestos de concurrencia no conflictiva, pues las normas no se oponen entre sí, de manera que ambas puedan ser aplicadas al mismo tiempo (supuestos de complementariedad, suplementariedad o supletoriedad, por ejemplo³). El art. 84 ET viene a resolver en su primer párrafo los supuestos de concurrencia conflictiva entre diferentes convenios colectivos⁴, se requiere por tanto que ambos convenios colectivos sean de distinto ámbito, coincidan parcialmente y ofrezcan una regulación contradictoria⁵.

A tenor del art. 84 ET, un convenio colectivo que está vigente, “no podrá ser afectado” por un convenio colectivo de distinto ámbito. ¿En qué consiste esa prohibición de afectación? Tal como señala la jurisprudencia, significa que la regulación establecida en el primero convenio no puede ser sustituida de

³ Vid. SS.TSJ de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2002, AS 2003\1532; Baleares de 3 de febrero de 2000, AS 2000\393

⁴ STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051.

⁵ Vid. Cruz Villalon, J.: “Estructura y concurrencia entre convenios colectivos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 68, página 92.

ninguna manera por la regulación del convenio posterior⁶. Significa que de los dos convenios que podrían ser aplicables para regular las relaciones jurídicas de un determinado colectivo de trabajadores, el ordenamiento prefiere a uno de ellos, el que está vigente. Ello nos plantea un importante problema, pues si hay una situación de concurrencia, es que ambos convenios colectivos están vigentes (de lo contrario no habría concurrencia). En realidad, cuando el legislador establece la prohibición de concurrencia de un convenio durante su vigencia, lo que está pretendiendo decir, de una manera bastante críptica, es que de los dos convenios colectivos vigentes, el que tiene preferencia aplicativa es aquel que ha aparecido primero en el tiempo: un convenio primero en el tiempo, que se aplica a un concreto ámbito laboral, se impone a los convenios de distinto ámbito que hayan aparecido posteriormente. Expresado en otros términos, en la situación de concurrencia conflictiva entre convenios, el que existe en segundo lugar no podrá alterar lo dispuesto por el primero.

La prohibición de concurrencia supone el establecimiento de un principio de prioridad temporal, a tenor del cual, cuando concurren dos convenios colectivos, se le da prioridad aplicativa al convenio que es el primero en el tiempo; es decir, a aquél de los dos que existe en primer lugar. La prohibición de concurrencia se plasma así en una prohibición de afectación del convenio posterior respecto del anterior; se rechaza la aplicación del convenio colectivo posterior a las relaciones jurídicas que han sido encuadradas con anterioridad por otro convenio colectivo⁷.

Desde el punto de vista doctrinal, podemos recordar cómo Molina Navarrete señalaba que la regla del art. 84 ET establece “la no afectación o intangibilidad del convenio *prior in tempore* mediante el impedimento de modificar sus contenidos o alterar sus presupuestos por el convenio posterior”⁸.

⁶ Así la STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2006, AS 2007\830, señala que “La regla general del art. 84.1 ET es la no afectación del convenio anterior por los posteriores de ámbito distinto. El término «afectar» presenta un campo de significado relativamente amplio dentro del que pueden destacarse las acciones de «influir», «dañar» o «perjudicar». La idea de afectación como influencia negativa o perjudicial agrupa todas las formas de concurrencia conflictiva (...). En este sentido cualquier alteración del conjunto de derechos y obligaciones que se expresa en el convenio es susceptible de determinar en principio un supuesto de afectación (...) la regulación de una materia distinta por otro convenio puede «afectar» al convenio vigente si su introducción rompe el equilibrio contractual, aunque formalmente no altere lo pactado”.

⁷ En este sentido, señala la STSJ de Galicia de 2 de julio de 2004, AS 2004\2463 que el art. 84 ET “sienta el principio general consistente en la prohibición de que un convenio, durante su vigencia, pueda ser afectado por lo dispuesto en otros de ámbito distinto (...) Por ello ante la concurrencia mencionada y como así expuso el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de febrero de 1992 (RJ 1992,1155), se concede preferencia al convenio colectivo en vigor respecto al que invade posteriormente su ámbito de aplicación, consagrándose así el criterio del convenio «prior in tempore potior in ius».

⁸ Op. cit., página 385.

De esta manera la jurisprudencia ha venido señalando la existencia de concurrencia en supuestos en los que existía un Convenio de Sector de Prótesis Dental de la provincia de Valencia y posteriormente y durante su vigencia se aprueba un Convenio de Laboratorios de Prótesis dentales de Castellón y Valencia⁹, o cuando para la provincia de Madrid se celebra un Convenio de Almacenistas de Plátanos y meses antes de llegar la fecha de denuncia del convenio y de que este pierda vigencia, se negocia para la misma provincia el Convenio de Mayoristas de Frutas, Hortalizas y Plátanos afectando al primero de ellos¹⁰. De igual manera hay concurrencia entre un convenio provincial de Vizcaya de empresas de Merchandising, que es el primero en el tiempo, y un convenio nacional posterior de la misma actividad¹¹. También cuando se negocia un convenio de empresa del sector de pastelerías y panaderías, cuando estaban vigentes los convenios sectoriales de Panadería y el de Pastelería, Confitería y Bollería¹²; o cuando existiendo un convenio de empresa, el de ENATCAR, se pretende aplicar un convenio colectivo provincial de la actividad de transporte posterior en el tiempo¹³. En estos ejemplos nos hemos referido a situaciones diversas en las que se producen situaciones de concurrencia entre convenios de muy diferente ámbito funcional (nacional y de sector inferior, entre convenios de sector provincial, entre convenios de empresa y sector) abarcando la mayor parte de supuestos en los que se puede producir una situación de concurrencia de convenios, pero en todo caso los ejemplos son numerosos dentro de la jurisprudencia¹⁴.

Tradicionalmente se ha entendido que el principio de prohibición de concurrencia, que otorga prevalencia al primer convenio en el tiempo, tiene el objetivo de estabilizar la estructura de la negociación colectiva, dificultando los cambios de niveles de negociación si no existe acuerdo entre las partes para suprimir el concreto ámbito de negociación y permitir la aplicación de otros convenios. No obstante, hay que señalar que de la literalidad del precepto y las interpretaciones judiciales no se deduce realmente este objetivo:

- De entrada, a tenor del propio principio, la prioridad del primero en el tiempo sólo se mantiene durante su vigencia y dado que nada impide negociar convenios de distinto ámbito, incluso concurrentes, durante la vigencia del primero, puede ocurrir perfectamente que a la finalización del primer convenio

⁹ STS de 5 de junio de 2001, RJ 2001\5488.

¹⁰ STS de 16 de julio de 2001, RJ 2002\576.

¹¹ STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2006, JUR 2006\59329.

¹² STSJ de Valencia de 18 de junio de 2008, JUR 2008\301691.

¹³ STSJ de 26 de septiembre de 2008, JUR 2008\14779.

¹⁴ Vid. a modo de ejemplo las SSTSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2007, AS 2008\302; Madrid de 9 de abril de 2007, AS 2007\2838; País Vasco de 7 de febrero de 2006, AS 2006\1547; Cantabria de 23 de julio de 2004, JUR 2004\207504; Asturias de 15 de noviembre de 2003, AS 203\1429; Navarra de 23 de octubre de 2002, AS 2002\400; Valencia de 13 de septiembre de 2001, AS 2002\1382.

exista ya otro, que tras la pérdida de vigencia del primero, pase a convertirse en convenio aplicable, alterando por tanto ese ámbito de negociación.

- Lo anterior viene facilitado por la jurisprudencia que señala cómo durante los supuestos de prórroga y ultra actividad no resulta de aplicación la prohibición de concurrencia de convenios.

- También se rompe esa idea de estabilización como objetivo de la regulación si tenemos en cuenta que el convenio concurrente, según la jurisprudencia, no resulta anulado, sino que la no afectación implica establecer una situación de mera ineficacia aplicativa del segundo convenio en el tiempo, de modo que podrá aplicarse en el futuro perfectamente (cuando pierda vigencia el primero).

- El propio art. 84 ET establece excepciones al principio general. En concreto se han establecido mecanismos tendentes a favorecer la intromisión de negociación colectiva procedente de otros ámbitos, tal como sucede por ejemplo con la admisión de la concurrencia descentralizadora establecida en el propio art. 84 segundo párrafo ET; o el papel que juegan los acuerdos de empresa en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o descuelgue salarial.

La conclusión de lo expuesto es que vamos a comprobar cómo realmente el ámbito de aplicación de la prohibición de concurrencia es más limitado de lo que parece en un primer momento; y la finalidad de estabilizar la negociación colectiva se ve limitada tanto por la propia literalidad del precepto, por la interpretación judicial que se realiza del mismo y por las excepciones que el mismo establece o que proceden de otras normas.

La interpretación del principio de prohibición de concurrencia como un mecanismo de estabilidad de la estructura de la negociación colectiva, pasa necesariamente por entender, que la prioridad temporal se refiere, no al concreto convenio, sino a la unidad negociadora que crea el primero de los ámbitos de negociación (la empresa o el sector): esto permitiría concluir que los convenios posteriores nunca podrán invadir ese ámbito, si no es con la conformidad de las propias partes afectadas. Justamente es lo que se ha planteado por la doctrina laboral en el marco de las relaciones entre convenios de empresa y convenios sectoriales: aún cuando el de empresa sea el primero en el tiempo, tarde o temprano perderá vigencia: en este caso, si existe un convenio posterior y de ámbito superior, una interpretación estricta del art. 84 ET supondría la imposibilidad de mantener vivo el ámbito de negociación de empresa (pues el convenio de ámbito superior sería, ahora, el primero en el tiempo). Sin embargo, la doctrina laboral¹⁵ ha defendido que en estos casos se mantenga la existencia

¹⁵ Vid. Martín Valverde, A.: “Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo”, en AA.VV., dirigidos por E. Borrajo Dacruz, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, EDERSA, 1985, página 54; de igual modo Fernández López, M.F.: “Concurrencia de negociaciones y concurrencia de convenios”, *Revista de Política Social* nº 134 (1982), página 247 y ss.

del ámbito inferior de negociación, como expresión del propio art. 84 ET que debe ser entendido a favor del mantenimiento de la diversidad de la negociación colectiva; pues de lo contrario, tarde o temprano se nos conduciría a la homogeneidad negocial y haría inviable la negociación en ámbitos inferiores. Solo si las partes estuviesen de acuerdo en abandonar el ámbito negocial de empresa, se podría aplicar el resultado de la negociación de ámbito superior. Esta línea se sigue por parte de la jurisprudencia que admite que denunciado el convenio de empresa, si se procede a la apertura de un nuevo proceso de negociación real, se respetará dicho ámbito negocial, aún haya convenios en vigor de ámbito superior en dicho momento. La cuestión cambia cuando los procesos de negociación tengan carácter ficticio.

En cuanto al fundamento del principio de prohibición de concurrencia de convenios, es claro que reside en el propio carácter normativo del convenio colectivo: si dotamos al convenio de eficacia normativa, no sería factible que durante su vigencia pudiera verse afectado. Es este motivo el que limita también que puedan negociarse convenios del mismo nivel durante la vigencia del existente, no existiendo en estos casos deber de negociar; y de la misma manera, es lo que justifica que un convenio posterior pueda afectar al que ya había entrado en vigor con anterioridad. Admitir lo contrario con carácter general sería, cuanto menos anómalo, desde la perspectiva del disfrute de la condición de norma jurídica que se otorga al convenio colectivo. Por la misma razón, como veremos posteriormente, es por lo que no cabe aplicar el principio de prohibición de concurrencia cuando estamos ante una colisión entre convenios estatutarios y extraestatutarios, pues los segundos carecen de esa eficacia normativa que caracteriza a los primeros.

De otro lado, sería posible encontrar otro fundamento para justificar que el legislador haya optado por la prioridad temporal como norma de aplicación de los convenios colectivos concurrentes; me refiero al hecho de que a diferencia de otros principios aplicativos (especialmente el de norma más favorable), éste facilita una importante dosis de certeza y seguridad jurídica. También cabe señalarse como algún sector doctrinal ha estimado como fundamento de la concurrencia de convenios el principio *pacta sunt servanda*¹⁶.

3. LA ASIMETRÍA EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS A LOS DISTINTOS NIVELES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El principio de prohibición de concurrencia, aún cuando no se haya establecido de manera expresa, presenta un marcado carácter asimétrico del que

¹⁶ Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 381.

podría deducirse una apariencia de no aplicación en ciertas situaciones. Me refiero al hecho de que no es igual que el primer convenio en el tiempo sea de sector o de empresa; se establece así un confuso juego de relaciones entre convenios de ámbito superior e inferior que parece suponer una limitación en el juego de este principio.

En aquellos casos en los que estemos ante un convenio de sector, primero en el tiempo, por ejemplo un convenio provincial, su vigencia limita (salvo excepción ex art. 83.2 ET en relación con el primer párrafo del art. 84 ET) la existencia de convenios colectivos de ámbito de empresa. En estos casos estaríamos claramente ante una situación de concurrencia que debe resolverse a tenor de la regla general del art. 84 ET.

Por el contrario, la existencia de un convenio de empresa, que es el primero en el tiempo, no limita en absoluto la existencia de negociación colectiva estatutaria de nivel superior y posterior en el tiempo. Aparentemente ello supondría la no aplicación de la prohibición de concurrencia, pero no es así: este principio también se manifiesta en estos casos, pero de diferente manera, pues si bien la existencia del convenio inferior no impide la negociación en niveles superiores (lo cual es lógico, pues de darse la respuesta contraria impediríamos el ejercicio del derecho constitucional a la negociación en tales niveles superiores), en base al art. 84 ET, el convenio inferior no se verá afectado por el superior y posterior, su ámbito no será invadido, sino que debe ser forzosamente respetado. En conclusión, desde este punto de vista se evidencia que el principio de prohibición de concurrencia no impide que haya una pluralidad de convenios colectivos.

La respuesta es absolutamente coherente, pues si bien el convenio inferior y primero en el tiempo, no impide la existencia del superior y posterior, el art. 84 sí impide que el superior y posterior pueda afectar al inferior y previo. En todo caso, ello evidencia que existe una prohibición de concurrencia en sentido estricto cuando se relación un convenio superior y primero en el tiempo con convenio inferior (mejor diríamos de empresa, por la salvedad que vamos a ver a continuación), mientras que existe una prohibición de efecto más débil en la relación entre convenio inferior primero en el tiempo y un posterior de ámbito superior.

En todo caso, hay que señalar, no obstante, que esta situación no se repite de manera idéntica si tomamos como punto de referencia las relaciones entre convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, pero de diferente ámbito (convenios de sector nacionales, autonómicos, provinciales, etc.). Ciertamente la existencia de un convenio superior a la empresa primero en el tiempo, no impide la existencia de convenios de ámbito aún superior y posterior (al igual que la relación entre convenio de empresa y superior), si bien ese convenio posterior no puede invadir el ámbito del primero e inferior; pero, ¿qué ocurre

en la situación contraria? En este caso debemos señalar cómo el legislador ha establecido una excepción al principio de prohibición de concurrencia que analizaremos posteriormente: la concurrencia descentralizadora del segundo párrafo del art. 84 ET; de manera que si se cumplen los requisitos, la existencia de un convenio de ámbito superior, no impide la existencia de un convenio de sector, pero de ámbito inferior, y posterior, admitiéndose legalmente la situación de concurrencia.

La consecuencia de esta situación es que se establezca una cierta dificultad a la hora de entender y aplicar la prohibición de concurrencia de convenios: sin dudas la asimetría y la excepción en forma de concurrencia descentralizadora, empañan la limpieza interpretativa de dicho principio.

En conclusión, hasta ahora el principio de prohibición de concurrencia supone:

1º Un convenio de empresa no impide jamás la existencia de uno posterior y superior, si bien este último debe respetar el ámbito del primero.

2º Un convenio superior primero en el tiempo impide la afectación por parte de uno posterior y de empresa¹⁷.

3º Si se cumplen los requisitos del art. 84 párrafo segundo, un convenio superior al de empresa y primero en el tiempo, puede verse afectado aún cuando sea el primero, por un convenio posterior, de ámbito superior a la empresa, pero de ámbito geográfico inferior al primero en el tiempo (por ejemplo convenio nacional primero en el tiempo y convenio provincial segundo en el tiempo; convenio nacional o autonómico primero en el tiempo y convenio provincial segundo en el tiempo).

4. EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS: INEFICACIA Y NO NULIDAD

Una vez que encontramos una situación en la que existen dos convenios colectivos concurrentes, siendo de aplicación la prohibición del art. 84 ET, surge la cuestión de cuáles son los efectos de la misma. A tenor del art. 84 ET el convenio anterior no puede verse afectado por el convenio posterior y de distinto ámbito; ello implica que el segundo convenio no puede invadir el ámbito del primero, de manera que las relaciones jurídicas reguladas por el primer convenio no se verán afectadas por el segundo. A tenor del art. 84 ET esta conclusión es bastante clara; ahora bien, ¿qué ocurre con el convenio posterior?

¹⁷ Sobre estos dos primeros puntos, afirmaba Mercader Uguina, J.R. que “vigente un convenio colectivo en un determinado ámbito, no resultará posible negociar otro de ámbito más reducido, pudiendo en cambio, concluirse otro de ámbito superior, el cual no podrá, sin embargo, aplicarse a las relaciones jurídicas disciplinadas por el precedente”. Op. cit., página 173.

Para que haya concurrencia deben existir dos convenios colectivos diferentes, luego el convenio concurrente es un convenio perfecto, negociado de conformidad a la regulación legal; válido en definitiva. Esta afirmación es esencial, pues determina cuál va a ser la consecuencia de la concurrencia de convenios. Dado que se admite que la prohibición de concurrencia no impide la existencia de convenios de ámbito diferentes, la respuesta que defiende la jurisprudencia es que “si se da la situación de concurrencia de convenios que proscribe el art. 84 ET, ello no produce la nulidad del convenio invasor, sino tan sólo la ineficacia aplicativa del mismo”¹⁸; en idéntico sentido la doctrina laboral¹⁹. En definitiva, lo que se pretende con el art. 84 ET es dar preferencia aplicativa, pero no que haya una paralización de negociaciones conducentes a la obtención de otros convenios que sean aplicables al finalizar la vigencia de los anteriores²⁰. En todo caso hay que señalar como en momentos anteriores la jurisprudencia se inclinó por la declaración de nulidad²¹.

Por lo tanto, hay que rechazar que el convenio segundo en el tiempo, que en principio es un convenio absolutamente válido, pues ha sido aprobado por los sujetos legitimados y con los requisitos establecidos por el ET, quede anulado por entrar en concurrencia con otro convenio anterior. Su situación es la de ineficacia o inaplicación al ámbito del convenio anterior.

Esto nos plantea un problema en cuanto a qué ocurre cuando el demandante de la concurrencia solicita la declaración de nulidad y no de la inaplicación del convenio. En estos casos la jurisprudencia estima que no se genera una situación de incongruencia procesal si pese al suplico de nulidad, dado que esta no es admisible, se declara la inaplicación en vez de la desestimación de la demanda: se considera que “lo que pretende la demanda, al invocar la situación

¹⁸ STS de 13 de noviembre de 2007, RJ 2008\998. De igual manera la STS de 8 de junio de 2005, RJ 2005\6014: “(...) el efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal. Ello obedece a que el art. 84.1 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, está también indicando de modo implícito que la situación en la que queda el invasor es la de «ineficacia aplicativa», como declaró esta Sala en sus ss. de 27 de marzo de 2000 (RJ 2000\10542), y 31 de octubre de 2003 (RJ 2004\5889) o de «mera inaplicabilidad» (STS de 5 de junio de 2001 [RJ 2001\5488]”. En similares términos la STS de 31 de octubre de 2003, RJ 2004\589.

¹⁹ Por todos, vid. Baylos Grau, A.: “Unidades de negociación y concurrencia de convenios”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100 (2000), página 1470. De igual manera, Cruz Villalón, J.: Op. cit., página 91; Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 389.

²⁰ STS de 21 de diciembre de 2005, RJ 2006\1426. También las Sentencias de los TSJ: STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2007. JUR 2007\303992; Valencia de 24 de enero de 2007, AS 2008\5; Galicia de 21 de marzo de 2005, AS 2005\721.

²¹ Vid. STS de 7 de abril de 1994, RJ 1161\94.

de concurrencia es evitar que dicho convenio desconozca y se entrometa en el ámbito funcional del convenio afectado, y, por ello, no se incurre en incongruencia si se concede la inaplicación en lugar de la nulidad²².

De otro lado, hay que subrayar que la vía procesal para reclamar por concurrencia de convenios, es la de impugnación de convenios colectivos²³.

5. DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCU- RRENCIA

Una vez que hemos visto cuál es el sentido del principio de prohibición de concurrencia, hemos de centrarnos ahora en su delimitación; es decir, cuándo se aplica, cuáles son las situaciones en las que resuelve situaciones conflictivas.

De entrada debemos recordar que el legislador se refiere a la “concurrencia”, no como cualquier situación en la que confluyen dos convenios colectivos, sino que este principio funciona única y exclusivamente cuando esa concurrencia tiene carácter conflictivo; es decir, el art. 84 ET sólo resulta de aplicación cuando los dos convenios colectivos, de distinto ámbito (si no tienen ámbito distinto ni siquiera existe obligación de negociar el segundo convenio) tienen regulaciones opuestas, produciéndose una situación de colisión o conflicto entre convenios²⁴, de manera que las regulaciones convencionales son contradictorias²⁵. Por lo tanto, este principio aplicativo sólo debe utilizarse cuando las dos regulaciones resultan incompatibles entre sí, teniendo que excluirse una u otra. Ello implica que no resulta aplicable el art. 84 cuando estamos ante meras situaciones de “concurso” de convenios colectivos²⁶; es decir, aquellos supuestos en los que se produce una efectiva coordinación entre los convenios colectivos, pudiendo aplicarse ambos a la vez, a un mismo colectivo, regulando los dos las relaciones jurídicas de este colectivo, sin que surja incompatibilidad entre los dos convenios (complementariedad de convenios, convenios que se declaran supletorios de otros, situaciones de reparto material en base a acuerdos interprofesionales, etc.).

²² STS 24 de abril de 2006, RJ 2006\4708.

²³ STS de 31 de octubre de 2003, RJ 2004\589. También la STSJ de Galicia de 21 de marzo de 2005, AS 2005\721.

²⁴ En este sentido la STSJ del País Vasco de 19 de febrero de 2008, AS 2008\1336: “La concurrencia de convenios supone que un convenio de un determinado ámbito resulta afectado por otro de ámbito superior o inferior, concurriendo ambos sobre un mismo grupo de relaciones laborales, de manera conflictiva e irreconciliable, lo que concluirá con la inaplicación o el desplazamiento de la entrada en vigor del convenio invasor o concurrente, mediante la paliación del principio *prior in tempore*, dada la preferencia que se atribuye al primer convenio sobre el posterior que venga a alterarlo”.

²⁵ En este sentido Baylos Grau, A.: Op. cit., página 1470.

²⁶ Expresión utilizada por Mercader Uguina, J.R.: Op. cit., página 135.

Lo anterior supone que no resulta de aplicación el art. 84 ET en su primer párrafo, cuando, por ejemplo, hay un convenio colectivo de nivel superior, que admite expresamente la aplicación de convenios de nivel inferior, siempre y cuando mejoren lo establecido en el convenio superior (y primeros en el tiempo), lo cual sería un supuesto de complementariedad²⁷; o es posible encontrar convenios que declaran expresamente que convenios de otros ámbitos (superiores o inferiores) son supletorios²⁸, o simplemente se remiten para ciertas cuestiones a convenios de otro nivel²⁹.

De otro lado, aún cuando el art. 84 establece una prohibición de concurrencia de convenios de “distinto ámbito”, en realidad, no debe realizarse una interpretación literal pues si los convenios tuviesen ámbitos totalmente diferentes, la concurrencia sería imposible; no se produciría conflicto entre ellos. Para que estemos ante un verdadero supuesto de concurrencia entre convenios la doctrina y la jurisprudencia ha venido señalando que, aún cuando los ámbitos sean diferentes, es necesario que se produzca una coincidencia parcial entre convenios, que se configura como supuesto de hecho para la aplicación del art. 84 ET; concretamente esta coincidencia debe ser doble. En primer lugar debe haber una coincidencia temporal entre los convenios colectivos, la cual no se requiere que sea plena (idénticas fechas de entrada en vigor y extinción), sino que basta con que se superpongan temporalmente, de manera que vigente el primero, en un momento determinado durante su vigencia, se intente imponer el segundo; en segundo lugar, es necesario una segunda coincidencia en cuanto al ámbito de aplicación objetivo, subjetivo y territorial de los convenios colectivos, si bien parcial.

5.1. Coincidencia temporal

La exigencia de coincidencia temporal deriva directamente de la literalidad del propio art. 84 ET, pues se establece una prohibición de concurrencia sobre el primer convenio durante su vigencia. Consecuentemente, los dos convenios deben superponerse temporalmente. La cuestión es mucho más compleja de lo que parece a simple vista debido a la propia configuración de la vigencia del convenio colectivo. Es necesario precisar el período de tiempo que el convenio está en “vigor”, pues la prohibición le protegerá sólo durante ese período de tiempo. Se plantean así dos problemas: cuándo entra en vigor y cuando finaliza su vigencia. La cuestión tiene especial importancia, pues una vez entrado en

²⁷ STS de 10 de octubre de 2000, RJ 2000\9423; STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051.

²⁸ SS.TSJ de Cantabria de 26 de enero de 2005, AS 2005\11; STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051; País Vasco de 11 de septiembre de 2001, AS 2001\3407.

²⁹ STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001, AS 2001\4205.

vigor el convenio colectivo no podrá verse afectado por el posterior, y una vez que finaliza la vigencia del convenio colectivo se pone término final a la prohibición de concurrencia.

Respecto de la primera cuestión, el momento de entrada en vigor, las normas a las que podemos remitirnos son dos, de un lado el art. 86.1 ET que establece que son las partes las que establecen la duración del convenio, pudiendo pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia; de otro lado el art. 90.4 ET, precepto que señala que el convenio entra en vigor cuando las partes lo acuerden. Dado que las partes pueden establecer el momento de entrada en vigor, es perfectamente posible aplicar el convenio colectivo con efecto retroactivo al momento en que sea publicado en el boletín correspondiente o con anterioridad al momento de su aprobación.

Aparentemente deberíamos tener en cuenta el momento que las partes acuerdan como de entrada en vigor. Sin embargo, a los efectos del art. 84 ET, esta es una interpretación que se ha rechazado tradicionalmente, pues supondría que los sujetos negociadores del convenio tendrían la posibilidad de bloquear la aplicación del art. 84 ET o incluso limitar la negociación en ámbitos diferentes, por la simple vía de establecer fechas de entrada en vigor retroactivamente, es decir, con anterioridad al momento de la negociación, pudiendo afectar de esta manera a otros convenios que realmente se han negociado con anterioridad³⁰. En consecuencia se requiere un sistema objetivo que determine el momento de entrada en vigor a estos efectos, con independencia de la voluntad de las partes.

Pues bien, ¿cómo determinamos la entrada en vigor? Las posibilidades son múltiples: fecha de inicio del proceso negociador, fecha de constitución de la mesa negociadora, fin efectivo de las negociaciones, el momento de la aprobación formal, la remisión del convenio a la autoridad laboral, fecha de publicación oficial, etc. Cada una de estas posibilidades tiene elementos positivos y negativos a la hora de determinar la entrada en vigor a efectos del art. 84 ET, pero habría que centrarse en un criterio que no permita a las partes evitar o imponer frente a otros un convenio, sino que se vaya a un criterio de

³⁰ Sería el caso de la STSJ del País Vasco de 7 de febrero de 2006, AS 2006\1438. Esta resolución se enfrentaba a un supuesto de ámbito funcional regulado por un convenio nacional (el XIII Convenio nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos), hasta que se aprueba un convenio provincial que novedosamente incluye a las empresas de ingeniería y que si bien se aprueba posteriormente, se retrotrae a la fecha de efectos de entrada en vigor del convenio nacional. Pues bien ante esta situación señala la Sentencia, que esa cláusula de retroactividad “no produce el efecto de reemplazar a este convenio durante el tiempo en que estuvo en vigor, pues en dicho periodo tuvo fuerza obligatoria, resultando por ello inmune a la cláusula de retroactividad pactada con carácter general en un posterior convenio colectivo con ámbito territorial y funcional distintos. Estipulación que no puede utilizarse para privar de eficacia al convenio estatal durante todo el tiempo en que estuvo en vigor (...).

carácter objetivo; de ahí que normalmente se toma la fecha de publicación del convenio colectivo en el boletín oficial correspondiente; de hecho, a raíz de la publicación del convenio es cuando éste puede entrar efectivamente en vigor (tal como señala el art. 90.3 ET, para que el convenio tenga validez y eficacia, es necesario que sea publicado en el boletín oficial correspondiente)³¹, aún cuando formalmente pudiera retrotraerse.

De otro lado, también vamos a encontrar problemas en relación a la pérdida de vigencia del convenio colectivo. En principio, tal como establece el art. 86.1 ET, la duración de los convenios la fijan las partes, siendo contenido mínimo del convenio la determinación del ámbito temporal del convenio colectivo (art. 85.3 ET). En todo caso, para que el convenio colectivo pierda vigencia se exige la denuncia del mismo (art. 86.2 ET). En consecuencia, parecería que la determinación del momento de pérdida de vigencia es una cuestión bien sencilla. Sin embargo no es así, pues intervienen dos normas que generan importantes dudas desde el punto de vista de la prohibición de concurrencia: la prórroga automática (salvo pacto en contrario) cuando no media denuncia expresa de las partes (art. 86.2 ET) y el problema de la ultra actividad del convenio colectivo (art. 86.3 ET). A partir de aquí la cuestión es si un convenio en situación de prórroga automática o en situación de ultra actividad, tiene vigencia en el sentido del art. 84 ET; es decir, si en estos períodos de prórroga o ultra actividad, resulta o no de aplicación la prohibición de concurrencia de convenios.

Sobre esta cuestión podemos destacar que la posición que actualmente sostiene el TS y la jurisprudencia menor es que la prohibición de concurrencia no rige durante los períodos de prórroga automática, ni en los períodos de ultra actividad. Así, se afirma que “la ultra actividad (...) no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal, referida al ámbito temporal pactado. Conclusión distinta supondría la «petrificación» de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes»³². Las situaciones de prórroga o ultra actividad son, en realidad, situaciones especiales en las que se mantiene la aplicación

³¹ Vid. en este sentido la STSJ de Andalucía de 7 de octubre de 2008, AS 2009\1683.

³² STS de 23 de octubre de 1995, RJ 1995\7864; cuya literalidad se reitera por la posterior de 2 de febrero de 2004, RJ 2004\1069, o por la STS de 17 de mayo de 2004, RJ 2004\4969. De igual manera la doctrina de los STSJ, como por ejemplo, las SSTSJ de Madrid, de 21 de mayo de 2007, AS 2007\1984; Andalucía de 11 de enero de 2007, JUR 2008\253471; País Vasco de 7 de febrero de 2006, AS 2006\1651; País Vasco de 11 de octubre de 2005, JUR 2006\59597; País Vasco de 12 de julio de 2005, AS 2005\2756; Cantabria de 1 de junio de 2005, JUR 2005\137440; Cantabria de 6 de abril de 2005, AS 2005\672; País Vasco de 8 de marzo de 2005, JUR 2005\198696; País Vasco de 1 de octubre de 2002, JUR 2003\41502; Asturias de 26 de enero de 2001, AS 2001\29; País Vasco de 4 de abril de 2000, AS 2000\3152; Baleares de 25 de enero de 2000, AS 2000\1045; Asturias de 14 de enero de 2000, AS 1999\6861.

de un convenio colectivo para evitar vacíos de regulación, vacíos que pueden ser también cubiertos perfectamente por la aplicación de otro convenio colectivo, de diferente ámbito, aplicable al ámbito concreto del convenio en estas situaciones. En conclusión, “la regla general de intangibilidad del convenio colectivo durante su vigencia por lo dispuesto en otro convenio de distinto ámbito que reza el art. 84 ET limita su eficacia al ámbito temporal pactado para el mismo, vencido el cual tal inmunidad desaparece no operando en la fase de ultra actividad de las cláusulas normativas a que se refiere el art. 86 de la misma norma (...)”³³.

Esta es la posición predominante entre la jurisprudencia laboral, pues es posible encontrar resoluciones contrarias a este planteamiento³⁴; habiéndose incluso llegado a afirmar que durante la situación de prórroga o ultra actividad resulta de aplicación el principio de norma más favorable³⁵.

La justificación de esta postura que se basa en que aplicar la prohibición de concurrencia durante los períodos de prórroga o ultra actividad, supondría la práctica imposibilidad de crear nuevos ámbitos de negociación, facilitando una dosis de estabilidad excesiva a la estructura de la negociación colectiva³⁶, generando situaciones de verdadera “petrificación” de la estructura negocial, de modo que la negociación se limitase a la mera y simple revisión de los convenios colectivos precedentes dentro de las mismas unidades de negociación, salvo que las partes, voluntariamente decidiesen acceder a un ámbito distinto de negociación. De otro lado, este planteamiento de estabilidad podría conducirnos en realidad a un abandono de la negociación por el bloqueo de una de las partes que se sienta cómoda con el convenio denunciado: esta situación se evita si la prohibición de concurrencia no es aplicable tras la denuncia.

Como prueba de que tras la denuncia del convenio éste pierde vigencia (a los efectos de posibles nuevas negociaciones), hemos de recordar cómo tras la denuncia surge de nuevo el deber de negociar, que durante la vigencia del convenio ha estado limitado a las partes del convenio; además, desaparece el contenido obligacional del convenio, pudiendo la parte laboral presionar al

³³ STSJ de 25 de abril de 2006, JUR 2006\188535.

³⁴ No obstante, es posible encontrar resoluciones contrarias en aquellos casos en los que se pacta expresamente el mantenimiento de la vigencia del convenio (en su totalidad) tras su denuncia y mientras se negocia el nuevo convenio; así la STS de 5 de marzo de 2008, RJ 2008\5067; en igual sentido la STSJ de Galicia de 16 de septiembre de 2003, JUR 2004\41245; Andalucía de 25 de marzo de 2003\1995; en otros casos se reconoce la no aplicación tras la denuncia, pero por haber pasado un largo tiempo sin que los sujetos legitimados en la unidad negociadora hayan alcanzado un acuerdo de sustitución del anterior convenio; así la STSJ del País Vasco de 5 de abril de 2005, AS 2005\2800; o de Andalucía de 23 de enero de 2003, AS 2003\2568.

³⁵ En este sentido la STSJ de 9 de mayo de 2000, AS 2000\3161.

³⁶ Rodríguez-Piñero, M.: “Ley y convenio colectivo en la reforma del mercado de trabajo”, *Relaciones Laborales* nº 14 de 1993, página 6. En idéntico sentido Mercader Uguina, J.R.: *Op. cit.*, página 190.

empresario en el ámbito de la negociación³⁷; ello evidencia cómo tras la denuncia surge de nuevo la posibilidad de negociar convenios colectivos, lo que se proyectaría sobre el art. 84 ET en el sentido de facilitar el impulso a nuevos ámbitos de negociación colectiva.

La conclusión de no aplicar la prohibición de concurrencia durante las situaciones de prórroga o ultra actividad supone que dicho principio se aplica hasta el momento de la denuncia del convenio, o, ante la falta de denuncia, hasta el momento del término final fijado en el convenio colectivo. Se trata, por tanto, de una delimitación muy estricta del espacio temporal en el que se aplica la prohibición de concurrencia de convenios colectivos³⁸. Ello implica que denunciado el convenio colectivo, podemos encontrar que haya sujetos legitimados para negociar en el mismo ámbito y que haya así una sucesión de convenios; o que haya sujetos legitimados para negociar en ámbitos distintos, por lo que si se pretende una sucesión de convenios, los sujetos legitimados deben proceder rápidamente a aprobar el nuevo convenio y no ser así invadidos por convenios procedentes de otro nivel.

También desde el punto de vista de la vigencia de convenios, hemos de tener en cuenta el funcionamiento de la prohibición de concurrencia en las situaciones en las que hay una extensión de convenio colectivo (art. 92 ET). Dicho de otra manera, si estamos ante un convenio extendido, ¿es de aplicación la prohibición de concurrencia en el ámbito al que ha sido extendido? La respuesta debe ser negativa, pues la extensión de un convenio colectivo no es más que una solución transitoria y provisional, dirigida a cubrir una laguna de regulación, por lo que no puede entenderse (en el ámbito en el que se ha extendido) como un convenio colectivo en plena vigencia³⁹.

³⁷ López Anierte, M.C.: Op. cit., páginas 34 y 35.

³⁸ Molina Navarrete, C.: Op. cit., páginas 387 y 388.

³⁹ En este sentido la STSJ de Cantabria de 23 de marzo de 2005, AS 2005\640: “Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1995 (RJ 1995\396) «la extensión constituye una forma excepcional de integrar lagunas de la regulación profesional por especial dificultad en la negociación o por la presencia de circunstancias sociales y económicas de notoria importancia (art. 92.1 ET en su redacción anterior). Esta integración opera a través de una técnica de reenvío: se declara aplicable en un determinado ámbito una norma convencional que ha sido aprobada para otro (...). La norma extendida no resulta así modificada en su estructura, contenido o ámbito de aplicación por el acto de extensión que es accidental y externo a ella; simplemente actúa como elemento para la integración de una laguna de regulación en otro ámbito. Esto se advierte claramente a partir del propio carácter de la extensión que está siempre subordinada a la autonomía colectiva y tiene carácter provisional, de forma que no sólo es posible negociar otro convenio durante la vigencia de la extensión (...), sino que ésta cesa desde el momento en que se aprueba un convenio colectivo propio en el ámbito en que operaba la extensión» (...) Por tanto, es posible negociar un convenio colectivo durante la vigencia del convenio extendido, al no ser de aplicación la regla sobre no concurrencia del art. 84 ET (...)”. En idéntico sentido la STSJ de Cantabria de 10 de agosto de 2001, AS 2001\3033.

5.2. Coincidencia espacial, objetiva y subjetiva en el ámbito de aplicación

A tenor de este planteamiento, para que haya concurrencia de convenios es necesario que haya al menos una zona de intersección entre los ámbitos subjetivo, funcional y territorial de dos convenios colectivos, o que uno de los convenios pudiera estar incluido dentro del ámbito de otro superior⁴⁰. En todo caso, la coincidencia debe ser parcial. Esto supone que no puede ser total, de manera que ambos convenios tengan idéntico ámbito funcional, territorial y subjetivo. Aquí no hay concurrencia, sino que esta situación de distintos procesos de negociación para el mismo ámbito se resuelven bien por el principio de sucesión de convenios colectivos (art. 86.4 ET), o por la vía de que no existe obligación de negociar al tratarse de revisar un convenio que aún no ha vencido (89.1 ET). En conclusión, cuando se demanda por estimar que se ha producido una situación de concurrencia, lo primero que suelen hacer los órganos judiciales es constatar, no sólo si hay coincidencia temporal, sino también si hay un cruce de ámbitos funcionales entre ambos convenios.

El principio de prohibición de concurrencia de convenios será aplicado en aquellos casos en los que bien un convenio entre dentro del ámbito de aplicación de otro convenio superior, o bien cuando haya un supuesto de yuxtaposición de convenios colectivos, situación en la que dos convenios colectivos de sector reclaman un ámbito concreto, incluido dentro del propio de cada uno de los dos convenios. Por ejemplo, si tenemos una situación en la que una determinada actividad está siendo regulada por un convenio cuyo ámbito funcional es aún mayor, tal como ocurrió con la actividad de instalación de rótulos luminosos, que se incluye en el Convenio sectorial del Metal (aún cuando parezcan actividades diferentes tienen bastante que ver al utilizarse para la instalación gases inflamables), cuando posteriormente la misma actividad es regulada por el Convenio sectorial del Vidrio. El TS⁴¹ estimó en este caso que la actividad podría ser perfectamente encuadrable en ambos convenios colectivos, existiendo homogeneidad funcional, por lo que sería de aplicación el principio de prohibición de concurrencia reconociéndose prioridad aplicativa al Convenio del sector del Metal (en este caso era de ámbito provincial).

Pues bien, desde este punto de vista nos vamos a encontrar cómo en múltiples ocasiones no podemos utilizar el art. 84 ET, pues estaremos fuera de su ámbito de aplicación, al tratarse de supuestos en los que no hay una situación de concurrencia de convenios, sino una duda relativa a cuál es el convenio aplicable a un ámbito funcional concreto. Esto no es un problema de concurrencia de convenios (pues no hay una situación de conflicto de normas), sino es un problema de delimitación de encuadramiento de la empresa en uno u otro

⁴⁰ En similares términos, López Aniorte, M.C.: Op. cit., página 42.

⁴¹ STS de 8 de junio de 2005, RJ 2005/6014.

convenio colectivo (normalmente el problema se plantea judicialmente cuando se estima más favorable para los intereses concretos, otro convenio colectivo sectorial distinto al que se está aplicando, que es previo en el tiempo).

Podemos así acudir al ejemplo la STS de 28 de julio de 2008⁴², en el que una empresa se dedica a la actividad de venta al por menor de productos de alimentación y bebidas, ferreterías, droguería y perfumería, bricolaje, adorno, regalo y mercería en régimen de autoservicio, si bien cuenta con unos pocos establecimientos (los de mayor tamaño) con secciones de confección de caballeros, señoras, cama, lencería, bebé, bolsos cinturones, calzado, bazar, menaje, juguetes y electrodomésticos e informática. Surge así la duda de si resulta de aplicación el convenio de supermercados o el de grandes almacenes. La respuesta se da en función de la actividad preponderante de la empresa; y teniendo en cuenta que la mayoría de los establecimientos se dedican a la venta de productos propios de supermercados y en régimen de autoservicio, se concluye que el aplicable es el Convenio de Supermercados⁴³.

Similar situación es la de la STS de 20 de mayo de 2003,⁴⁴ que resuelve un supuesto en el que se acude a la prohibición de concurrencia para impedir la aplicación del Convenio de Monitores Escolares de Aragón, por concurrir con el convenio nacional de Hostelería, previo en el tiempo. Concretamente el problema es la aplicación a los monitores, que tiene como trabajo la atención, vigilancia y cuidado de niños de centros escolares mientras asisten a los comedores de dichos centros. Para el TS no estamos ante una situación de concurrencia, pues los ámbitos funcionales son diferentes, dado que si bien el Convenio de Hostelería incluye en su ámbito a los de hospedaje y servicios de comidas y bebidas; es decir, se refiere a la actividad de alimentación, incluyendo la actividad de restauración de colectividades; pero no se incluye en este convenio la actividad de vigilancia y cuidado de los comensales, mientras que este es el objeto del convenio de Monitores. Por lo tanto, al ser dos ámbitos, cercanos, pero distintos, no cabe lugar a la aplicación de concurrencia de convenios (*prior in tempore*), sino que debe aplicarse cada convenio a su ámbito estricto.

⁴² RJ 2008\7050.

⁴³ “Pero para conocer si el Convenio de la empresa incurrió en ilícita concurrencia prohibida en los artículos 83 y 84 ET, ha de analizarse, como ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, citada por la recurrida (SSTS 4º de 29 de enero de 2002 [RJ 2002\2646] y 31 de octubre de 2003 [RJ 2004\589], entre otras) la actividad preponderante de la empresa, el examen completo de la perspectiva funcional de la empresa demandada que consta en los hechos probados, con arreglo a los que, en este caso, de los 95 establecimientos de la demandada instalados en el territorio de la Comunidad Aragonesa, la gran mayoría se identifica con el concepto de «supermercado», en la forma en la que se contemplan y definen éstos por el Decreto 172/2005, de 6 de septiembre del Gobierno de Aragón (...)”. Sobre el significado del principio de actividad preponderante, vid. también la STSJ Andalucía de 30 octubre de 2006, JUR 2008\253588.

⁴⁴ RJ 2004\1568.

También podemos recordar el supuesto de la pretendida concurrencia entre el Convenio nacional de Empresas Concesionarias y Privadas de Aparcamientos y el Convenio de Regulación del Establecimiento limitado de Vehículos en la Vía Pública mediante Control Horario; supuesto en el que el TS utiliza todo un conjunto, amplio, de argumentos para distinguir entre estas dos actividades, señalando que al tener los dos convenios ámbitos funcionales distintos no cabía la concurrencia de convenios⁴⁵. De igual manera, podemos remitirnos al caso de del conflicto del Convenio Colectivo de Actores de la Comunidad Autónoma de Madrid y el Convenio de telemárketing: la empresa se dedica al servicio de relaciones personales (se trataba de una línea telefónica pornográfica), cuyo cometido consiste en simular voces e interpretar personajes⁴⁶. De igual modo está el problema de las oficinas y despachos (actividad normalmente regulada a través de Convenios colectivos provinciales), actividad que debe delimitarse de otras como el caso planteado por la STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2001⁴⁷, que se planteaba una falsa situación de concurrencia entre un Convenio provincial de dicha actividad con un Convenio de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos. Dado que la actividad de la empresa era encuadrable en el segundo (se trataba de una empresa de asesoría de ingeniería civil)⁴⁸.

Hasta ahora hemos visto supuestos en los que las actividades productivas eran similares o parecidas, lo que puede generar la confusión sobre cuál es el convenio aplicable. Pero también nos podemos encontrar situaciones en que la empresa puede encuadrar actividades productivas diferentes, surgiendo la duda de cuál es el convenio aplicable, pues dichas actividades se encuadran en convenios distintos. Un supuesto ampliamente conocido es el caso de la posible concurrencia entre el Convenio de Estaciones de Servicio (aplicable a las empresas que desarrollan la actividad de explotación de las instalaciones para suministros

⁴⁵ STS de 16 de noviembre de 2002, RJ 2003\2698. No obstante, el voto particular a esta sentencia estima que la actividad de control horario del aparcamiento estaba contenida en el Convenio de Aparcamientos, por lo que había una situación propia de concurrencia de convenios.

⁴⁶ STSJ de 8 de noviembre, AS 2003\1197. En este caso se consideró aplicable el Convenio colectivo de Telemárketing, “ya que esta actividad es la que, ejercida vía telefónica o por medios telemáticos, se dirige a la promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas originadas por un estímulo externo, así como los diferentes servicios de atención telefónica a clientes. No cabe duda de que la actividad desarrollada es la prestación de un servicio telefónico, por lo que es aplicable (...) el convenio de telemarketing”.

⁴⁷ AS 2002\44.

⁴⁸ Otro ejemplo puede ser el de la STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2000, AS 2000\3865, donde se planteaba la posible concurrencia entre el Convenio nacional del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescados y mariscos, con el Convenio de empresa cuya actividad se dedicaba a las actividades de clasificado, manipulado y tratamiento de productos alimenticios, para terceras empresas del sector de la alimentación. Se consideró en este caso que no había concurrencia, pues la empresa no se dedicaba a la actividad de elaboración de conservas.

de carburantes y combustibles líquidos a vehículos, así como las actividades complementarias tales como engrase, lavados, tiendas con o sin bar, establecimiento de tiendas de conveniencia cualquiera que sea el volumen de negocio) y el Convenio de Cadenas de tiendas de conveniencia (aplicable a las empresas que tengan como actividad principal la de tiendas de conveniencia y como complementaria a la principal de conveniencia el despacho en régimen de autoservicio de carburantes)⁴⁹. Es evidente que ambos convenios pueden afectar al ámbito de las tiendas de conveniencia y a las estaciones de servicio. Siendo el de estaciones de servicio el primero en el tiempo, se reclama contra la invasión del segundo.

La aplicación de uno u otro depende realmente de cuál sea la actividad principal o preponderante, la de estación de servicio o la de tienda de conveniencia: si la actividad principal es la de estación de servicio, será de aplicación este convenio colectivo. Ciertamente puede aplicarse este convenio a la actividad de tienda de conveniencia, pero única y exclusivamente cuando constituye actividad complementaria de la estación de servicio. De otro lado, sólo será aplicable el convenio de tiendas de conveniencia cuando esta actividad sea la principal. En consecuencia, tal como señala la jurisprudencia, en estos casos no hay concurrencia de convenios.

Este planteamiento se complementa con otro principio, el de unidad de empresa, a tenor del cual debe tenderse hacia un único convenio colectivo para la empresa. Lo que realmente busca dicho principio es evitar desigualdades para los trabajadores de una misma empresa⁵⁰. En la práctica implica averiguar cuál es la actividad real y preponderante (principio de actividad principal o preponderante) y a partir de ahí aplicar el convenio correspondiente para toda la empresa, aún cuando se desarrollen en la misma actividades accesorias⁵¹. En todo caso, debe tenerse en cuenta que para determinar cuál es la actividad

⁴⁹ Vid. STS de 17 de julio de 2002, RJ 2002\10542. Sobre la misma cuestión vid. al SAN de 9 de octubre de 2000, JUR 2001\21860.

⁵⁰ Tal como señala la STSJ de Cantabria de 21 de enero de 2009, AS 2009\1044: “Si la regla o criterio igualatorio del principio de unidad de empresa tiende a evitar mediante la aplicación de un solo convenio colectivo que dentro de una misma empresa —o centros de trabajo— exista un tratamiento desigual para los trabajadores, y solo es inaplicable, cuando la propia estructura empresarial tiene componentes productivos autónomos y que se dediquen a actividades tan dispares que no pueda ofrecer un punto común de encuentro, que de forma sustancial pueda aunarse en la dirección y estructuración (...)”. En idénticos términos la STSJ de Cantabria de 1 de octubre de 2007, AS 2007\3325.

⁵¹ STSJ de Cantabria de 21 de enero de 2009, AS 2009\1044, relativas a una empresa que realiza actividad de handling en aeropuerto, aún cuando también realiza la limpieza de aeronaves que pertenecen al mismo grupo empresarial. En similar dirección y sobre un supuesto parecido, las SSTSJ de Cantabria de 1 de octubre de 2007, AS 2007\3325; Canarias de 4 de octubre de 2006, JUR 2007\1675. También la STSJ de Cantabria de 12 de septiembre de 2008, AS 2008\2504, sobre el convenio aplicable a una empresa de telecomunicaciones, cuya actividad principal es la de explotar redes de telefonía móvil, pero que también comercializa en tiendas sus teléfonos móviles.

preponderante, lo esencial no es el objeto declarado de la empresa, sino cuál sea la actividad principal real preponderante⁵².

No obstante, debemos tener en cuenta que se admiten excepciones a este planteamiento, pues podemos encontrarnos situaciones en que las actividades de una misma empresa son tan diferentes, que en la práctica tiene poco o ningún sentido aplicar un único convenio. Un supuesto excepcional en el que la empresa tiene un objeto social tan amplio que puede verse afectada por diversos convenios colectivos lo tenemos en las empresas de servicios o multiservicios, que orientan su actividad a el cuidado, conservación y mantenimiento de todo tipo de instalaciones y locales y edificios (servicios de portería, celadores, mantenedores, jardineros, etc.). En estos casos, la existencia de convenios anteriores que regulan cada una de, puede generar una auténtica situación de concurrencia de convenios que implica la aplicación del art. 84 ET en su primer párrafo⁵³. Otro supuesto parecido sería el de una empresa que explota un complejo de grandes dimensiones que incluye varios campos de golf, así como hotel de lujo, spa, restaurante, bar y tienda de artículos relacionados con el deporte del golf; ciertamente es difícil distinguir aquí cuál es la actividad preponderante, de manera que se aplicaban dos convenios de sector diferentes, el de jardinería y el de hostelería⁵⁴.

Tampoco resulta de aplicación la prohibición de concurrencia los supuestos en los que se hayan venido aplicando convenios colectivos a una determinada actividad que carece de regulación convencional, por existir cierta “proximidad”, aplicándose casi por analogía, pues ni expresa, ni tácitamente el ámbito de aplicación del convenio que se ha venido aplicando mencione dicho actividad; si bien, con el paso del tiempo, la concreta actividad es finalmente regulada de manera expresa por un convenio específico. Sería el caso de las tiendas de conveniencia, a las que durante mucho tiempo les fueron de aplicación diferentes convenios provinciales (así se vinieron aplicando Convenios como el Hostelería, Comercio Vario, Convenio de Panaderías, Convenio de Actividades de Comercio, Convenio de Supermercados y Autoservicios de alimentación, Comercio general, Comercio de Bazares, incluso por un Convenio de Salas de baile y discotecas, o por Convenio del metal); posteriormente surgió un convenio específico de tiendas de conveniencia (lógicamente el segundo en el tiempo), sin que el TS estimase que había lugar a la prohibición de concurrencia, pues al no existir referencia expresa o tácita a la actividad de tiendas de conveniencia, no existía un convenio en vigor para dicho ámbito⁵⁵.

⁵² STSJ de La Rioja de 22 de diciembre 2005, AS 2006\144. El problema aquí pasaba por determinar entre el Convenio colectivo de Perfumerías y Afines y el Convenio Colectivo de Empresas Minoristas de Droguerías.

⁵³ Vid. STSJ de Valencia de 21 de diciembre de 2006, AS 2007\1229. Otro caso similar sería el de la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2005, AS 2005\2366.

⁵⁴ STSJ Andalucía de 30 octubre de 2006, JUR 2008\253588.

⁵⁵ STS de 17 de julio de 2004, RJ 2004\1864.

Tampoco hay concurrencia cuando una actividad originalmente se regulaba por un solo convenio, si bien posteriormente se deciden las partes a crear dos ámbitos de negociación diferenciados, tal como ocurre con la actividad de transporte por carretera (de la Comunidad de Madrid) y el posterior convenio de transporte discrecional⁵⁶.

Por último, debe tenerse en cuenta que el ámbito de aplicación del convenio no sólo plantea problemas desde el punto de vista funcional, pudiendo encontrar también alguna resolución que deniega la aplicación del art. 84 ET en función de la falta de coincidencia territorial⁵⁷.

5.3. No aplicación de la prohibición de concurrencia a la colisión con convenios extraestatutarios

Debemos tener en cuenta que el principio de prohibición de concurrencia sólo tiene aplicación al supuesto de colisión de convenios colectivos estatutarios, pues se regula en el art. 84 ET, dentro del conjunto normativo dedicado expresamente a los convenios estatutarios. Se trata, además, de una opinión defendida por parte de la doctrina laboral⁵⁸ y la jurisprudencia⁵⁹.

Ello supone que no es posible acudir a la prohibición de concurrencia cuando hay una colisión entre convenio estatuario y extraestatutario: los conflictos en este caso se resuelven a través de la aplicación del principio de jerarquía normativa, pues el convenio estatuario tiene consideración de fuente del derecho, mientras que la eficacia del extraestatutario es meramente contractual; prevalece, por lo tanto, el pacto estatutario sobre el extraestatutario⁶⁰.

No obstante, hay que tener en cuenta que al tener esa consideración de eficacia contractual, resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 3.1 c) ET, de manera que es admisible la aplicación de la voluntad de las partes, siempre y cuando no sean condiciones menos favorables que las establecidas en el convenio estatutario; por el contrario, no sería aplicable en modo alguno el principio de norma más favorable del art. 3.3 ET⁶¹, aún cuando algún sector doctrinal se haya mos-

⁵⁶ Vid. STS de 12 de junio de 2009, RJ 2009\6056.

⁵⁷ STSJ Murcia de 9 de octubre de 2000, AS 2000\4123 o la STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2005, JUR 2005\192433.

⁵⁸ Mercader Uguina, J.R.: Op. cit., página 141; así como paginas 346 y ss.

⁵⁹ Vid. las SS.TS de 2 de marzo de 2007, RJ 2007\2381; 18 de febrero de 2003, RJ 2003\3372.

⁶⁰ SS.TS de 2 de marzo de 2007, RJ 2007\2381; 18 de febrero de 2003, RJ 2003\3372; SAN de 11 de octubre de 2005, AS 2006\612; SAN de 25 de abril de 2003, AS 2003\2897.

⁶¹ En sentido favorable al art. 3.1 c) ET y contrario al art. 3.3 ET vid. las SAN de 9 de marzo de 2005, AS 2005\2546; SAN de 25 de abril de 2003, AS 2003\2897; también las SS.TSJ de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2006, AS 2007\830; Cataluña de 13 de junio de 2006, AS 2006\3168; Castilla-La Mancha de 26 de septiembre de 2005, AS 2005\2716; Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\305120 de junio de 2000, JUR 2001\37491.

trado favorable a su aplicación⁶². En consecuencia, el convenio estatutario puede sufrir una situación de concurrencia con uno extraestatutario, siempre y cuando la regulación contractual mejore lo previsto en el convenio estatutario⁶³. Idéntica respuesta debe darse en los casos de concurrencia entre el convenio estatutario y un pacto atípico o un acuerdo de empresa⁶⁴. Desde esta perspectiva se llega a la interesante conclusión de que la inaplicación de la prohibición de concurrencia entre convenios estatutarios y extraestatutarios, conduce justamente a la debilitación de la prioridad temporal que establece la prohibición de concurrencia.

Para el caso de concurrencia entre dos convenios colectivos extraestatutarios, teniendo en cuenta el carácter contractual de los mismos, la solución pasa por estar al juego de la libre voluntad de la partes, de manera que vigente un convenio extraestatutario, es factible, si las partes están de acuerdo, aplicar un convenio extraestatutario posterior concurrente.

6. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCU- RRENCIA

El propio art. 84 ET prevé expresamente dos excepciones a la regla de prioridad temporal. Tras fijar la regla general por la que durante la vigencia de un convenio, no puede verse éste alterado por otro de ámbito distinto, la literalidad del precepto añade, “salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 83 y salvo lo previsto en el apartado siguiente”. Veamos tales excepciones a la regla general, que reducen aún más, el principio de prioridad temporal.

6.1. La regulación de la concurrencia a través de los acuerdos interprofesionales

La primera excepción a la prioridad temporal es la posibilidad de que los acuerdos interprofesionales establezcan alternativas o soluciones diferentes al problema de la concurrencia conflictiva. Dicho precepto establece que “Mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que ha de resolver los conflictos de concurrencia entre

⁶² Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 389.

⁶³ Gutierrez-Solar Calvo, B.: “La impugnación de convenios colectivos extraestatutarios en supuestos de concurrencia con convenios estatutarios”, Relaciones Laborales Tomo II de 2002, página 666.

⁶⁴ STSJ de Canarias de 27 de marzo de 2006, JUR 2006\175454.

convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores”⁶⁵. Es lo que Casas Baamonde ha denominado como “conurrencia convencional autorizada por pacto de afectación”⁶⁶.

A tenor de esta regulación podemos señalar como esta excepción puede desarrollarse a través de dos vías: bien a través del mecanismo de los acuerdos interprofesionales (los convenios para convenir, que no regulan condiciones de trabajo, sino que estructuran la negociación colectiva en niveles inferiores⁶⁷), o bien convenios de ámbito superior que, además de regular condiciones de trabajo⁶⁸, puedan regular el desarrollo de la negociación en niveles inferiores.

En cuanto a las actuaciones que pueden establecer estos acuerdos o convenios en materia de concurrencia, pueden ser diferentes. De entrada, se puede establecer la estructura de la negociación colectiva, de manera que esta funcione “en cascada”, articulando la negociación de manera que las materias se repartan entre los diferentes niveles de negociación; de hecho esta posibilidad está expresamente recogida por el art. 83.2 al señalar “in fine” que deberá fijarse “las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores”; admitiendo así el reparto de materias o de competencia material entre los distintos ámbitos de negociación⁶⁹. De otro lado, también es posible que los acuerdos o convenios fijen límites máximos o mínimos (orquillas de negociación), dentro de los cuales pueden moverse los convenios colectivos de niveles inferiores. En realidad en estos casos de negociación articulada no estamos ante verdaderas situaciones de concurrencia conflictiva, sino una ordenación del desarrollo de la negociación, por lo que, en principio no puede haber situaciones de colisión entre diferentes niveles de negociación colectiva.

De otro lado, se pueden fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de comple-

⁶⁵ Con carácter general sobre esta posibilidad, vid. las SS.TSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2008, AS 2008\2204; Castilla y León de 3 de noviembre de 2005, AS 20053589.

⁶⁶ Casas Baamonde, M.E.: “La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos”, en AA.VV., coordinados por F. Valdes Dal-Re y M.E. Casas Baamonde, *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid 1994, página 308.

⁶⁷ Sobre la configuración y finalidad de los acuerdos interprofesionales, vid. Baylos Grau, A.: Op. cit., página 1460. Vid. también la SAN de 27 de abril de 2000, AS 2001\1231.

⁶⁸ Hay que ir a una interpretación amplia del precepto, por lo que los convenios comunes pueden exceptuar lo previsto en el art. 84 ET, en este sentido se ha manifestado la doctrina laboral, así Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 391; de igual modo Casas Baamonde, M.E.: Op. cit., página 307. En contra, vid. la STSJ de Andalucía de 25 de marzo de 2003, AS 2003\1995.

⁶⁹ Vid. sobre esta posibilidad la SAN de 5 de diciembre de 2001, JUR 2002\56390; y las SS.TSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2008, AS 2008\2204; Cantabria de 24 de abril de 2002, JUR 2002\157920.

mentariedad entre las distintas unidades de negociación⁷⁰. Es evidente que si el acuerdo interprofesional o el convenio establecen reglas de complementariedad, por las que sean necesarios convenios de diferente nivel para regular distintos aspectos de las condiciones de trabajo, tampoco habrá situación de concurrencia conflictiva de convenios, sino que, al contrario, resulta necesaria la participación de distintos convenios para regular completamente una determinada materia.

El supuesto que nos interesa realmente es cuando el acuerdo interprofesional o el convenio regulan una verdadera situación de concurrencia conflictiva, tal como la hemos descrito *supra*. Pues bien, en estos casos el legislador ha previsto la posibilidad de evitar el principio de prioridad temporal y resolver el problema de concurrencia a través de un mecanismo alternativo. La libertad de los acuerdos interprofesionales o convenios es bastante amplia, pudiendo establecer criterios que hemos visto han sido desechados por parte del legislador para resolver la concurrencia conflictiva de convenios⁷¹: la norma más favorable, por ejemplo⁷². También sería factible acudir al principio de especialidad, a tenor del cual se otorga prioridad aplicativa al convenio colectivo de menor ámbito⁷³. O simplemente, se puede establecer como regla de solución, la contraria a la prevista por el art. 84 ET, de manera que el convenio de distinto ámbito y posterior, si pueda afectar al convenio anterior en el tiempo.

También debemos tener en cuenta la posibilidad de que los convenios colectivos superiores, al regular el ámbito funcional de aplicación, prevean expresamente la aplicación del convenio a todas las empresas y trabajadores del sector, exceptuando aquellas que tengan su propio convenio colectivo, o excluyan a empresas por otros motivos⁷⁴. En estos casos, realmente tampoco estamos ante una situación de concurrencia de convenios, justamente por el hecho de que el convenio superior la evita⁷⁵. En el fondo este tipo de mecanismo es muy similar a regular la concurrencia estableciendo una regla de prioridad del convenio inferior.

⁷⁰ Vid. STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2005, AS 2005\3589; STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051; Cataluña de 15 de febrero de 2000, AS 2000\1220.

⁷¹ Sobre distintas alternativas puede verse Cruz Villalón, J.: "Estructura y concurrencia entre convenios colectivos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 68, páginas 87 y 88; también Molina Navarrete, C.: *Op. cit.*, páginas 392 y 393.

⁷² SS.TSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051; Valencia de 11 de marzo de 2003, AS 2003\3282.

⁷³ Principio que puede aplicarse, en función del acuerdo interprofesional o del convenio, con carácter general o sólo a ciertas materias, tal como ocurre con la STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2006, AS 2006\2296. Con carácter general vid. la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051.

⁷⁴ Vid. la STS de 6 de julio de 2005, RJ 2005\8821. De igual manera la STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2009, AS 2009\1595.

⁷⁵ De otro lado, si el convenio de empresa es el primero en el tiempo, no estaríamos sino ante una aplicación del art. 84 ET y de su principio de prohibición de concurrencia de convenios.

6.2. La concurrencia descentralizadora

De las excepciones que presenta el principio de prohibición de concurrencia, ha tenido especial trascendencia entre doctrina y jurisprudencia, la segunda de las previstas expresamente por el art. 84 ET (párrafo segundo): será posible que un convenio colectivo, primero en el tiempo y de ámbito superior a la empresa, pueda ser afectado por lo dispuesto por un convenio posterior cuyo ámbito sea superior al de empresa, pero inferior al afectado. Es decir, se plantea la posibilidad de que puedan verse afectados los convenios superiores y anteriores, por parte de convenios inferiores y posteriores siempre que éste último tenga un ámbito superior a la empresa; de ahí que se hable de concurrencia descentralizadora. En definitiva, supone consagrar el principio de prioridad de la “lex posterior et inferior”⁷⁶.

Probablemente el origen de esta posibilidad, que surge con la reforma del ET de 1994, residía en la posibilidad de crear un ámbito de negociación colectiva a nivel de Comunidad Autónoma⁷⁷. La existencia de negociación en dicho ámbito era realmente difícil debido a la existencia de un nivel de negociación, el nacional, que se había venido desarrollando con anterioridad a la negociación de comunidad autónoma, y que, por tanto, tenía preferencia aplicativa. De ahí que se plantease la afectación de convenios superiores y primeros en el tiempo, por convenios de nivel inferior y se impulsase la descentralización de la negociación colectiva. Sin embargo, desde el punto de vista estructural, la viabilidad de un ámbito de negociación a nivel de Comunidad Autónoma choca con dos circunstancias que derivan del propio art. 84 ET: en primer lugar, que la concurrencia descentralizadora exige “el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora”, lo cual supone una mayoría para aprobar el convenio concurrente muy superior a la regulada en el art. 89.3 ET. Ello supone la participación, casi con toda seguridad de los sindicatos más representativos a nivel estatal, que a buen seguro no van a ver con buenos ojos la “derogación” parcial de los convenios nacionales que ellos han suscrito. De otro lado, la excepción regulada en el art. 84 ET presenta en su literalidad un problema, pues no se ha planteado expresamente como mecanismo de afectación del convenio nacional por parte del autonómico; sino que la posibilidad de concurrencia descentralizadora tiene carácter general; y como sabemos la principal unidad de negociación en nuestro país es el convenio de sector provincial; dicho de otra manera: es más fácil que un convenio provincial afecte a un autonómico, que un autonómico pueda afectar a un convenio nacional. La conclusión es que curiosamente, una regla que pretendía impulsar una alteración a la estructura de la negociación colectiva posibilitando la ne-

⁷⁶ Casas Baamonde, María Emilia: “La estructura de la negociación ...”, op. cit., página 313.

⁷⁷ Baylos Grau, A.: Op. cit., página 1471.

gociación autonómica, ha tenido un efecto distinto, consagrando la tradicional estructura o diseño de cántaro (utilizando la expresión de Ojeda Aviles⁷⁸) de la negociación colectiva española⁷⁹. En todo caso, es evidente que el legislador ha previsto la posibilidad de una excepción a la prioridad temporal, “de claro contenido descentralizador, tendente a a permitir la negociación colectiva en ámbitos inferiores a los de ámbito estatal, superando así no sólo la anterior imposibilidad de esa negociación descentralizada”⁸⁰. En definitiva, lo que establece el legislador es la posibilidad de fuga de unidades de negociación de ámbitos inferiores, con la exclusión de los convenios de empresa⁸¹.

Existe, por tanto, la posibilidad de que convenios de sector se vean afectados por otros convenios de sector pero inferiores y que son posteriores en el tiempo, descentralizando la negociación colectiva. Pero para que ello ocurra deben cumplirse los requisitos previstos en el art. 84 párrafo segundo ET y las limitaciones materiales del tercer párrafo de este precepto. Veamos ambas cuestiones.

Para que pueda producirse esta situación de concurrencia descentralizada es necesario que el convenio sea aprobado por una mayoría idéntica a la exigida para constituir la comisión negociadora (regulada en el art. 88.1 ET)⁸² y no la mayoría simple de cada una de las dos representaciones (regulada en el art. 89.3 ET)⁸³. Es decir, el convenio de ámbito superior a la empresa y posterior en el tiempo podrá afectar lo dispuesto por el convenio anterior y de ámbito aún superior, cuando sea aprobado por sujetos (tanto por parte laboral como empresarial) que representen como mínimo a la mayoría absoluta de los afectados por dicho convenio; en este sentido podemos encontrar como, en ocasiones, se ha rechazado la aplicación del art. 84 segundo párrafo, justamente por no cumplir con esta exigencia⁸⁴.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que esa concurrencia descentralizadora presenta un límite, pues en estos casos hay determinadas materias que no

⁷⁸ *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid 2003, página 674.

⁷⁹ Sobre la estructura de la negociación vid. Cruz Villalón, J.: Op. cit., páginas 80 y 81.

⁸⁰ STSJ del País Vasco de 4 de abril de 2000, AS 2000\3152.

⁸¹ Baylos Grau, A.: Op. cit., página 1471.

⁸² La mayoría exigida para constituir la comisión negociadora se regula en el artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores, y para el caso de convenios de ámbito superior a la empresa, se requiere que los sindicatos y las asociaciones empresariales representen como mínimo y respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de comités de empresa y delegados de personal, y a la mayoría de empresarios, que a su vez den ocupación a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

⁸³ Ciertamente la exigencia de esta mayoría no es clara, pues el precepto habla de “respaldo de la mayoría”, mientras que el art. 89.3 ET al regular la mayoría ordinaria de aprobación de un convenio utiliza la expresión mucho más clara de “voto favorable”; pero la interpretación debe ser necesariamente la que defendemos, pues no tendría sentido exigir un “respaldo” si no es a los efectos de la aprobación de lo pactado. En este sentido Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 401.

⁸⁴ Vid. STSJ del País Vasco de 22 de marzo de 2005, AS 2005\1988.

serán negociables, de modo que aunque se cumplan las condiciones de mayoría que hemos visto, tales materias recogidas en el convenio superior y anterior en el tiempo no podrán verse afectadas por lo dispuesto en el convenio inferior y posterior⁸⁵. Se trata de reservar un conjunto mínimo de materias que deberán regularse de manera unitaria u homogénea para todo el sector⁸⁶. Estas materias son el período de prueba, las modalidades de la contratación (excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa), los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica. En verdad es difícil señalar si existe un elemento común a todas estas materias mencionadas, pero son las que el legislador ha querido vetar expresamente a la posibilidad de la concurrencia descentralizadora. Ello supone que si el convenio de sector posterior negocia materias que está reservadas al superior y anterior, esa regulación será nula. Obsérvese que aún cuando se incumple lo establecido en el art. 84 párrafo segundo, no se va a condenar a la ineficacia de todo el convenio; sino a la nulidad de aquellos preceptos que entran a regular una materia que le corresponde a un convenio de nivel superior y anterior en el tiempo⁸⁷.

Pero junto a las materias que establece de manera expresa el art. 84 en su párrafo tercero, hemos de tener en cuenta que el legislador ha realizado todo un conjunto de reservas materiales a favor de la negociación colectiva sectorial estatal, o en su defecto (si falta la negociación estatal o ésta no contempla dichas materias), del convenio sectorial inferior: arts. 11.1 a) sobre los puestos de trabajos que pueden ocuparse por contratos en prácticas; 11.1 b) duración del contrato en prácticas; 11.2 b) sobre número máximo de contratos para la formación a realizar; 11.2 c) ET sobre duración del contrato para la formación; 12.4 b) sobre la posibilidad de establecer más de una interrupción en caso de jornada continuada en los contratos a tiempo parcial; 15.1 b) ET sobre duración de los contratos eventuales. ¿Cómo se relacionan el art. 84 párrafo segundo ET y estos preceptos que fijan una reserva material por la negociación colectiva de sector a nivel nacional? Desde mi punto de vista hay que entender que el legislador ha querido expresamente atribuir la competencia a la negociación sectorial nacional, por lo que no puede verse afectado lo previsto por este conjunto de preceptos por el principio de concurrencia descentralizadora.

⁸⁵ El artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores en su último apartado menciona que “se considerarán materias no negociables en ámbitos inferiores el período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica”.

⁸⁶ Casas Baamonde, María Emilia: “La estructura de la negociación ...”, op. cit., página 314.

⁸⁷ En este sentido las SS.TS de 19 de julio de 2007, RJ 2008\293; 7 de noviembre de 2005, RJ 2006\1302. También las SS.TSJ de Andalucía de 16 de julio de 2009, AS 2009\1937; Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2006, AS 2006\2121.

Dicho de otro modo, la atribución de una reserva material por el legislador y la concurrencia descentralizadora son excepciones a la prohibición de concurrencia de convenios⁸⁸, pero la concurrencia descentralizadora no juega como excepción a la atribución de esa reserva material por el legislador al convenio de sector nacional, y ello se advierte claramente si tenemos en cuenta que el legislador ha utilizado para atribuir esa competencia material la fórmula “por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior”; es decir, sólo habrá juego al convenio sectorial inferior en defecto del convenio sectorial nacional.

6.3. Relación entre las dos excepciones

Acabamos de señalar como existen dos excepciones diferentes al principio de prioridad temporal, lo cual puede conducirnos a la existencia de criterios diferentes de solución de conflictos de concurrencia; más aún, nos podemos encontrar que ambas excepciones pueden aplicarse al mismo tiempo, a idéntico supuesto de concurrencia, y que establecen soluciones contradictorias. Se trata de supuestos en los que se ha regulado una excepción a la prioridad temporal a través de acuerdo interprofesional o convenio colectivo, excepción que se remite al convenio de ámbito superior; y sin embargo, a través del art. 84 segundo párrafo se plantea un supuesto de concurrencia descentralizadora, siendo aplicable el convenio inferior.

¿Cómo se resuelve esta situación?, ¿cuál de las dos excepciones resulta aplicable o se impone al otro? Sobre esta cuestión podemos señalar como existe una respuesta absolutamente unánime entre la jurisprudencia, que se muestra favorable a entender el predominio de lo dispuesto por el art. 84 pá-

⁸⁸ En puridad la excepción sólo es el principio de concurrencia descentralizadora, la atribución de competencia material a los convenios de sector es un mecanismo de delimitación de la prohibición de concurrencia.

rrafo segundo, sobre la excepción que se establece en el art. 83.2 ET⁸⁹. Así, se viene afirmando por parte de la jurisprudencia, que “La extensión y vigencia aplicativa del art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores han quedado sensiblemente reducidas por mor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 84, pues ya no alcanzan a aquellos convenios y acuerdos colectivos que, siendo de ámbito inferior a los pactos a que alude este art. 83.2, tienen un radio de acción superior a la empresa”⁹⁰.

En todo caso, para que la concurrencia descentralizada pueda imponerse a lo previsto por el art. 83.2 ET deben cumplirse los requisitos previstos en el párrafo segundo del art. 84 y las limitaciones materiales del párrafo tercero de dicho precepto: “Ahora bien, las reglas que se contienen en estos preceptos son de una marcada complejidad, lo que significa que no todos los convenios de ámbito superior a la empresa e inferior al de los contemplados en el art. 83.2 quedan fuera del alcance de este último artículo; puesto que para que tal

⁸⁹ Vid. en este sentido lo señalado por la STS de 17 de octubre de 2001, RJ 2002\3075: “No cabe duda que los mandatos que recogía y recoge el referido art. 83.2 han resultado afectados por la nueva redacción del art. 84, párrafo segundo, pues éste ha reducido y limitado el alcance y extensión de aquellas disposiciones. Puede sostenerse que este nuevo párrafo segundo del art. 84 ha venido a implantar fórmulas de dirigismo contractual que ponen de manifiesto la preferencia hacia ciertos niveles de negociación de ámbito reducido. Este art. 84, párrafo segundo, ha estatuido, por razones de carácter político un sistema de descentralización contractual que restringe las facultades que el art. 83.2 ha venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales (...) el párrafo segundo del art. 84 concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de este art. 84. Siendo claro, como se ha dicho, que el mandato establecido en la norma comentada (párrafo segundo del art. 84) «no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sea cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional». La redacción y expresiones de este párrafo segundo del art. 84, sobre todo las frases «en todo caso» y «a pesar de lo establecido en el art. anterior», dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el número 2 del art. 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales». En idénticos términos las SS.TS de 16 de febrero de 2010; 1 de junio de 2005, RJ 2005\7320; 26 de enero de 2004, RJ 2004\1373; 27 de marzo de 2003, RJ 2003\5163; 3 de noviembre de 2000, RJ 2000\9631; también en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, podemos ver las SS.AN de 5 de diciembre de 2004, JUR 2004\205567; 20 de noviembre de 2003, AS 2003\501; o la SAN de 24 de abril de 2002, AS 2002\2698. De igual manera los Tribunales Superiores de Justicia, SS.TSJ de Andalucía de 30 de septiembre de 2009, JUR 2009\460275; Canarias de 28 de marzo de 2008, AS 2008\1646; Andalucía de 17 de mayo de 2006, AS 2007\1845; Cataluña de 14 de febrero de 2006, JUR 2006\213402; Cataluña de 8 de febrero de 2006, AS 2006\1909; Andalucía de 10 de abril de 2003, AS 2003\2371; Galicia de 30 de mayo de 2002, AS 2002\1645; País Vasco de 27 de febrero de 2001, AS 2001\1279; Galicia de 31 de octubre de 2000, AS 2000\3745. Un amplio comentario sobre esta línea jurisprudencial puede verse en Cabeza PereirO, J.: “Sobre la concurrencia descentralizadora de convenios y sus efectos en el convenio o acuerdo afectados. A propósito de la STS de 22 de septiembre de 1998”, *Aranzadi Social* nº 6 de 1999, página 569 y ss.

⁹⁰ SS.TS de 19 de julio de 2007, RJ 2008\293; 26 de enero de 2004, RJ 2004\1372; 3 de noviembre de 2000, RJ 2000\9631.

exclusión se produzca es necesario además que el convenio cumpla los requisitos que determina el comentado párrafo segundo del art. 84, y también que la regulación contenida en el mismo no se refiera a ninguna de las materias que se reseñan en el párrafo tercero de dicho art. 84⁹¹.

A tenor de la regulación y de la interpretación que de la literalidad de los arts. 84 y 83.2 ET realiza el TS, hay que reconocer que la regla de concurrencia descentralizada no supone una especie de derogación tácita, ni mucho menos, del art. 83.2 ET, pues sigue pudiendo actuar en diferentes situaciones de concurrencia⁹²:

- Cuando no hay concurrencia descentralizada. El supuesto es evidente.
- Cuando se trata de regular la concurrencia entre convenios de empresa o ámbito inferior a la empresa.
- Cuando se trata de regular la concurrencia de convenios de ámbito superior a la empresa y no se cumplan los requisitos del art. 84 párrafo segundo ET.
- Cuando se trata de regular concurrencia de convenios de ámbito superior a la empresa y se trate de materias excluidas de la concurrencia descentralizada ex art. 84 párrafo tercero ET.

En conclusión, las reglas sobre concurrencia que puedan ser establecidas a través del art. 83.2 ET carecen de virtualidad y fuerza de obligar en lo que concierne a aquellos otros convenios que, encontrándose en el ámbito de los anteriores, son de ámbito superior a la empresa, cumplen con los demás requisitos del art. 84 en su segundo párrafo, y respetan el ámbito material del párrafo tercero de dicho precepto⁹³.

7. ALTERNATIVAS AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN COMO CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE

Debemos tener en cuenta que la prohibición establecida en el art. 84 ET y que se expresa en un principio de prioridad temporal no es el único criterio que podría utilizarse por parte del legislador a la hora de dilucidar la concu-

⁹¹ SS.TS de 19 de julio de 2007, RJ 2008\293; 26 de enero de 2004, RJ 2004\137; 23 de noviembre de 2000, RJ 2000\9631.

⁹² SS.TS de 19 de julio de 2007, RJ 2008\293; 26 de enero de 2004, RJ 2004\1372; 1 de junio de 2005, RJ 2005\7320; 26 de enero de 2004, RJ 2004\1373; 27 de marzo de 2003, RJ 2003\5163; 23 de noviembre de 2000, RJ 2000\9631; 3 de noviembre de 2000, RJ 2000\9631; también las SS.AN de 5 de diciembre de 2004, JUR 2004\205567; 20 de noviembre de 2003, AS 2003\501; 24 de abril de 2002, AS 2002\2698. Entre la doctrina de los TSJ, vid. las SS.TSJ de Andalucía de 30 de septiembre de 2009, JUR 2009\460275; Andalucía de 14 de abril de 2009, JUR 2009\258836; Canarias de 28 de marzo de 2008, AS 2008\1646; Andalucía de 22 de febrero de 2009, JUR 2009\150081; Andalucía de 7 de febrero de 2007, JUR 2007\127123; Galicia de 31 de octubre de 2000, AS 2000\3745. Doctrinalmente vid. CABEZA PEREIRO, J.: Op. cit., página 582.

⁹³ STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 2006, JUR 2006\271146.

rrencia de convenios: de hecho, el propio art. 84 ET reconoce excepciones a este principio. Pero más allá de estas excepciones, históricamente nuestro ordenamiento ha reconocido la posibilidad de utilizar otros criterios de solución de la concurrencia conflictiva; así la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, hacía expresa referencia al principio de norma más favorable. De hecho, la regulación hoy vigente sigue reconociendo al principio de norma más favorable con carácter general. Surge así la duda de si el art. 3.3 ET resulta de aplicación, junto a la prohibición de concurrencia, como principio de aplicación de las normas en los supuestos de concurrencia de convenios. Pues bien, es evidente que ambos principios de aplicación (3.3 y 84 ET) no coinciden en la respuesta jurídica de cuál es el convenio colectivo aplicable (el más favorable para los trabajadores, el primero en el tiempo), colisionando entre sí. La consecuencia es que no podemos aplicarlo conjuntamente y que uno de ellos debe imponerse al otro.

Sobre esta cuestión podemos señalar que si bien la utilización del art. 3.3 ET como principio aplicativo en caso de concurrencia de convenios ha sido una cuestión discutida⁹⁴, en la actualidad hay un rechazo a su aplicación, optándose por el principio de prohibición de concurrencia. Juega a favor de esta interpretación el hecho de que el principio de prohibición de concurrencia de convenios aporta una certeza mucho mayor (las dificultades de objetivar que es lo más favorable ha sido siempre el principal problema de la norma más favorable); además, se estima que el art. 84 ET en su primer párrafo funciona como ley especial respecto del art. 3.3 ET. En este sentido se afirma que “El principal escollo que ofrece la aplicación del principio de la norma más favorable en

⁹⁴ Sobre las diferentes posturas enfrentadas sobre esta cuestión, vid. López Anioarte, M.C.: Op. cit., páginas 54 y ss. Jurisprudencialmente resulta interesante acudir a la STSJ del País Vasco de 9 de mayo de 2000, AS 2000\3161, que ante los arts. 84 y 3.3 ET se plantea el problema de resolver cuál de los dos criterios utilizar: “(...) si el primero establece una regla específica para resolver los conflictos entre convenios colectivos, o si se trata de una norma que cumple una función distinta debiendo resolverse los conflictos entre convenios de distinto ámbito, de acuerdo con el principio de favorabilidad del art. 3.3 ET (...). La doctrina se ha decantado en uno y otro sentido. Así para un sector (Martín Valverde) el art. 84 contiene una regla de solución del conflicto entre convenios colectivos que consagra la preferencia del convenio *prior in tempore* y esta regla, por su carácter especial, debe prevalecer sobre la general del art. 3.3 ET (...) Pero esta conclusión no es pacífica apoyando otro sector doctrinal la tesis de que el art. 84 no contiene un criterio de selección para resolver el conflicto, sino una mera garantía negativa (Rodríguez Piñero, González Ortega) debiendo ser el principio de favorabilidad del art. 3.3 ET el que resuelva el conflicto (...) Este debate está asimismo reflejado en la doctrina de Suplicación (...) Con todo, parece que la línea predominante es la que acepta la aplicación del art. 84.1 ET como norma de resolución de la concurrencia de convenios. Los antecedentes y la elaboración del precepto confirman que se ha querido reforzar la estabilidad de la negociación y esta finalidad se frustraría si la regla de concurrencia fuese la del art. 3.3 ET, por lo que el carácter específico de la regla del art. 84 determina que debe primar sobre la del art. 3.3 (...)”. En idéntico sentido la STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2009, AS 2009\1595

cualquier supuesto de concurrencia conflictiva, es que, en la práctica, reduciría a letra muerta lo dispuesto en el primer párrafo del art. 84 ET, solución que, por lo mismo, desde un punto de vista de estricta técnica jurídica, no parece la más acertada⁹⁵.

Sin embargo, aún cuando, inicialmente, el principio de norma más favorable no resulta de aplicación en el supuesto de prohibición de concurrencia de convenios, cabe una posibilidad para su aplicación a través de acuerdo interprofesional (art. 83.2 ET): los negociadores pueden decidir que a ciertos efectos y en función de determinadas situaciones pueda aplicarse la norma más favorable como criterio de determinación de cuál es el convenio colectivo que resulta de aplicación⁹⁶. De otro lado, se ha destacado por parte de algún sector de la doctrina laboral la posibilidad de que se aplique el principio de norma más favorable en situaciones marginales⁹⁷, y nunca con carácter general: sería el caso de empresas afectadas por convenio de sector que hayan cambiado de actividad y puedan verse afectadas por convenios de sector distinto; o supuestos de imposibilidad de determinación con absoluta certeza el convenio aplicable en función de la actividad de la empresa (supuesto más teórico que real, pues sería de aplicación el convenio en función de cuál fuese la actividad principal); o los casos de sucesión de empresas ex art. 44 ET (en la actualidad este supuesto está regulado ya expresamente, determinándose cuál es el convenio aplicable en estos casos, por lo que este supuesto excepcional tampoco tendría aplicación); o el caso de yuxtaposición de convenios (cuando dos convenios colectivos de ámbito superior a la empresa pueden reclamar para sí una determinada parcela de la actividad, incluida en un ámbito mayor, de manera que no se superponen totalmente, sino que son simplemente coincidentes)⁹⁸. En todo caso son situaciones muy limitadas y tal como hemos mencionado, en más de uno de esos supuestos no tiene cabida ya el principio de norma más favorable.

Otro principio que puede resultar importante es el de competencia. En principio y con carácter general, no se establece una atribución de competencias reguladoras sobre determinadas materias a los convenios colectivos en

⁹⁵ STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2006, JUR 2006\296719.

⁹⁶ Sería, por ejemplo, el caso de la STSJ de 29 de enero de 2010, JUR 2010\148634, que recoge una situación aplicable a las empresas de handling, donde existe un convenio sectorial, así como convenio de empresa y que afirma que “Sin duda se está en el supuesto previsto en el art. 8.2 del Convenio de sector según el que “De acuerdo con el principio de norma más favorable, establecido en el art. 3.3 del ET, los convenios colectivos de ámbito inferior se aplicarán en su totalidad cuando su contenido sea más favorable para los trabajadores que el presente convenio”. Por lo que entendiéndose que se está ante un supuesto de concurrencia aplicativa (...), que da libertad a los convenios inferiores para regular la forma y condiciones en que serán retribuidos sus trabajadores”.

⁹⁷ Vid. Martín Valverde, A.: Op. cit., páginas 66 y ss; Mercader Uguina, J.R.: Op. cit., página 144; López Anioite, M.C.: Op. cit., página 57.

⁹⁸ STSJ de Andalucía, de 19 de mayo de 1992, AS 1992\6509.

función de su pertenencia a niveles concretos de negociación colectiva. Sin embargo, podemos rastrear dentro del ordenamiento laboral la atribución de ciertas competencias a determinados niveles de negociación. De entrada ello es perfectamente posible en el caso de acuerdos interprofesionales (art. 83.2 ET), que pueden estructurar la negociación colectiva en base a la atribución de competencia sobre determinadas materias a cada uno de los diversos niveles inferiores de la negociación colectiva. De otro lado, otro ejemplo de cómo nuestro ordenamiento admite la posibilidad de atribución de competencia lo encontramos en el hecho de que el propio art. 84 ET, al regular la excepción al principio general de prohibición de concurrencia, admitiendo la descentralización convencional (convenios de ámbito superior a la empresa que pueden afectar a convenios aún superiores y primeros en el tiempo); a su vez esta excepción está limitada al señalar expresamente un conjunto de materias que no serán negociables en los convenios de ámbito superior a la empresa y segundos en el tiempo, sino que se conservan para el convenio aún superior y primero en el tiempo (periodo de prueba, modalidades de contratación, grupos profesionales, régimen disciplinario y normas mínimas de seguridad e higiene y movilidad geográfica).

Pero además de estas posibilidades, hemos de tener en cuenta cómo nuestro ordenamiento reconoce todo un conjunto de supuestos en los que el legislador realiza verdaderas reservas materiales a favor de ciertos niveles de la negociación colectiva⁹⁹. Se trata de cláusulas que normalmente realizan reservas a favor de la negociación de carácter sectorial (se trata de cláusulas del tipo “Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios sectoriales de ámbito inferior”, se podrá regular determinada materia). Ejemplos interesantes los podemos encontrar en materia de modalidades de la contratación laboral: arts. 11.1 a) sobre los puestos de trabajos que pueden ocuparse por contratos en prácticas; 11.1 b) duración del contrato en prácticas; 11.2 b) sobre número máximo de contratos para la formación a realizar; 11.2 c) ET sobre duración del contrato para la formación; 12.4 b) sobre la posibilidad de establecer más de una interrupción en caso de jornada continuada en los contratos a tiempo parcial; 15.1 b) ET sobre duración de los contratos eventuales¹⁰⁰.

En todos estos casos se realiza una atribución de competencia a determi-

⁹⁹ Sobre esta cuestión vid. Cruz Villalón, J.: Op. cit., página 96.

¹⁰⁰ Existen otras fórmulas en otros preceptos a los que no vamos a hacer alusión, pues en realidad no se trata de auténticas reservas materiales a concretos niveles de negociación, sino que se trata de remisiones expresas a la negociación colectiva de ciertas materias; por ejemplo en los contratos a tiempo parcial (art. 12.4 letra e, 12.4 letra g, 12.5 primer párrafo, 12.5 letra c) en los que se establece que “Los convenios colectivos sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior (...)”. No se trata de verdaderas reservas materiales pues se refiere a convenios sectoriales o en su defecto de ámbito inferior; es decir, todo tipo de convenios.

nados niveles de la negociación colectiva. La gran duda sobre esta cuestión es si ello significa que sólo esos niveles de negociación colectiva tienen la capacidad legal para regular estas materias. En principio, si un convenio sectorial regula alguna de estas cuestiones y un convenio inferior las regula igualmente, en base al carácter imperativo de la regulación legal, es evidente que el convenio de empresa cede ante lo establecido en el convenio de ámbito superior, lo cual supone una clara preferencia por la negociación de nivel sectorial respecto de la negociación de nivel inferior. Por otra parte, la atribución material a los convenios sectoriales de nivel inferior al estatal, tiene sólo carácter subsidiario: se atribuye la competencia al convenio sectorial estatal, y en su defecto (si este no existe o no regula la cuestión), podrá ser asumida la materia por el convenio colectivo de ámbito inferior¹⁰¹.

El carácter imperativo de estas reglas implica que estas normas de atribución competencial deben primar sobre lo establecido en el art. 84 ET¹⁰², de modo que si el convenio de empresa es el primero en el tiempo, no podría acudir al principio de prohibición de concurrencia para defender la no afectación por el convenio sectorial posterior que también regula estas materias. También se imponen estas reglas a lo previstos en el art. 84 segundo párrafo (la concurrencia descentralizadora), de hecho, debemos recordar que el art. 84 en su párrafo tercero, al regular las materias excluidas de la concurrencia descentralizadora prevista en el párrafo segundo como excepción al principio de prohibición de concurrencia, señala expresamente que son materias excluidas las modalidades de contratación; y tal como hemos visto, todos los supuestos de atribución material se refieren a los arts. 11 (contratos formativos) y 15 (contratos temporales) ET, por lo que se confirmaría el predominio de esas normas de atribución sobre lo dispuesto por la regla de concurrencia descentralizadora del art. 84 segundo párrafo. En definitiva, las llamadas a que la negociación sectorial nacional debe hacerse cargo de ciertas materias y sólo en su defecto la sectorial inferior, es una *lex specialis* respecto de lo previsto en materia de concurrencia descentralizada¹⁰³. Los convenios sectoriales inferiores al nacional sólo intervienen subsidiariamente (en defecto del convenio sectorial estatal).

De otro lado, ¿qué ocurre en aquellos casos en los que el convenio de ámbito sectorial no regule estas materias?, ¿puede asumir la regulación de las mismas el convenio de empresa? Desde mi punto de vista, si bien las normas son imperativas, pero la respuesta va a depender de cuál sea la finalidad que se otorgue a las

¹⁰¹ Cruz Villalón, habla de que “la remisión es escalonada y por tanto jerarquizada”. Op. cit., página 97.

¹⁰² En este sentido Cruz Villalón, J.: Op. cit., página 98.

¹⁰³ Sobre las diferentes posturas interpretativas que ofrece la relación de las normas de atribución material con el art. 84 segundo párrafo ET, vid. López Terrada, E.: “La compatibilidad entre el artículo 84 del ET y las llamadas a la negociación colectiva en materia de contratación”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 1999, páginas 692 y ss.

mismas. Si se entiende que estamos ante normas cuya finalidad es específicamente la atribución de competencias negociales; o si se trata de reglas dirigidas a regular la concurrencia de convenios. Si se estima lo primero, ello implica que estas materias están vedadas a la negociación colectiva de distinto ámbito; de manera que no sólo es una regla de atribución de competencia, sino de limitación material de la negociación colectiva. Si se estima lo segundo, es evidente que la regla tiene sentido cuando hay dos convenios que regulan la misma cuestión, resolviéndose la cuestión aplicando el convenio sectorial; pero si este no existe, nada impediría que el convenio inferior regule la cuestión. Entiendo que, en base a la defensa del derecho constitucional a la negociación colectiva, salvo que se haya establecido una clara prohibición de regular determinadas materias, que además debe estar suficientemente justificada, la solución más adecuada es la segunda.

La jurisprudencia también ha destacado el papel del principio de complementariedad, que puede derivar del art. 83.2 ET; es decir, cuando un acuerdo interprofesional establece una estructuración de la negociación colectiva; pero que también ha sido aceptado para resolver la concurrencia no conflictiva al regular el convenio posterior, lagunas del convenio colectivo anterior¹⁰⁴. También los supuestos de coordinación, es decir cuando regulen coordinadamente una determinada materia, sin que haya contradicción entre ellos¹⁰⁵.

De otro lado, también se puede hacer referencia a criterios como el de unidad de empresa, o el de actividad especialidad de la empresa. En realidad, tales criterios no funcionan como principios para resolver los problemas de concurrencia conflictiva entre dos convenios incompatibles; sino que en realidad son mecanismos que están dirigidos a resolver un problema diferente: determinar cuál es el convenio aplicable en función de su ámbito funcional. En consecuencia determinan que es uno u otro convenio es el que debe aplicarse, evitando la situación de concurrencia conflictiva.

8. CONCURRENCIA DE CONVENIOS EN SITUACIONES ESPECIALES

Para terminar este análisis hemos de hacer referencia a determinadas situaciones en las que nuestro ordenamiento establece reglas especiales en cuanto a la concurrencia de regulaciones convencionales.

En primer lugar, debemos señalar la situación que acontece en los casos de transmisión de empresas¹⁰⁶. En estos casos no siempre se va a producir una situación conflictiva, pues no hay necesariamente dos convenios distintos

¹⁰⁴ Vid. STSJ de Andalucía de 19 de noviembre de 2008, AS 2009\438.

¹⁰⁵ STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2006, AS 2007\830.

¹⁰⁶ Recordemos al respecto que este ha sido un ámbito en el que se ha defendido la aplicación del principio de norma más favorable, así la STSJ de Aragón de 17 de abril de 2001, JUR 2001\172374.

aplicables a ambas empresas (una de ellas no tenía convenio, ambas empresas están afectadas por el mismo convenio de sector, se trata de dos empresas pertenecientes a ámbitos distintos de la actividad productiva y están afectadas por convenios colectivos de ámbitos funcionales diferentes). La situación de concurrencia se va a producir sólo si existe un convenio aplicable a la empresa transmitida, que entra dentro del ámbito propio del convenio aplicable a la adquirente¹⁰⁷ (la situación más habitual sería que ambas empresas tuviesen su propio convenio de nivel empresarial), siendo evidente que el problema se provocará desde el punto de vista de los trabajadores afectados por la transmisión, no desde la perspectiva de los trabajadores de la empresa adquirente.

En estos casos no resulta de aplicación lo previsto en el art. 84 ET, sino que la cuestión se resuelve a través del art. 44 ET: las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que fuese de aplicación en el momento de la transmisión. La aplicación de este convenio se mantendrá hasta la expiración del convenio de origen o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resulte aplicable a la entidad transmitida. Ahora bien, esta será la solución aplicable, “Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores”.

A tenor de esta regulación, el principio jurídico aplicable para resolver los conflictos es el mantenimiento del convenio que regulaba las relaciones jurídicas de los trabajadores afectados por la transmisión, lo que se busca es la estabilidad de las condiciones de trabajo de dichos trabajadores, que van a mantenerse durante un período de tiempo. El problema reside justamente, hasta cuándo ha de mantenerse dicha regulación. En principio, la respuesta es que el convenio se mantiene hasta su fecha de expiración. Entendemos que se refiere a la fecha pactada de extinción del convenio, por lo que excluiría la posibilidad de mantener dicha aplicación en situaciones de prórroga o *ultra actividad*¹⁰⁸.

De otro lado, hay que interpretar la posibilidad de que haya de mantenerse la aplicación del convenio de origen hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resulte aplicable a la entidad transmitida. Esto supone la posibilidad de que se aplique un nuevo convenio colectivo, cuando sea negociado para la totalidad de los trabajadores de la empresa adquirente, incluidos los trabajadores afectados por la transmisión; lo cual implica reconocer que la regulación permite la aplicación de un nuevo convenio a los afectados por la

¹⁰⁷ En este sentido García-Perrote Escartin, I. y Mercader Uguina, J.R.: “La determinación del convenio aplicable en la sucesión de empresa, un repaso jurisprudencial”, *Justicia Laboral* nº 42 (2010).

¹⁰⁸ No obstante vid. lo señalado por García-Perrote Escartin, I. y Mercader Uguina, J.R.: *Op. cit.*, páginas 6 y ss.

transmisión aún cuando el convenio aplicable en el momento de la transmisión no haya perdido vigencia. Recordemos como esta posibilidad puede plantear problemas desde el punto de vista del derecho comunitario, pues la Directiva 2001\23 garantiza a los trabajadores (art. 3.3) la aplicación durante un año, del convenio que regulaba sus condiciones en el momento de la transmisión¹⁰⁹.

También cabe la posibilidad de que haya un pacto en contrario que limite la aplicación del convenio colectivo de origen. Desde mi punto de vista ello significa que el acuerdo de empresa adoptado supondrá la aplicación del convenio imperante en la empresa adquirente¹¹⁰. En todo caso hemos de recordar que el acuerdo podrá celebrarse sólo una vez que se produzca la sucesión empresarial.

Por último, nuestro ordenamiento establece dos reglas especialmente interesantes: el descuelgue salarial y la posibilidad de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo. En la primera situación se permite que no sea aplicable la regulación salarial establecida en convenios superiores, pudiendo “descolgarse” las empresas y pactar un salario inferior a través del acuerdo de empresa (art. 82.3 ET). Es evidente que estamos ante una regla especial que introduce un vector de descentralización de la negociación, al permitir la reducción del ámbito de aplicación de la regulación salarial del convenio y que sea sustituida por una negociación de nivel inferior (de empresa). Implica admitir el principio de especialidad (aplicar la negociación del ámbito inferior), de manera que se impone la negociación posterior y singular sobre el convenio anterior de carácter sectorial¹¹¹. En todo caso se trata de una situación que no tiene carácter general, sino que está sujeta al principio de causalidad, causas que sirven de elemento habilitante para desencadenar esta intervención sobre el convenio de nivel superior.

En el segundo supuesto, pese a la eficacia normativa del convenio, se permite alterar su contenido a través de un acuerdo de empresa (art. 41.6 ET), admitiéndose en la actualidad que esta situación pueda afectar no sólo a convenios de empresa, sino también a convenios de sector, de modo que el acuerdo de empresa altere o modifique lo dispuesto en un convenio superior y anterior en el tiempo. De nuevo estaríamos ante una situación en la que se admite como principio el de especialidad. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que esta no es una posibilidad precisamente libre, pues estamos ante una institución claramente causal, y tan sólo es posible la modificación de materias expresamente señaladas en el art. 41.6 ET.

¹⁰⁹ Sobre esta cuestión vid. Gorelli Hernández, J.: “Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable”, *Relaciones Laborales* nº 13 de 2003, páginas 26 y 27.

¹¹⁰ En este sentido Gorelli Hernández, J.: Op. cit., páginas 32 y 33.

¹¹¹ Vid. Molina Navarrete, C.: Op. cit., páginas 403 y 404.

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL CONCURSO

ELENA DESDENTADO DAROCA

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Castilla-La Mancha

EXTRACTO

Palabras Clave: Concurso, descentralización, transmisión de empresas

El presente trabajo aborda los problemas que plantea la descentralización productiva, la sucesión de empresa y los grupos de sociedades cuando alguna de las empresas afectadas es declarada en concurso de acreedores. En la descentralización productiva se trata fundamentalmente de cuestiones de orden procesal: las acciones de responsabilidad se escinden y ello requiere medidas específicas de coordinación, especialmente en la fase de ejecución. En la sucesión de empresa y en los grupos de sociedades, aparte de estas exigencias de coordinación, hay que tener en cuenta la regulación específica prevista en la Ley Concursal. Los cambios introducidos por esta ley son, sin embargo, insuficientes. La regulación de los grupos de sociedades se limita a prever, en ciertos supuestos, la declaración conjunta de concurso y la acumulación, pero en términos muy restrictivos. Por su parte, la regulación de la transmisión de empresas ha resultado ser excesivamente tímida. No se ha logrado resolver los problemas que plantea la venta de la empresa en el marco del concurso, limitándose el legislador, en esta materia, a establecer ciertas medidas de moderación en la responsabilidad del adquirente.

ABSTRACT

Key Words: Creditors' meeting, decentralization, bankruptcy or insolvency laws

The present work deals with problems that are directly derived from the productive decentralization, such as selling the business to new owners, and society groups when one of the companies is declared under the Administration order or in bankruptcy or insolvency. The productive decentralization deals with the fundamental questions of insolvency Laws: the actions of responsibility are forgotten and this requires some specific coordination measures, especially in the execution phase. In companies succession or when the business is being sold and in society groups, apart from these coordination exigencies, we need to take into account the specific regulation on Business Law (Ley Concursal in Spanish legislation, Law of 22/2003 July 9th). The changes though, introduced by this Law are insufficient. The regulation of society groups only limits to foresee, in certain cases, the declaration as a whole of insolvency and capital accumulation under very restricted terms. The regulation for 'company's transference' or selling companies to other owners has been quite conservative. And the regulation does not solve the problems aroused while a company is on sale in a Administration framework, and the legislator in this field needs to establish certain moderation measures and responsibility.

ÍNDICE

- I. PANORAMA GENERAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES LABORALES EN LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y LOS GRUPOS DE SOCIEDADES
 - 1.1. El régimen de responsabilidad en la descentralización productiva
 - 1.2. La cesión de trabajadores y el régimen derivado del art. 43 ET
 - 1.3. La transmisión de empresa y sus efectos
 - 1.4. La responsabilidad en los grupos de sociedades
2. PARTICULARIDADES DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, LA SUCESIÓN DE EMPRESAS Y LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL CONCURSO
 - 2.1. Descentralización productiva y cesión de trabajadores. Remisión
 - 2.2. La regulación específica de los grupos de sociedades en el concurso
 - 2.3. La transmisión de empresas en la Ley Concursal
3. PROBLEMAS PROCESALES. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL JUEZ SOCIAL Y EL MERCANTIL EN LOS SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y GRUPOS DE SOCIEDADES EN CASO DE CONCURSO
 - 3.1. El esquema general de distribución de competencias previsto en la Ley Concursal
 - 3.2. La responsabilidad solidaria y el concurso de acreedores. Problemas de coordinación competencial

1. INTRODUCCIÓN. PANORAMA GENERAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES LABORALES EN EL MARCO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, SUCESIÓN DE EMPRESA Y GRUPOS DE SOCIEDADES

El objeto de este trabajo es el estudio de los problemas específicos que pueden plantear en el concurso la descentralización productiva, la transmisión de empresa y los grupos de sociedades. Primero se va a exponer un panorama general, muy esquemático, del régimen de responsabilidades que se producen en el ámbito laboral como consecuencia de estos fenómenos de coordinación empresarial. Después se examinarán las normas específicas que, sobre estos supuestos, aparecen en la Ley Concursal. En tercer lugar, se hará una referencia, muy breve también, a la delimitación de competencias entre el juez social y el juez mercantil en los litigios que afectan a empresas en concurso. Y, sobre estas bases, se analizarán los problemas que pueden producirse en el ámbito procesal en relación con las responsabilidades compartidas que surgen como consecuencia de la descentralización productiva, la sucesión y los grupos de empresa, cuando alguno de los responsables se encuentra en concurso.

1.1. El régimen de responsabilidad en la descentralización productiva

En la descentralización productiva el precepto básico es el art. 42 ET que, entre otros aspectos a los que ahora no se puede hacer referencia, dispone que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras

o servicios correspondientes a su propia actividad responderán solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social que, durante el período de la contrata, hayan podido contraer los empresarios contratistas. Se trata de un régimen de responsabilidad severo. Pero, ¿qué manifestaciones de descentralización productiva están sometidas a este régimen de responsabilidad y cuáles escapan del precepto para desarrollarse libremente?

La delimitación de los supuestos incluidos en el art. 42 ET no es, en absoluto, una tarea fácil. No obstante, de su lectura se puede extraer una primera conclusión: el legislador no ha pretendido someter al art. 42 ET todas las manifestaciones de descentralización lícita. Muy al contrario, sólo están incluidas en este precepto las que cumplan tres exigencias: 1) debe tratarse de colaboraciones entre empresarios; 2) estas colaboraciones, además, se deben instrumentar a través de un determinado tipo de negocio jurídico (las contrata y subcontratas de obras y servicios) y 3) el servicio u obra contratado debe referirse a la propia actividad de la empresa que contrata. Todas las descentralizaciones que no reúnan estos tres elementos serán descentralizaciones libres.

Veamos la primera exigencia: el supuesto del art. 42 ET parte de una contratación entre empresarios, lo que significa que cuando no se trata de colaboraciones entre empresas no juega este precepto. En el concepto de empresario se debe incluir la Administración Pública en la medida en que actúe como empresario laboral¹.

La segunda exigencia opera ya en el plano negocial: la descentralización debe realizarse a través de un determinado negocio jurídico, la contrata o subcontrata. Pero, ¿a qué se refiere el legislador con el término “contrata o subcontrata”? Se trata de una terminología vulgar, que procede del argot de la construcción y que no tiene una traducción jurídica precisa. En todo caso, es pacífico en la doctrina, tanto judicial como científica, que con el término contrata el legislador se está refiriendo a los contratos de ejecución de obra y de arrendamiento de servicios. Se trata, pues, de negocios cuyo objeto son obligaciones de hacer y no de dar. Quedan excluidos, por tanto, los contratos de compraventa y suministro, una exclusión que es, además, lógica, pues, en realidad, este tipo de contratos no suponen ninguna manifestación de descentralización productiva. Se trata, simplemente, de relaciones comerciales comunes entre empresarios.

Pero dentro de los contratos que tienen como objeto obligaciones de hacer hay que precisar algo más. La concepción clásica de contrata se limitaba a los contratos de ejecución de obra. Posteriormente este concepto restringido se amplió para incluir a las prestaciones de servicios. Las contrata de servicios tradicionales eran las de limpieza, seguridad y transporte. En la actualidad, sin embargo, han surgido otras formas más modernas de prestación de servicios

¹ STS 12.12.2007 (RJ 1781/2008).

entre empresas: el *outsourcing* informático, el *engeeniering*, la colaboración financiera y gestión de cobros, el *marketing*, el *merchandising* y un largo etcétera. El gran interrogante es: ¿se incluyen todas las prestaciones de servicios en el concepto de contrata a que se refiere el art. 42 ET?

Para responder a esta cuestión es útil distinguir dos tipos de prestaciones: prestaciones “hacia dentro” y prestaciones “hacia fuera”. Las prestaciones hacia dentro son aquellas que ayudan a completar el ciclo productivo del empresario comitente. Por el contrario, en las prestaciones “hacia fuera”, el empresario, que ya ha completado ese ciclo productivo y ha conseguido obtener el resultado esperado, busca la forma de dar salida a sus bienes o servicios. Son las prestaciones típicas de los contratos de distribución. Pues bien, una posible solución es entender que el art. 42 ET tan sólo se refiere a las prestaciones hacia dentro. Si se acepta esta interpretación quedarían fuera del ámbito de aplicación de este precepto todas las modalidades contractuales de distribución comercial: contrato de agencia, concesión comercial y franquicias.

Ya hemos delimitado el negocio jurídico al que se refiere el art. 42 ET. Pero el campo de aplicación de este precepto se reduce todavía más con una tercera exigencia que se aplica al objeto de ese negocio jurídico: la obra o servicio contratado debe corresponder a la propia actividad de la empresa comitente. Se trata de un requisito ciertamente oscuro, que ha dado lugar, básicamente, a dos interpretaciones. Una amplia, de acuerdo con la cual estarían incluidas dentro del concepto de “propia actividad” todas aquellas tareas que resulten necesarias para alcanzar los objetivos empresariales del comitente, aunque no formen parte del ciclo productivo de la empresa (limpieza, seguridad, contabilidad, gestión de recursos humanos...). Y una segunda interpretación mucho más estricta, que tan sólo admite como “propia actividad” aquellas operaciones inherentes al proceso productivo de la empresa comitente. De acuerdo con este segundo criterio quedarían fuera del art. 42 ET todas las tareas que, aunque necesarias para el funcionamiento normal de la empresa, no forman parte del estricto ciclo productivo. La jurisprudencia, tras algunas vacilaciones, ha adoptado el criterio de la actividad inherente al proceso productivo. Esta doctrina puede considerarse actualmente consolidada².

Una vez delimitado el supuesto de hecho previsto en el art. 42 ET, pasemos brevemente a analizar las consecuencias de su aplicación. Este precepto impone la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social del contratista y subcontratista. Un estudio de este régimen de responsabilidad exige analizar cuál es su alcance subjetivo, objetivo y temporal.

² La doctrina arranca con la STS de 18 de enero de 1995 (RJ 514/1995). En la misma línea, vid. SSTS de 24.11.1998 (RJ 10034/1998); 22.12.2002 (RJ 510/2003); 20.6.2005 (rec. 2760/2004); 23.1.2008 (2775/2008); 24.6.2008 (4233/2008) y 3.10.2008 (JUR 359050/2008).

La letra de la ley ha sido bastante confusa a la hora de deslindar subjetivamente el alcance de la responsabilidad. La norma, en la redacción introducida por la Ley 12/2001³, se limita a indicar que el empresario principal debe responder solidariamente de las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas. Esta falta de precisión suscita problemas en las contratas en cadena, donde se pueden defender dos soluciones distintas: una responsabilidad “general” o “ascendente”, que se proyectaría sobre toda la cadena de contratas y subcontratas que ligan al empresario principal con sus contratistas, o una responsabilidad “limitada” o “bipolar”, que se circunscribiría a la relación que une a cada principal con su contratista. La Sala IV del Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la generalización de la responsabilidad⁴. En todo caso, hay que tener en cuenta que en las obligaciones de Seguridad Social el empresario principal puede evitar la responsabilidad solidaria solicitando el certificado de descubiertos a la TGSS. Si este certificado es negativo o no se expide por la Administración en plazo el empresario principal no será responsable solidario de las obligaciones de Seguridad Social de la contratista. Ya veremos que, en estos casos, el empresario seguirá siendo responsable, aunque con carácter subsidiario.

Pasando al plano objetivo, la responsabilidad solidaria se encuentra con un límite importante en el ámbito laboral, pues sólo afecta a las obligaciones que tienen naturaleza salarial. Quedan incluidos en la protección los distintos conceptos salariales y excluidos los que no tienen esa naturaleza conforme al art. 26.2 ET. El problema se ha planteado a la hora de determinar la naturaleza salarial o no de algunos conceptos, especialmente en relación con los salarios de tramitación. En 1994 el Tribunal Supremo los asimiló al salario⁵, pero, poco después⁶, la Sala IV, volviendo a la doctrina tradicional, ha afirmado su carácter indemnizatorio y su exclusión del ámbito de la responsabilidad del empresario principal, argumentando que estos “salarios de tramitación” no son retribución del trabajo prestado, sino compensación por la ausencia de trabajo

³ Antes se refería sólo a la responsabilidad de los subcontratistas (en realidad, de contratistas), por lo que resultaba más coherente entender que la responsabilidad estaba limitada a cada escalón de la cadena: cada principal con su contratista. La redacción actual parece contemplar varios escalones de la responsabilidad del principal: principal-contratista; principal-subcontratista; aparte de la que se produce en cada escalón, pues cada contratista que subcontrata es también principal de su contratista.

⁴ STS de 9 de julio de 2002 (RJ 10538/2002). Resulta interesante detenerse en el supuesto decidido. Se trata de una obra encargada por el Teatro del Liceo. El primer contratista era una UTE formada por Dragados y OSHA, el primer subcontratista era la empresa Auxiliar de Construcciones, que a su vez contrata con la empleadora directa del trabajador, la empresa Alex. Resultan condenadas todas menos el Teatro Liceo, que no había sido demandado. Hay, por tanto, responsabilidad por toda la cadena y dentro de cada eslabón.

⁵ STS 7.7.1994 (RJ 1994/2057).

⁶ STS 14.7.1998 (RJ 1998/8544).

y de su correspondiente retribución⁷. Solución distinta se ha aplicado a otro concepto controvertido, la compensación dineraria de la falta de disfrute de las vacaciones, que se ha asimilado al salario⁸.

En materia de Seguridad Social la responsabilidad alcanza tanto a las obligaciones de cotización como a las prestaciones. Quedan excluidas, no sin alguna duda, las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Así lo ha señalado reiteradamente la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo para la responsabilidad solidaria del art. 42 ET⁹ y así se desprende también del art. 127.1 de la LGSS para la responsabilidad subsidiaria¹⁰. También se excluye el recargo de prestaciones¹¹, que no es una prestación de Seguridad Social, sino una indemnización con un cierto alcance punitivo¹². Por otra parte, hay que entender que las obligaciones a las que se refiere la ley son tanto las contraídas con la Administración de la Seguridad Social como con el beneficiario¹³.

La responsabilidad solidaria del art. 42 ET tiene un límite temporal, en la medida en que la misma se extiende exclusivamente al periodo de vigencia de la contrata (art. 42.2 ET). Este límite opera con independencia del plazo para formular la reclamación, que, según el precepto, es de un año contado desde la terminación del encargo. Se trata de una regla especial de prescripción que

⁷ En el mismo sentido, SSTS 10 julio 2000 (RJ 2000/7175); 2.10.2000 (RJ 2000/8351); 16.12.2000 (RJ 2001/1880) y 26.12.2006 (RJ 2006/5489).

⁸ SSTS 23.12.2004 (RJ 2004/1062); 9.3.2005 (RJ 2005/3499); 23.12.2006 (RJ 2006/924); y 24.4.2006 (RJ 2006/5864). Queda pendiente de resolver otro concepto polémico -el interés por mora en el pago de salario- respecto al que se aprecia falta de contradicción en la STS 23.12.2004 (RJ 2004/4964).

⁹ SSTS 19.5.1998 (RJ 1998/4730); 16.9.1999 (RJ 1999/7226); 14.2.2000 (RJ 2000/2036); y 22.12.2000 (RJ 2001/1873). En contra de la exclusión de las mejoras vid., por todos, Montoya Medina (Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 229 a 241) y Molero Marañón (La descentralización productiva en la unificación de doctrina, La Ley, Madrid, 2003, pp. 195 a 207).

¹⁰ El art. 127.1 LGSS prevé que la responsabilidad del empresario principal opera cuando el contratista es declarado responsable de la prestación conforme al art. 126 LGSS, responsabilidad que sólo es aplicable para las prestaciones de Seguridad Social.

¹¹ El recargo puede entrar, sin embargo, en la responsabilidad de la empresa principal, pero no por la vía de las obligaciones de Seguridad Social, sino por la de la prevención de riesgos laborales. Vid. Molero Marañón, La descentralización productiva en la unificación de doctrina, cit., pp. 207 a 222.

¹² SSTS⁴ 8.3.1993 (RJ 1993/1714); 16.11.1993 (RJ 1993/9069); 7.2.1994 (RJ 1994/809); 9.2.1994 (RJ 1994/820); 23.3.1994 (RJ 1994/2627); y 22.4.2004 (RJ 2004/4391). Dice esta última que el recargo de prestaciones “no es una prestación de la Seguridad Social, sino un incremento a cargo del empresario, que no se incluye en la acción protectora de la Seguridad Social, aunque tome como módulo de cálculo el importe de la prestación”.

¹³ Desde la perspectiva de una norma que lo que pretende garantizar es la efectividad de los derechos de los trabajadores en los supuestos de descentralización productiva no tendría sentido establecer una garantía limitada sólo para los créditos de los organismos gestores de la Seguridad Social, dejando fuera la protección de los beneficiarios, que es la finalidad última y esencial de un sistema público de cobertura.

plantea un problema de coordinación con los plazos de prescripción de los derechos laborales del art. 59 ET. Lo más razonable será entender que existen dos plazos de prescripción: el inherente al derecho y el que afecta a la posibilidad de exigirlo frente al empresario principal.

Queda ya únicamente por examinar el tipo de responsabilidad que se establece para el empresario principal. Se trata, como sabemos, de una responsabilidad solidaria. Ahora bien, es importante precisar que esta responsabilidad es por deuda ajena, pues el vínculo obligatorio con los trabajadores lo tiene únicamente el contratista. El empleador es éste y no el principal. El empresario comitente tan sólo responde del incumplimiento del contratista. Por ello, el contenido de su responsabilidad es simplemente indemnizatorio del interés del acreedor, como una especie de fianza *ex lege*¹⁴. En las relaciones internas entre los empresarios es lógico que el principal pueda regresar contra el contratista exigiendo el reembolso de todo lo abonado al trabajador, al igual que sucede con el fiador *ex art. 1838 CC*.

Las contrataciones que no son de la propia actividad se desarrollan libremente en el ámbito laboral. Pero en materia de Seguridad Social y prevención de riesgos laborales existen normas especiales de responsabilidad para los supuestos de descentralización productiva¹⁵.

El régimen de responsabilidad especial en materia de Seguridad Social se prevé en los arts. 15, 104 y 127 de la LGSS. El art. 15, relativo a la cotización, después de establecer la responsabilidad de las personas a quienes las normas aplicables impongan directamente la obligación de cotizar, dispone que también responderán de forma subsidiaria, solidaria o como sucesores los que lo sean “en aplicación de cualquier norma con rango de ley”¹⁶. Se trata, por tanto, de una norma de mera remisión con alcance para todo el Sistema. Para el Ré-

¹⁴ En este sentido, STS de 20 de septiembre de 2007.

¹⁵ También deben tenerse en cuenta las garantías específicas que en materia de descentralización productiva se han introducido en el sector de la construcción a través de la Ley 32/2006 y del RD 1109/2007. Esta nueva normativa no supone un cambio significativo en materia de responsabilidad en el marco de la descentralización productiva. La única medida que tiene relevancia en esta materia es la que se establece en el art. 5 de la Ley 32/2006, que limita el encadenamiento de contrataciones. De acuerdo con este precepto, con carácter general sólo pueden producirse tres niveles de subcontratación, comenzando a contar desde el primer contratista, con lo que queda excluido el primer eslabón entre el promotor y el contratista. Pues bien, el art. 7.2 de la Ley dispone que el incumplimiento de los límites de subcontratación del art. 5 determina la responsabilidad solidaria del contratista y del subcontratista en las obligaciones laborales y de Seguridad Social del subcontratista responsable del incumplimiento, cualquiera que fuera la actividad de las empresas. De esta forma se amplía, para estos supuestos de incumplimientos de la cadena de contrataciones, el régimen de responsabilidad previsto en el art. 42 ET: primero, porque se aplicará no sólo a las contrataciones de la propia actividad sino, en general, a todas; y segundo, porque la responsabilidad se extiende a todas las obligaciones laborales, no sólo a las de carácter salarial.

¹⁶ Redacción de la Ley 52/2003.

gimen General hay una regulación más concreta que, también en materia de cotización, se contiene en la segunda norma citada: el art. 104.1.2º LGSS. De acuerdo con este precepto del pago de las cotizaciones “responderán () solidaria, subsidiariamente o por *mortis causa* las personas o entidades sin personalidad a que se refieren los arts. 15 y 127.1 y 2 de esta ley”¹⁷. En este último artículo, que afecta a la acción protectora, la regulación acaba de perfilarse en su número 1. Éste prevé que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del ET para las contratatas y subcontratatas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente”¹⁸.

La responsabilidad subsidiaria se extiende a todas las contratatas¹⁹. La única excepción que se prevé son las reparaciones que pueda contratar un amo de casa en relación con su vivienda²⁰. Esta excepción resulta mucho más restrictiva que la dispuesta en el art. 42 ET, que, como se vio, alcanza también a todo comitente que no tenga la condición de empresario. Además, la responsabilidad no puede excluirse mediante el control previo de la situación del contratista. El certificado de descubiertos no tiene aquí el efecto que puede tener en el régimen del art. 42 ET: se puede contratar con un empresario que está en regla en el momento de la suscripción de la contrata y responder de un incumplimiento que se produce durante la vigencia de ésta.

En el plano objetivo la responsabilidad subsidiaria coincide con la solidaria del art. 42 ET. Su alcance, además, está acotado por la vigencia de la contrata. Es cierto que los artículos 104 y 127 de la LGSS no prevén esta limitación temporal de forma expresa, al contrario que el art. 42 ET, pero se deduce claramente de la propia naturaleza de la institución, pues carece de

¹⁷ Redacción de la Ley 52/2003.

¹⁸ Estas normas se completan con las reglas de procedimiento que se contienen en los arts. 12, 13 y 15 del Reglamento de Recaudación de Recursos de la Seguridad Social, aprobado por el RD 1415/2004. La confusión inicial creada por el Reglamento aprobado por el RD 1637/1995 -que refería también la responsabilidad subsidiaria a las contratatas de la propia actividad- fue superada por la modificación del RD 1426/1997. Sobre esta confusión vid. Llano Sánchez, *op. cit.*, pp. 279 y 280.

¹⁹ Pero sólo a las contratatas. Es aplicable aquí todo lo que en su momento se dijo sobre el límite que deriva del tipo negocial. Por tanto, no quedan afectados por el régimen de responsabilidad en materia de Seguridad Social aquellos contratos que no puedan calificarse como contratatas: contratos de compraventa y suministro, y todas las modalidades contractuales de distribución comercial (contrato de agencia, concesión comercial y franquicias).

²⁰ Se amplía, así, de manera desproporcionada, el ámbito de aplicación de estos preceptos, incluyendo a comitentes que no tienen la condición de empresarios. Vid. sobre el particular Llano Sánchez, *op. cit.*, pp. 283 y 284.

sentido hacer responsable al comitente de hechos acontecidos antes o después de ese período.

Al tener naturaleza subsidiaria, la responsabilidad únicamente opera cuando ha existido una previa declaración de insolvencia del contratista (art. 127 LGSS y art. 14 RGRSS) y, al igual que en la responsabilidad solidaria del art. 42 ET, también en este caso hay acción de reintegro del empresario principal frente al contratista.

La existencia de dos regímenes de responsabilidad en materia de Seguridad Social para los fenómenos de descentralización productiva plantea la necesidad de su coordinación a la hora de aplicar las normas correspondientes. Esta coordinación se resuelve mediante la concurrencia parcialmente acumulativa, en virtud de la cual el art. 42 ET se aplica sólo a las contrataciones de la propia actividad, pero el régimen de la LGSS se aplica tanto a las contrataciones que no son de la propia actividad, como a las que se refieren a la propia actividad cuando éstas quedan excluidas de la regulación del art. 42 ET²¹. Así, la responsabilidad solidaria del art. 42 ET no absorbe el régimen de responsabilidad subsidiaria previsto en la LGSS. De esta forma, en el caso de las contrataciones de la propia actividad la empresa principal responde de las deudas de Seguridad Social por dos vías: en primer lugar, solidariamente por la vía del art. 42 ET; pero, en segundo lugar, si escapa a esta responsabilidad -por la existencia de una certificación negativa, por la no expedición en plazo del certificado o por el transcurso del plazo de un año después de terminada la contrata- responderá subsidiariamente de acuerdo con el régimen común. Esta interpretación es la que se ha impuesto tanto en la doctrina científica²², como en la judicial²³

En materia de prevención de riesgos laborales también es aplicable un régimen de responsabilidad especial. Este régimen no está incluido en el art. 42 del ET, que se refiere únicamente a las obligaciones salariales y a las de Seguridad Social, y tampoco en la regulación de la LGSS. El precepto básico en esta materia es el art. 42.1 de la LPRL, a tenor del cual “el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención por riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que pudieran derivarse de dicho incumplimiento”. Como puede observarse, el precepto no se refiere de forma específica a la responsabilidad de la empresa principal y aunque el art. 42.3 de la LISOS sí lo hace hay que tener en cuenta que tiene un ámbito de aplicación reducido exclusivamente a las sanciones administrativas.

²¹ Martínez Emperador, *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980, pp. 36 y 37.

²² Vid., para un panorama general, Llano Sánchez (*op. cit.*, pp. 276 a 282) y Montoya Medina (*op. cit.*, pp. 302 a 306).

²³ STS3ª 6.7.2005 (RJ 2005/9535).

¿Qué ocurre, entonces, con las responsabilidades de carácter resarcitorio? ¿No hay responsabilidad de la empresa principal?

La jurisprudencia²⁴ ha dado solución a esta laguna legal. De los daños producidos como consecuencia de una infracción de las medidas de seguridad e higiene debe responder el empresario infractor. Ahora bien, a la hora de determinar quién tiene esta condición, se admite que pueda serlo tanto el empresario directo del trabajador accidentado, como la empresa principal en cuyo ámbito se ejecuta la prestación de trabajo. Y en este sentido poco importa si la contrata es o no es de la propia actividad; el empresario principal responderá siempre que haya incumplido con sus obligaciones de prevención de riesgos. Además en estos casos responderá también el contratista o subcontratista que sea empresario directo, pues está siempre obligado a impedir que sus trabajadores presten servicios en condiciones que no son las correctas.

La responsabilidad del empresario principal es una responsabilidad directa como agente infractor al margen de su relación con el empleador del trabajador accidentado y al margen también de la relación laboral, por lo que entramos en el marco de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC²⁵. La responsabilidad se deriva del incumplimiento de un deber de seguridad ante una persona que no tiene ningún vínculo contractual con el agente productor del daño. Esta conclusión plantea problemas a la hora de determinar el carácter antijurídico del daño²⁶. El problema surge porque si estamos ante una responsabilidad extracontractual ya no serían en principio aplicables las obligaciones de prevención que la LPRL define y construye en el marco de la relación laboral como obligaciones de este carácter. ¿Cuáles son las obligaciones de seguridad de un empresario frente a quien trabaja en su centro de trabajo pero no es un trabajador a su servicio? La LPRL no aclara esta cuestión: establece en atención a esta condición determinadas obligaciones de coordinación, información, instrucciones y vigilancia, pero no aborda directamente con carácter general este problema. Falta una norma que establezca que el empresario en cuyo centro presten servicios trabajadores empleados por otro empresario responderá frente a estos trabajadores del cumplimiento de las obligaciones de seguridad que se refieran a las instalaciones y los medios de trabajo que están bajo el control del titular del centro. Esa norma la ha formulado la doctrina jurisprudencial a partir del art. 1902 CC. Sin embargo, no es posible mantenerse en ese plano general y en la práctica habrá que determinar qué deberes de seguridad tiene el empresario titular del centro frente a los trabajadores “externos”, lo que dependerá de si la medida de prevención queda o no incluida en su esfera de control.

²⁴ A partir de la STS 18.4.1992 (RJ 1992/4849).

²⁵ Vid. en este sentido la STS1ª 23.10.2006 (RJ 2006/8929).

²⁶ Sobre el debate en la doctrina civilista en relación con la exigencia del carácter antijurídico del daño, vid. E. Roca, *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 89 y 90.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo han ido más lejos y fundan la responsabilidad del empresario principal no en una infracción directa por él de las medidas de seguridad sino en una infracción indirecta por incumplimiento de la obligación de vigilancia del art. 24.3 LPRL, lo que plantea más dudas²⁷.

1.2. La cesión de trabajadores y el régimen derivado del art. 43 ET

La cesión de trabajadores es un fenómeno interpositorio. En la relación laboral, el empresario formal aparece entre el trabajador y el empresario real, para ocultar a éste. Su objetivo es suministrar trabajadores, lo que normalmente va acompañado de una degradación de garantías y del estatuto profesional del trabajador cedido, aunque esta circunstancia no es necesaria.

La definición legal es muy imperfecta porque tan sólo se refiere a la “contratación de trabajadores *para cederlos temporalmente* a otra empresa”. Hay dos elementos que no son correctos, porque el fenómeno interpositorio prohibido existe aunque el trabajador no sea contratado para cederlo; basta simplemente que se ceda, aunque hubiera sido contratado con la finalidad de que preste servicios para la empresa cedente. En segundo lugar, tampoco la prohibición queda limitada a las cesiones temporales; incluye, por supuesto, las cesiones permanentes. Además, falta en la definición legal un elemento decisivo para la interposición, al que sí aludía la legislación anterior: la no incorporación del trabajador cedido a la plantilla de la empresa cesionaria, que es el dato que produce el ocultamiento de la posición del empresario real. Este dato es el que permite distinguir la cesión de trabajadores interpositoria, es decir con ocultamiento del empresario real, de las cesiones de trabajadores no interpositorias, en las que ese ocultamiento no se produce. Sólo las primeras están en el art. 43 ET.

²⁷ En esta línea hay que citar las SSTs 22.11.2002 (RJ 2005/6026), 11.5.2005 (RJ 205/9702), 26.5.2005 (RJ 2005/9702) y 30.9.2008. Las SSTs 11 y 26 5.2005 se refieren a una reclamación de recargo; la STS 22.11.2002 a la reclamación de una indemnización. La solución y los argumentos de la última sentencia citada resultan especialmente discutibles. En el caso suscitado un centro público regional de menores que es titular de una línea de alta tensión y de un centro de transformación contrata el mantenimiento de los mismos con una empresa especializada, que a su vez subcontrata con otra este servicio. El accidente se produce con infracción de medidas de seguridad por parte de la empleadora, que no contaba con un sistema de organización de recursos para las actividades preventivas, no había efectuado una evaluación de riesgos y había defectos de formación en el personal. La sentencia reproduce el criterio del empresario infractor y considera que esa doctrina, aplicada al caso debatido, implica la responsabilidad solidaria del centro público como empresa principal. Esta decisión es problemática, primero porque no se trata de infracciones directas de la empresa principal sino de infracción de deberes propios de la empleadora, y además porque no puede derivarse de una infracción indirecta por falta de vigilancia, porque ésta en la ley queda limitada a las contrataciones de la propia actividad y el mantenimiento eléctrico no es propia actividad del centro público de menores.

La finalidad del art. 43 ET no es sólo la lucha contra el fraude, que puede no existir, sino, principalmente, la recuperación de la realidad empresarial mediante la ruptura del mecanismo de interposición. En el art. 43 ET están las cesiones fraudulentas y las no fraudulentas²⁸, las que suponen una degradación de las condiciones de los trabajadores y las que no conllevan ese efecto²⁹. No están, sin embargo, las cesiones sin interposición³⁰.

Salvo en los supuestos excepcionales de externalización a través de empresas de trabajo temporal, la cesión de trabajadores está prohibida y tiene consecuencias tanto de orden sancionador³¹, como en el propio contrato de trabajo.

En el contrato de trabajo el primer efecto es el establecimiento de una responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social durante la vigencia de la cesión. De esta forma se rompe el efecto de pantalla del negocio interpositorio y se restaura el sistema de garantías a favor del trabajador. Obsérvese que, a diferencia de lo que ocurre en el art. 42 ET, aquí la solidaridad cubre todas las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

El segundo efecto es la posibilidad de adquirir la condición de trabajador fijo en cualquiera de las empresas implicadas. Realmente si se trata de una interposición la reconstrucción del vínculo laboral real debería ser exclusivamente con el empresario real, deshaciendo el efecto interpositorio, pero el legislador ha querido conceder una opción al trabajador para el supuesto, realmente extraño, en el que prefiera mantener el vínculo con el empresario cedente. Este efecto puede tener determinadas limitaciones, como muestra la jurisprudencia reciente³².

La reconstrucción de la relación laboral real determina además que se apliquen al trabajador cedido las condiciones de trabajo propias de la empresa cesionaria. En este punto ha habido una importante evolución jurisprudencial. Inicialmente la doctrina jurisprudencial mantuvo que el efecto de la declaración de la existencia de cesión era constitutivo, de forma que la aplicación de las condiciones de trabajo de la empresa cesionaria sólo se producía a partir

²⁸ SSTs 14.9.2001 (RJ 2002/582), 17.1.2002 (2002/3755), 16.6.2003 (RJ 2003/7092), 3.10.2005 (RJ 2005/733).

²⁹ STS 25.6.2009 (rec. 57/2008)

³⁰ SSTs 20.7.2007 (RJ 2007/6961), 4.3.2008, 26.2.2009 (rec. 57/2008).

³¹ Por un lado, está tipificada como infracción administrativa en el art. 8.2 de la LISOS, de acuerdo con el cual “la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”. Determinadas cesiones pueden también constituir un ilícito penal, de conformidad con los arts. 312 y 311 del CP.

³² Así, por ejemplo, la pervivencia del período de prueba en el caso de la STS 30.5.2006 (RJ 2006/3350) y las particularidades de las Administraciones Públicas de acuerdo con una reiterada jurisprudencia [SSTs 28.4.2009 (rec. 66/2008) y 23.4.2009 (rec. 70/2008), entre las más recientes] según la cual el trabajador cedido en estos supuestos no adquiere propiamente firmeza, sino que se convierte en lo que se ha llamado “indefinido no fijo”

de esa declaración (efecto *ex nunc*); luego³³ se admitió que, siendo el cedente un empresario ficticio, la relación laboral siempre se había mantenido con la empresa cesionaria, con lo cual se debían aplicar las condiciones de trabajo de ésta desde el comienzo de la cesión (efecto *ex tunc*). Posteriormente³⁴ el efecto *ex tunc* se generaliza, para aplicarse en todo caso³⁵.

1.3. La transmisión de empresa y sus efectos

La regulación del art. 44 ET responde a la necesidad de establecer garantías para los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas; garantías que se proyectan sobre la conservación del contrato, el mantenimiento del estatuto profesional del trabajador y la responsabilidad. El supuesto de hecho del art. 44 ET se vincula a los cambios de titularidad de la empresa o de las unidades productivas autónomas. En el número 2 de este artículo se precisa que existe sucesión cuando se produce una transmisión que afecta a “una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizativos a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Esta definición, algo “sofisticada”, es una transcripción, más que una trasposición, de la que figura en la Directiva 2001/23/CE³⁶.

El alcance de la transmisión puede ser total (la empresa en su conjunto) o parcial (un centro de trabajo o una unidad productiva). Lo importante es distinguir entre la transmisión de *elementos aislados*, que no está en el art. 44 ET, y la transmisión de *un conjunto susceptible de explotación*, sea total parcial, que sí está incluida en el precepto. La clave no es el criterio ontológico de la identidad, como dice el art. 44. 2 ET copiando la directiva, sino el criterio funcional: la idoneidad de lo transmitido para cumplir una función económica empresarial.

Se trata de una valoración empírica de carácter económico. Se exige que la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad como conjunto de medios organizados para cumplir una actividad económica. ¿Cuál es esa identidad? Si observamos el funcionamiento de la empresa vemos que ésta consta de factores internos (instalaciones y medios de producción: materiales o inmateriales), factores externos (actividad, clientela) y personal (trabajadores). Pues bien, hay algunos elementos que no pueden ser objeto de transmisión: no se transmiten propiamente los trabajadores, ni la clientela, porque no son propiedad del empresario; se puede transmitir la información sobre la clientela, pero no la clientela en sí misma.

³³ A partir de la STS 17.1.1991 (RJ 1991/158).

³⁴ Con la STS 14.9.2001 (RJ 2002/582).

³⁵ Vid. STS 5.12.2006 (RJ 2007/91).

³⁶ Que sustituye la Directiva 77/187/CEE, a su vez modificada por la Directiva 98/50/CE.

El problema se ha planteado en relación con la sucesión en la actividad. En ocasiones -contratas, concesiones administrativas- puede haber una sucesión en la actividad entre empresas ¿Es esa sucesión una transmisión de empresa a los efectos del art. 44 ET? La doctrina tradicional del Tribunal Supremo contestó negativamente, acogiendo la tesis patrimonial. La situación en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es más compleja. En el caso *Schmidt*³⁷ el Tribunal de Justicia aceptó la inclusión en la Directiva de la sucesión de actividad, pero esta solución fue después rectificada en el caso *Süzen*³⁸, donde, no obstante, se dejaba abierta la sucesión en la actividad cuando fuera acompañada de incorporación relevante de la plantilla. Esta doctrina se consolidó posteriormente en las sentencias dictadas en los casos *Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal*³⁹ y en varios pronunciamientos posteriores⁴⁰, al menos para las sucesiones de actividad acompañadas de incorporaciones significativas de plantillas en empresas en las que es predominante la mano de obra. El Tribunal Supremo, después de cierta resistencia, ha acabado por aceptar este criterio, aunque con algunas restricciones, pues se exige que la sucesión en la plantilla sea pacífica⁴¹.

Las consecuencias de la sucesión de empresa son varias. El primer efecto es la conservación del vínculo: los contratos no se extinguen como consecuencia de la transmisión. Esto no significa, sin embargo, que los trabajadores estén obligados a incorporarse a la nueva empresa; simplemente ésta tiene la obligación de incluirlos en su plantilla, pero los trabajadores pueden negarse a aceptar esa incorporación, aunque en este caso -si hay verdaderamente sucesión -no podrán permanecer en la empresa cedente en contra de la voluntad de su titular.

La segunda consecuencia es el mantenimiento del contenido contractual como garantía del *status* laboral. El art. 44 ET precisa que el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, lo que incluye los compromisos en materia de Seguridad Social complementaria. También se mantiene, salvo pacto en contrario, la vigencia del convenio colectivo que regía en la empresa cedente. El convenio se aplicará hasta que expire su vigencia o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio (art. 44.4 ET).

La tercera consecuencia- que no está prevista como obligatoria para los derechos nacionales en la Directiva 2001/23/CE- es la responsabilidad solida-

³⁷ STJCE 14.4.1994.

³⁸ STJCE 11.3.1997.

³⁹ SSTJCE 10.12.1998. El caso *Sánchez Hidalgo* sobre asistencia doméstica y el caso *Hernández Vidal* sobre limpieza.

⁴⁰ SSTJCE 25.1.2001 (caso *Liikeene*); 24.1.2002 (caso *Temco*) y 13.9.2007 (caso *Jouini*).

⁴¹ En este sentido pueden verse las SSTs de 20.10.2004 (RJ 2004/7162), 27.10.2004 (RJ 2004/7202) y 29.5.2008 (RJ 2008/4224): si se trata de una mera cesión de contratos controvertida, no estamos ante una transmisión, que debe ser real, efectiva y pacífica.

ria entre cedente y cesionario con respecto a las obligaciones nacidas antes de la transmisión, que puede ampliarse a las posteriores cuando la transmisión sea declarada delito (art. 44.3 ET). Se trata de un régimen especialmente riguroso, que se extiende además a las obligaciones en materia de Seguridad Social (arts. 104 y 127 LGSS) y alcanza incluso, según la doctrina de la Sala IV, a las obligaciones laborales anteriores a la sucesión derivadas de contratos extinguidos⁴². Es un régimen que supera el ámbito del art. 1911 CC y va más allá de lo que sería la función de una garantía real en atención a los bienes transmitidos. Esto puede tener consecuencias negativas en el denominado “salvamento de empresas”, como muestra la doctrina jurisprudencial, y ha creado problemas en relación con la transmisión de empresas en el marco del concurso, que serán examinados más adelante.

1.4. Los grupos de empresa y la solución de la jurisprudencia del orden social

Al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en nuestro país el legislador no ha regulado con carácter general la disciplina de los grupos societarios, ni ofrece un concepto general de los mismos.

A pesar de ello, la doctrina mercantil ha intentado elaborar un concepto de grupo que pueda servir como punto de partida para construir una teoría general de los grupos societarios. Así, es habitual definir el grupo como el conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria⁴³. Los elementos básicos de esta definición son dos: 1) la independencia jurídica de las sociedades y 2) la unidad de la dirección económica.

El segundo elemento de la definición plantea algunas dudas. ¿Basta la mera posibilidad de dirección unitaria fundada en la existencia de control o es necesario que dicha dirección unitaria sea efectiva? La doctrina mercantil entiende que sólo puede hablarse de grupo cuando la diversidad de sus miembros está efectivamente sujeta a la unidad de dirección, de tal modo que, en realidad, existe una estrategia general del conjunto fijada por el núcleo dirigente

⁴² STS 15.7.2003 (rec. n.º 3442/2001).

⁴³ J.A. Engracia Antunes, *Os grupos de sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 52; J.M. EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003, pp. 26 y 27; J. Duque Domínguez, “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español”, en AAVV, *Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 5306 y 5307; J. Girón Tena, “Los grupos de sociedades”, en *Las grandes empresas*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1965, p. 133; F. Sánchez Calero, “De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 77/2000, cit., p. 15; C. Paz-Ares, en AAVV, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 1328 a 1331.

(*group top-management*) que articula la actividad de todas las sociedades⁴⁴. De acuerdo con esta idea, no es el control sino la dirección única la que define al grupo. Ahora bien, esta afirmación, que, desde un punto de vista doctrinal, es exacta, puede plantear problemas en la práctica. La unidad de decisión es, en efecto, un concepto muy difícil de determinar (¿cuándo se produce exactamente esa unidad?, ¿a partir de cuántas decisiones unificadas?, ¿en qué materias y en qué porcentajes?) y, sobre todo, muy difícil de probar en un proceso. La existencia de control, por el contrario, se acredita con relativa facilidad, pues basta con mostrar la distribución de las participaciones o con poner de manifiesto la identidad de los miembros del órgano de administración, datos que están reflejados en registros públicos. Por esta razón, la mayoría de los textos legales que delimitan el concepto de grupo no exigen el ejercicio efectivo de la dirección unitaria y se conforman con la mera posibilidad de dicha dirección común, basada en la existencia de control o dependencia societaria (es ilustrativo en este aspecto el art. 42 del Código de Comercio).

El grupo, a través de la red, permite una dirección económica unitaria, pero evita una concentración excesiva en el marco de un solo establecimiento empresarial. Las ventajas de esta opción frente al modelo de la empresa centralizada, típico de la era industrial, son de variada índole⁴⁵, pero, sin duda, entre las más importantes está la dispersión de los riesgos empresariales. En efecto, fragmentando la empresa en distintas unidades, con personalidad jurídica propia, se crean compartimentos estancos y se aminora el riesgo general de insolvencia, de forma que la quiebra de una unidad no contagia a las demás. Cada sociedad sólo responde con su patrimonio de sus propias deudas, pues, aunque exista unidad económica, hay pluralidad jurídica. Además, con la estructura de grupo se evitan los problemas asociados al “gigantismo”, sin perder la unidad de la dirección. La gestión se sigue controlando, pero se descentraliza, se hace más ágil y se limita el ámbito de responsabilidades.

Pero, junto a las ventajas, el grupo presenta también riesgos importantes. En el ámbito laboral pueden darse multitud de supuestos en los que se pone de manifiesto el riesgo que el grupo implica para los trabajadores. Podrían citarse, entre lo más significativos, la descapitalización de la sociedad del grupo con obligaciones en materia de personal⁴⁶, llevar las pérdidas a la sociedad con más

⁴⁴ J.A. Engrácia Antunes, *Os grupos...*, cit., pp. 55 y 56, nota 51.

⁴⁵ J.A. Engrácia Antunes, *Os grupos...*, cit., pp. 63 a 71; L. Caselli, “Dalla grande impresa al gruppo. Un preliminare modello interpretativo”, en L. Caselli, P.M. Ferrando y A. Gozzi, *Il gruppo nell'evoluzione del sistema aziendale*, Franco Angeli, Milano, 1991, pp. 10 y ss; F. Galgano, “Unità e pluralità di imprese nei gruppi di società”, en *Collegamento di società e rapporti di lavoro*, a cura di D. Napoletano, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 3 y ss; A. Gozzi, “Strategie di diversificazione e gruppi di imprese”, en L. Caselli, P.M. Ferrando y A. Gozzi, *Il gruppo nell'evoluzioni...*cit., pp. 88 y ss.

⁴⁶ Vid. STS 24.7.1989 (RJ 1989/5908).

volumen de personal, para, allí, proceder a la regulación de empleo; concentrar el personal con más antigüedad y con menos valor de formación en la empresa más frágil...

La reacción de la jurisprudencia del orden social frente al fenómeno de los grupos societarios se ha llevado a cabo respetando la personalidad independiente de las sociedades del grupo y la consiguiente responsabilidad separada de cada una de ellas frente a los trabajadores. Este respeto por la independencia jurídica de las sociedades se matiza, sin embargo, poniendo en marcha un mecanismo excepcional y selectivo de extensión de la responsabilidad que opera únicamente en determinados supuestos y cuyo objetivo es corregir las desviaciones que pueden derivarse de la actuación del grupo en las relaciones laborales. En este sentido, puede afirmarse que la jurisprudencia del orden social representa un punto de equilibrio entre las posiciones encontradas de quienes mantienen una concepción negativa del grupo como tal, proponiendo, de forma más o menos abierta, la extensión indiscriminada de la responsabilidad laboral a todos los miembros del grupo⁴⁷, y quienes denuncian como una amenaza para la seguridad jurídica y para la eficiencia económica el desconocimiento, aun selectivo, de la distinta personalidad jurídica de los miembros del grupo.

La fórmula general utilizada por la jurisprudencia para determinar esa extensión de la responsabilidad excepcional resulta redundante y confusa, aunque, sistematizando, podemos reducir a tres los factores determinantes: 1) la prestación de trabajo indiferenciada, 2) la confusión de patrimonios y 3) el uso abusivo de la personalidad jurídica por el grupo⁴⁸.

No podemos ahora detenernos a examinar cada uno de estos factores, aunque hay que señalar que existe en su formulación una confusión inicial porque no se distingue adecuadamente entre dos situaciones diferentes: la posición

⁴⁷ El grupo parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya pretendió, durante la tramitación de la reforma laboral de 1994, introducir en el Estatuto de los Trabajadores una enmienda al art. 1.2 que atribuía al grupo la condición de empresario conjunto, prescribiendo la responsabilidad por las obligaciones que cualquiera de las sociedades del grupo contrajeran (Enmienda nº 293, *BOCG*, Congreso de los Diputados, serie A, nº 42-4, de 22 de febrero de 1994, p. 155). El tenor literal del texto propuesto era el siguiente: “Se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controla, directa o indirectamente, a las demás. En todo caso, se entenderá que existe control de una empresa dominada por otra dominante, cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado I del artículo 42 del Código de Comercio. Las empresas pertenecientes a un mismo grupo responden solidariamente de las obligaciones dimanantes de la relación laboral”. La enmienda recogía las iniciativas de los sindicatos CCOO y UGT y fue rechazada por la mayoría parlamentaria (vid. A. Baylos y L. Collado, “Introducción”, en *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, pp. 17 a 19).

⁴⁸ SSTs 30.1.1990 (RJ 1990/233); 3.5.1990 (RJ 1990/3946); 26.1.1998 (RJ 1998/1062); 9.7.2001 (RJ 2001/10019); 6.3.2002 (RJ 2002/4659); 3.11.2005 (RJ 2006/1244) y 10.6.2008 (RJ 2008/4446).

empresarial plural de todas o algunas de las sociedades del grupo y la extensión de la responsabilidad solidaria a sociedades del grupo que no tienen la condición de empresario. La doctrina jurisprudencial opera exclusivamente en el plano de la extensión de la responsabilidad, cuando, en realidad, los tres factores responden a situaciones diversas. En los dos primeros supuestos –la prestación de trabajo indiferenciada y la confusión de patrimonios– la responsabilidad solidaria se justifica por la existencia de una posición empresarial plural. Por el contrario, el conjunto de supuestos agrupado en el abuso de la personalidad jurídica sí es claramente un caso de extensión de la responsabilidad⁴⁹.

Antes de concluir este epígrafe hay que hacer una importante precisión: el grupo de sociedades no puede asumir la condición de empresario laboral; en todo caso lo que existirá será una situación de pluralidad empresarial entre las diversas sociedades miembros del grupo. El grupo, en sí mismo, no puede ser empresario porque no está incluido en ninguno de los supuestos a que se refiere el art. 1.2 ET. En primer lugar, es evidente que no se trata de una persona jurídica, pues, precisamente, la característica fundamental del grupo es la existencia de una pluralidad de sociedades jurídicamente independientes, sometidas a una dirección económica común. La personificación del grupo no sería la solución, sino la negación del grupo como tal. En segundo lugar, el grupo tampoco es una comunidad de bienes: en el grupo no existe un patrimonio común organizado como comunidad; por el contrario, a cada sociedad se le ha atribuido personalidad jurídica independiente y es titular de su propio patrimonio, separado del resto. La técnica acogida por el grupo no es la de la comunidad de bienes, sino la de la personalidad jurídica independiente.

Ni el grupo es empresario ni puede ser responsable frente a los trabajadores. Es cierto que en algunas sentencias se califica al grupo como tal, pero hay que entender que se trata únicamente de una licencia de economía lingüística o, dicho de otra forma, una expresión metafórica para referirse a una posición empresarial plural y compartida por todas o algunas empresas del grupo⁵⁰.

⁴⁹ Vid. E. Desdentado Daroca, *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 475 a 535.

⁵⁰ SSTs 8.6.1988 (RJ 1988/5251); 17.5.1990 (RJ 1990/4350); 13.7.1990 (RJ 1990/6112); 22.3.1991 (RJ 1991/1889); 31.1.1991 (RJ 1991/1889); 31.12.1991 (RJ 1991/9243).

2. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, CESIÓN DE TRABAJADORES, SUCESIÓN DE EMPRESAS Y GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL CONCURSO

2.1. La descentralización productiva y la cesión de trabajadores en el concurso. Remisión

En la Ley Concursal no hay normas específicas que se refieran a los fenómenos de descentralización productiva y cesión de trabajadores. La regulación sustantiva de estos fenómenos, que se acaba de exponer, no se ve alterada por el hecho de que una de las empresas afectadas esté en concurso. Lo que ocurre es que el régimen de responsabilidad compartida que se produce en estos supuestos puede plantear problemas de orden procesal cuando una o varias de las empresas responsables es declarada en concurso de acreedores. Estos problemas serán analizados posteriormente, en el epígrafe 3. Aquí nos vamos a centrar en analizar las previsiones que la Ley Concursal hace en relación con los grupos de sociedades (arts. 3.2, 25.1 y 93.1.3º) y la transmisión de empresa (art. 100.2148.1, 149.2).

2.2. Los grupos de sociedades en el concurso

En relación con el grupo de sociedades es importante empezar precisando que el grupo como tal no puede ser declarado en concurso. Ni lo admite la Ley Concursal⁵¹, ni es una solución que resulte funcional. El art. 1.1 LC, en efecto, exige que el deudor sea “persona natural o jurídica”. Se trata de un requisito lógico pues los entes sin personalidad no tienen capacidad jurídica y, por lo tanto, no pueden asumir obligaciones ni ser titulares de un patrimonio⁵². Por esta misma razón el grupo tampoco asume, como vimos, la condición de empresario frente a sus trabajadores.

Sólo las sociedades que integran el grupo pueden ser declaradas en concurso. Si son varias las que se encuentran en situación de insolvencia podrá, eso sí, solicitarse la declaración conjunta de concurso de todas ellas (art. 2.3 LC). Se admite también la posibilidad de que al procedimiento concursal dirigido contra la sociedad dominante del grupo se acumulen los procesos concursales ya abiertos frente a las sociedades dominadas (art. 25 LC).

⁵¹ En adelante, LC.

⁵² El único supuesto en el que se admite el concurso sin que exista personalidad es el caso de la herencia yacente, pero se trata de una excepción plenamente justificada pues no hay que olvidar que la herencia yacente no es una entidad que carezca de capacidad para ser titular de un patrimonio, sino, por el contrario, un patrimonio que carece de titular.

La declaración conjunta de concurso se prevé en el art. 3.5 LC, de acuerdo con el cual “el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones”. La norma sólo regula el supuesto de concurso necesario, aunque la doctrina considera también posible la solicitud de declaración conjunta presentada por los propios deudores⁵³. La ley no lo prohíbe expresamente y no parece que existan razones de fondo para negar esta posibilidad, siempre y cuando los deudores cumplan los requisitos exigidos por el art. 3.2 LC. En todo caso, si se trata de concurso necesario, la solicitud de declaración conjunta sólo podrá presentarse por quien es acreedor de las sociedades cuyo concurso se solicita. No es posible que varios acreedores insten en la misma solicitud la declaración conjunta de concurso de varios deudores, si éstos no lo son de todos los solicitantes. En tal caso, el juez no deberá admitir la solicitud a trámite.

Para que sea posible la declaración conjunta de concurso en el supuesto de sociedades pertenecientes al mismo grupo el art. 3.2 LC exige dos requisitos: que haya unidad en la toma de decisiones y que exista identidad sustancial de los miembros de esas sociedades. El primer requisito es superfluo pues, como vimos, la unidad de decisión es, precisamente, uno de los elementos fundamentales de la definición de grupo. El segundo requisito, por el contrario, supone una importante restricción al ámbito de aplicación del precepto. Debe existir una identidad de los socios de estas sociedades y, además, no basta con una simple identidad formal; es necesario que sea “sustancial”. Así, por ejemplo, existirá identidad sustancial en el caso de dos sociedades, A y B, cuyo capital social pertenezca por completo a la sociedad dominante –C–, pero no existirá esa identidad sustancial si el 60% del capital social de A pertenece a C y el 30% a D, sociedad que, a su vez, controla C; y, por su parte, el 100% del capital social de B corresponde a C.

En todo caso hay que tener en cuenta que si existe confusión de patrimonios entre las sociedades pertenecientes al mismo grupo, aun cuando no haya identidad sustancial de sus socios será posible la declaración conjunta de acuerdo con el primer supuesto previsto en el art. 3.2 LC. En este sentido, debe entenderse por confusión de patrimonios aquella situación en la que no es posible determinar con seguridad si los bienes y derechos afectos a la responsabilidad patrimonial universal de un determinado deudor (art. 1911 CC) pertenecen a uno o a otro de los deudores insolventes. Recordemos que es éste precisamente uno de los supuestos en los que la jurisprudencia del orden social impone la responsabilidad solidaria frente al trabajador.

⁵³ A. Rojo, “Comentario al art. 3”, en AA.VV. (A. Rojo y E. Beltrán dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Civitas, Madrid, 2004, p. 220; R. Sebastián Quetglas, *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 177 y ss.

Junto a la solicitud de declaración conjunta de concurso, el art. 25 LC admite también la acumulación al procedimiento concursal de la sociedad dominante de los concursos ya declarados de las sociedades dominadas. La norma sólo admite la acumulación al procedimiento de la sociedad dominante, por lo que no podrían acumularse los procedimientos concursales abiertos contra sociedades que no tienen, entre sí, una relación de subordinación. Piénsese en el caso de las “sociedades hermanas” antes mencionado: dos sociedades controladas por otra sociedad que es la dominante y que no está en concurso.

La declaración conjunta de concurso y la acumulación de procesos no implican, obviamente, una tramitación única: la determinación de las masas activa y pasiva deberá realizarse separadamente, la calificación de cada concurso podrá diferir y la solución que se adopte también puede ser diferente⁵⁴. El juez competente para declarar conjuntamente el concurso voluntario o la acumulación será el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales la sociedad dominante si ésta figura entre las solicitantes⁵⁵ y, si no figurara, el de aquella sociedad solicitante que tenga mayor pasivo (art. 10.4 LC)⁵⁶. En el supuesto de confusión de patrimonios es posible que el juez no pueda determinar *a priori* qué sociedad tiene un mayor pasivo. La doctrina ha afirmado que en tales casos “habrá que considerar competente al juez que lo sea para declarar el concurso de cualquiera de esos deudores, aunque no lo fuera para declarar el concurso del otro⁵⁷”.

Con estas previsiones la ley deja claro que el concurso de una de las sociedades del grupo, incluida la dominante, no supone su extensión al resto. El grupo está formado por sociedades jurídicamente independientes y precisamente una de sus mayores ventajas, como vimos, es que la insolvencia de una de ellas no afecta a las demás. Éstas, incluso, pueden ser acreedoras de la sociedad concursada y, como tales, podrán presentarse en el concurso, aunque en tal caso tendrán la condición de “personas especialmente relacionadas con el concursado” (art. 93.1.3º LC) y sus créditos se incluirán entre los subordinados (art. 92.5 LC).

⁵⁴ No obstante, el art. 101.2 LC permite que la propuesta que presente uno de los concursados pueda condicionarse a la aprobación judicial del convenio a que se llegue respecto del otro concursado.

⁵⁵ De acuerdo con el art. 10.1 LC “por centro de intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses”. En caso de deudor persona jurídica “se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social”. Los problemas más complejos se plantean cuando la sociedad dominante es una sociedad extranjera.

⁵⁶ Un ejemplo de solicitud de declaración conjunta en el marco de un grupo de sociedades en el que se suscitaron problemas de competencia judicial puede verse en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1, de 15 de noviembre de 2004 (AC 2004/1918).

⁵⁷ A. Rojo, “Comentario al art. 3”, cit., p. 222.

2.3. La transmisión de empresas en la Ley Concursal

En el ordenamiento jurídico laboral la venta de la empresa en el marco del concurso entra en el ámbito de aplicación del art. 44 ET. Es claro, a este respecto, el art. 51.11 ET, de acuerdo con el cual en el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma será aplicable lo dispuesto en el art. 44 ET “cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial”.

El legislador español ha optado así por una solución que garantiza plenamente los derechos de los trabajadores, a pesar de que la Directiva 2001/23/CE (y antes la Directiva 1998/50) permite excluir el régimen de garantías “cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública”.

La opción del legislador español es, sin embargo, excesivamente rígida y puede resultar un serio obstáculo para el mantenimiento de la actividad empresarial en los procesos de liquidación y, muy especialmente, para las operaciones de salvamento o refluotación de empresas⁵⁸. La jurisprudencia, en algunos pronunciamientos iniciales, adoptó un criterio flexible, considerando que en los supuestos en que eran los propios trabajadores los adquirentes de la empresa no debía ser aplicable el art. 44 ET⁵⁹. A comienzos de los años noventa, sin embargo, la Sala IV cambia su doctrina y adopta la solución contraria⁶⁰, aunque hay que advertir que en todos los casos suscitados la existencia de fraude es la razón que subyace para determinar la aplicación del art. 44 ET. La jurisprudencia vuelve a flexibilizarse a finales de esa década⁶¹ y aun cuando se repiten argumentos de la doctrina judicial de los años ochenta dirigidos especialmente a los supuestos de refluotación de empresas, se añaden otros que tienen una mayor vocación de generalidad, haciendo especial hincapié en las consecuencias negativas que para la viabilidad de las empresas puede tener la declaración de sucesión empresarial⁶².

La aprobación de la Ley Concursal podía haber sido el momento oportuno para introducir cambios legislativos en esta materia, pero lo cierto es que los cambios son escasos y se limitan a ciertas medidas de moderación en la responsabilidad del adquirente.

⁵⁸ sobre los efectos de la ley concursal en el salvamento de empresas, Vid. El interesante trabajo de A. De la Puebla Pinilla, “Economía social y salvamento de empresas (la Ley Concursal como telón de fondo)”, *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social*. *Iustel* nº 4/2003.

⁵⁹ SSTS 20.7.1988 (RJ 1988/6211), 13.12.1989 (RJ 1989/9119).

⁶⁰ SSTS 16.11.1992 (RJ 1992/8810), 17.5.1993 (RJ 1993/4102), 16.7.1993 (RJ 1993/5683) y 23.11.1993 (RJ 1993/8937).

⁶¹ A partir de la STS 15.4.1999 (RJ 1999/4408).

⁶² SSTS 11.4.2001 (RJ 2001/5113) y 25.2.2002 (RJ 2002/6235). Vid. también en esta misma línea la STS(3ª) 19.7.2002 (RJ 2002/9775).

Las previsiones específicas sobre la transmisión de empresa se contienen tanto en la regulación del convenio como en la de la liquidación.

El art. 100.2 LC prevé que en la propuesta de convenio podrán incluirse proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, o bien de determinadas unidades productivas. Pues bien, estas proposiciones, según el precepto, “incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional” y “del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio”, en cuyo caso “deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores”.

La doctrina se ha planteado si esta propuesta de convenio puede excluir las garantías del art. 44 ET y, en este sentido, se distingue entre el régimen de conservación de los contratos de trabajo y el alcance de la responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión. La Junta de Acreedores no puede disponer sobre el régimen de conservación de los contratos de trabajo impuesto en el art. 44 ET, pero sí puede disponer de sus créditos dentro de los límites subjetivos de la eficacia del convenio⁶³.

En la liquidación la Ley distingue según exista plan o no. En el primer supuesto, el art. 149.1 LC prevé que el plan de liquidación debe contemplar siempre que sea factible “la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos”, debiendo, en tal caso, someterse a informe de los representantes de los trabajadores, “a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación”, que serán resueltas por auto. Si se consigue la enajenación de la empresa en su conjunto o de unidades productivas autónomas, será aplicable el art. 44 ET; no lo será, por el contrario, si la transmisión se limita a elementos aislados. En todo caso, si para cumplir el plan de liquidación el juez se ve obligado a adoptar medidas de extinción, modificación o suspensión de contratos de trabajo de carácter colectivo, deberá hacerlo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 64 LC. Si se produce la transmisión de empresa y es el nuevo adquirente el que adopta estas medidas, ya no será aplicable, lógicamente, el art. 64 LC, sino lo dispuesto en los arts. 41, 47 y 51 del ET.

La liquidación sin plan también puede finalizar con la transmisión de la empresa o de unidades productivas autónomas, en cuyo caso será de aplicación el régimen de garantías del art. 44 ET. Pero para estos casos la Ley prevé una medida de moderación importante. El art. 149.2 LC, en efecto, autoriza al juez del concurso para acordar que “el adquirente no se subroga en la parte de la

⁶³ S. Rey Guanter y M. Luque Parra, “La transmisión de empresas en situaciones concursales”, *Relaciones Laborales*, n2 23/2003; A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano, *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*, Bomarzo, Albacete, p. 186.

cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 ET⁶⁴. A pesar de la equívoca redacción de este precepto⁶⁴, su significado está claro: se limita el alcance de la responsabilidad solidaria del adquirente prevista en el art. 44.3 ET. La medida es un avance importante, aunque resulta excesivamente tímida. La exoneración de responsabilidad únicamente afecta a los importes que, de acuerdo con el art. 33 ET, le corresponde pagar al FOGASA; de las deudas que excedan de esos importes responderá, en todo caso, el adquirente.

La posible moderación de la responsabilidad del adquirente está prevista por la Ley exclusivamente para el caso de liquidación sin plan; el art. 148 LC, que regula la liquidación con plan, no contiene una previsión similar. Se trata, sin embargo, de un simple *lapsus* del legislador, pues no hay ninguna razón que justifique este trato diferente. Por ello, se admite que la medida debe aplicarse con carácter general a la transmisión que tiene lugar durante la fase de liquidación, haya o no plan⁶⁵.

3. PROBLEMAS PROCESALES. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL JUEZ SOCIAL Y EL MERCANTIL EN LOS SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y GRUPOS DE SOCIEDADES EN CASO DE CONCURSO

3.1. El esquema general de distribución de competencias previsto en la Ley Concursal

Aunque no es posible extenderse demasiado en este punto, es necesario, sin embargo, hacer una breve referencia al esquema general de distribución de competencias entre el juez social y el juez mercantil, que nos permita, posteriormente, analizar los problemas específicos de carácter procesal que pueden plantearse en los fenómenos de descentralización productiva, sucesión y grupos de empresa.

El esquema debe partir de una distinción entre las pretensiones declarativas y las ejecutivas; en las primeras la *vis atractiva* del concurso opera de forma más débil; en las segundas, por el contrario, resulta más intensa.

⁶⁴ El precepto no pretende eliminar el efecto de subrogación que prevé el art. 44.1 ET, aunque utilice, incorrectamente, este término. Lo que pretende es, sencillamente, limitar la responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión.

⁶⁵ A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano, *Los trabajadores ante el concurso...*, cit., p. 187.

a) Pretensiones declarativas

La competencia del juez del concurso respecto a las pretensiones declarativas alcanza a las siguientes materias: 1º) extinción, modificación y suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado; 2º) acciones colectivas de resolución del contrato de trabajo por falta de pago o retrasos continuados en el abono de salarios; y 3º) suspensión y extinción de los contratos de alta dirección.

En las extinciones y suspensiones colectivas, el juez del concurso sustituye a la Autoridad Laboral que, en el régimen normal, es la que concede o deniega la autorización a la que se refieren los arts. 51 y 47 ET. La competencia del juez mercantil es, sin embargo, en esta materia más amplia, pues no se limita a la simple autorización. La pretensión deberá concretar los contratos de trabajo cuya extinción o suspensión se solicita y el juez tendrá que resolver, extinguiéndolos o suspendiéndolos en caso de estimar la pretensión y fijando en el propio auto la indemnización correspondiente (art. 84.2.5º LC)⁶⁶. El cambio es profundo, porque, además, en vía de recurso, el orden competente es el social y no el contencioso-administrativo (arts. 64.8 y 197.7 LC).

En las modificaciones colectivas de condiciones de trabajo el juez mercantil sustituye al empresario que, en el régimen general, es el que adopta la decisión siguiendo el procedimiento establecido en el art. 41 ET. De esta forma se ha introducido una mayor rigidez para las modificaciones en empresas en concurso, que resulta, cuanto menos, paradójico. En todo caso, la referencia a las modificaciones de condiciones de trabajo debe entenderse en sentido amplio, de forma que incluye los supuestos de movilidad geográfica, aunque no se mencionen de forma expresa.

La competencia del juez del concurso respecto a las resoluciones de los contratos de trabajo se establece en el art. 64.10 LC, de acuerdo con el cual “las acciones individuales interpuestas al amparo de lo dispuesto en el art. 50.1.b) del ET tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso” cuando el número de trabajadores afectado supere ciertos límites previstos en la propia norma. El precepto se refiere a las resoluciones fundadas en la falta de pago o en retrasos continuados en el abono de los salarios y pretende atajar conductas estratégicas que pretenden conseguir por la vía del art. 50 ET indemnizaciones superiores

⁶⁶ A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano, *Los trabajadores ante el concurso...*, cit., pp. 114 a 116; G. Moliner Tamborero, “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”, en AAVV (I. García-Perrote Escartín, coord.), *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 66 y ss; M.F. Fernández López, “Delimitación de competencias entre el juez mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, concursal”, *Revista de Derecho Social*, nº 26/2004.

a las previstas para los despidos colectivos del art. 51 ET.

Las pretensiones sobre suspensión y extinción de los contratos de alta dirección también deben plantearse ante el juez mercantil y, dado que la norma no distingue, ello será así con independencia de la causa a la que la medida responda, que puede estar o no relacionada con el concurso. La competencia se atribuye al juez mercantil con carácter general y responde a la necesidad de controlar las indemnizaciones de estos altos directivos que, como consecuencia de las cláusulas de blindaje, pueden resultar perturbadoras para el concurso, pudiendo, en tal caso, ser objeto de moderación (art. 65.3 LC).

b) Competencias en materia de ejecución: ejecuciones patrimoniales y no patrimoniales

La competencia del juez del concurso es más amplia en la ejecución. Los arts. 86.ter LOPJ y 8.3 LC atribuyen a los juzgados de lo mercantil “toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado”. El objetivo del legislador es poner fin a las ejecuciones separadas, que impiden la satisfacción ordenada de los créditos y la posible adopción de una solución convenida que garantice la continuidad de la actividad empresarial. De acuerdo con esta finalidad, se reforma el art. 32 ET y el 246.3 LPL. Estos preceptos, que antes reconocían la ejecución separada de los créditos laborales, ahora disponen que, en caso de concurso, son aplicables las disposiciones de la Ley Concursal.

La norma es clara: si la ejecución que se dirige contra el concursado tiene carácter patrimonial será competencia del juez del concurso. En el supuesto normal su aplicación no plantea problemas. Piénsese en una demanda que se ha presentado en el orden social y que ha producido una sentencia condenatoria de contenido patrimonial; si la empresa condenada está en concurso, la ejecución debe seguirse en el proceso concursal. El problema es que, en ocasiones, el carácter patrimonial de la ejecución puede plantear dudas. Es lo que ocurre cuando el empresario ha sido condenado por despido improcedente o por despido nulo en sentencia firme.

Si el despido ha sido declarado improcedente y el empresario opta por la indemnización no hay duda ninguna: la ejecución sería patrimonial y correspondería al juez del concurso. Pero si, en tal caso, el empresario opta por la readmisión y no readmite o readmite de forma irregular, el trabajador podrá solicitar ante el Juzgado de lo Social la ejecución de la sentencia en el incidente de no readmisión (arts. 277 y ss LPL). Y aquí es necesario hacer algunas precisiones. El objeto del incidente tiene un claro contenido patrimonial, pero, en su fase inicial, la tarea del juez es puramente declarativa, pues se trata de determinar si el empresario ha cumplido o no con la obligación de readmi-

sión⁶⁷. Aunque la cuestión puede ser discutible, parece más razonable entender que esta primera fase del incidente corresponde al juez de lo social. Esta fase de “cognición” finaliza con un auto en el que se estima o se desestima la pretensión del trabajador ejecutante. Si se desestima por considerar que no se ha acreditado las circunstancias alegadas, el incidente concluirá dentro de la jurisdicción social. Pero si se estima, el auto declarará extinguida la relación laboral y condenará al empresario a pagar la indemnización correspondiente. A partir de ese momento se inicia la ejecución puramente patrimonial, de forma que si el empresario ha sido declarado en concurso esta ejecución corresponderá al juez mercantil.

Algo similar sucede en la ejecución de sentencias de condena por despido nulo. Estas sentencias deben ejecutarse en sus propios términos, de forma que, ante el incumplimiento del empresario, el trabajador puede acudir al Juzgado de lo social solicitando la ejecución del fallo. El incidente tiene una estructura similar al de las sentencias por despido improcedente. En una primera fase, puramente cognitiva, el Juez laboral dicta auto declarando si ha habido o no readmisión. En este segundo caso, el auto incluye una orden de reposición que el empresario debe cumplir en el plazo de cinco días. Si el empresario no cumple esta orden se abre la ejecución patrimonial en sentido estricto, debiendo adoptarse las medidas previstas en el art. 282 LPL. Esta ejecución correspondería ya al juez del concurso.

3.2. La responsabilidad solidaria y el concurso de acreedores. Problemas de coordinación competencial

a) Las pretensiones declarativas de responsabilidad solidaria

Expuesto así a grandes rasgos el esquema de distribución de competencias entre el juez social y el juez del concurso, corresponde ahora analizar cómo opera este esquema en los supuestos de descentralización productiva, sucesión y grupos de empresa.

Ya se ha visto que en estos tres supuestos puede ocurrir que varias empresas respondan solidariamente frente al trabajador. Se produce así un litis-

⁶⁷ A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano, *Los trabajadores ante el concurso...*, cit., p. 123; B. Ríos Salmerón, “La nueva Ley concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”, *Actualidad Laboral*, nº 21/2003.

consorcio voluntario⁶⁸, es decir, una acumulación subjetiva de acciones que depende de la voluntad de la parte demandante (art. 12.1 LEC)⁶⁹. El trabajador no tiene que demandar a todos los posibles responsables, sino únicamente al que él elija. Lógicamente, lo normal será dirigir la demanda contra todas las empresas, pero no es necesario hacerlo; el actor podrá introducir cualquier selección en función de criterios de solvencia o de otra índole⁷⁰. En este sentido, hay que hacer una precisión respecto a los grupos de sociedades. Como señalamos, el grupo no tiene personalidad jurídica y, por tanto, no puede asumir la condición de empresario responsable. Por esta misma razón, además, y a pesar del tenor literal del art. 16.5 LPL⁷¹, el grupo carece de capacidad para ser parte. Por lo tanto, en estos supuestos el trabajador no deberá dirigir su demanda contra el grupo, sino contra las empresas que lo forman y que, a su juicio, son responsables solidarias.

El trabajador puede, pues, demandar a una, a varias o a todas las empresas responsables. Pero, ¿qué ocurre si una de estas empresas está en concurso? Las dudas pueden surgir tanto en relación con las pretensiones declarativas como en la ejecución.

En las pretensiones declarativas sólo se plantean problemas con respecto a aquellas materias atraídas por la *vis atractiva* del concurso: 1º) las extinciones, suspensiones y modificaciones –incluida la movilidad geográfica– de carácter colectivo a las que se refiere el art. 8.2 LC, en relación con el art. 64 LC; 2º)

⁶⁸ En las obligaciones solidarias no juega el litisconsorcio necesario sino el voluntario. El campo propio del litisconsorcio necesario es el de las obligaciones mancomunadas en sentido estricto o inescindibles, en las que la prestación sólo puede ser exigida al “conjunto o grupo de deudores colectivamente considerado y los deudores no pueden liberarse más que llevando a cabo la prestación conjuntamente”. Es el supuesto del art. 1139 CC, de acuerdo con el cual “si la división fuera imposible (...) sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores”. En los supuestos de obligaciones inescindibles, el litisconsorcio pasivo necesario es la única solución, pues, como señala De La Oliva, “de no dirigirse la demanda frente a todos los pasivamente legitimados, la sentencia sería inútil e ineficaz” (A. De La Oliva, en A. De La Oliva Santos/I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 184). Estaríamos, pues, ante una sentencia “inútil datur”. Esto, sin embargo, no sucede en los supuestos que ahora estamos analizando, pues el tipo de responsabilidad que establece la norma -la solidaridad- no crea esa necesidad de cumplimiento conjunto. Por el contrario, en el supuesto de responsabilidad solidaria, el art. 1.144 CC abre expresamente la vía a una exigencia separada.

⁶⁹ A. De La Oliva Santos, en A. De La Oliva Santos/I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., pp. 180 y ss.

⁷⁰ No obstante, si alguna sociedad del grupo que no ha sido demandada quiere entrar en el proceso podrá hacerlo como interviniente litisconsorcial, de acuerdo con el art. 13 LEC.

⁷¹ El art. 16.5 LPL no es sólo una norma desacertada, es también una norma inválida porque incurre en *ultra vires* formal y materialmente. Formalmente, porque no tiene habilitación en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral. Materialmente, porque no tiene cobertura legal en ninguna otra norma del ordenamiento con rango de ley. Vid. E. Desdentado Daroca, *La personificación del empresario laboral*, cit., pp. 287 y ss.

las resoluciones de contrato de trabajo “colectivas” del art. 64.10 LC; y 3º) las extinciones y suspensiones de los contratos de alta dirección. En el resto de casos el juez social sigue siendo competente, de forma que podrá conocer de las acciones de responsabilidad dirigidas contra todas las empresas responsables, incluida la concursada, aunque, una vez firme la sentencia, la ejecución sobre la empresa concursada corresponderá al juez mercantil.

Centremos, pues, nuestra atención en esas materias que, tras el concurso, pasan a ser competencia del juez mercantil. Recientemente se ha defendido en la doctrina científica la posibilidad de plantear ante el juez mercantil que conoce de estas cuestiones no sólo la responsabilidad de la empresa que está en concurso, sino también la de quienes pueden ser considerados responsables solidarios: la empresa principal en las contratas, la empresa dominante del grupo o incluso el resto de empresas que forman el grupo y el cesionario del art. 43⁷². Se trata, sin embargo, de una hipótesis que no puede aceptarse.

En el llamado “ERE judicial” es evidente que no se pueden plantear pretensiones declarativas de responsabilidad contra empresas distintas al concursado, pues se trata de un procedimiento cerrado tanto objetiva como subjetivamente. En efecto, el contenido de este procedimiento se limita a acordar, en su caso, la extinción o suspensión de determinados contratos de trabajo, fijando las indemnizaciones pertinentes. Su objeto no puede extenderse a otras pretensiones. Además, desde el punto de vista subjetivo este procedimiento sólo puede dirigirse frente a la empresa concursada. Por lo tanto, si se pretende que otra empresa distinta a la que está en concurso sea declarada responsable solidaria de las deudas que surjan como consecuencia de los despidos colectivos, será necesario que se ejercite contra ella una acción de responsabilidad ante el orden social.

La misma solución debe aplicarse en el caso de resoluciones colectivas de contratos de trabajo y para el supuesto de suspensión o extinción de contratos de alta dirección. Es cierto que, en estos casos, en un proceso laboral cabría ampliar la responsabilidad a otras empresas, pero en el concurso no puede admitirse, porque el juez mercantil sólo tiene competencia frente al concursado. Aquí estamos ante un procedimiento cerrado desde el punto de vista subjetivo.

Por lo tanto, cuando se trate de acciones declarativas “atraídas” al concurso y exista una pluralidad de deudores solidarios, uno de ellos en concurso y el resto no, el juez mercantil se pronunciará exclusivamente sobre la responsabilidad de la empresa concursada. Para exigir la responsabilidad del resto el trabajador deberá presentar demanda en el orden social.

⁷² R. Doctor Sánchez-Migallón, “Jurisdicción competente para la extinción de contratos de trabajo en casos de grupo de empresas en el marco del concurso”, *Actualidad Laboral*, nº 2/2010.

b) La ejecución de los deudores solidarios cuando media concurso de alguno de ellos

La ejecución de los deudores solidarios plantea ciertos problemas de coordinación cuando uno de ellos ha sido declarado en concurso.

Ya vimos que cuando existen varios responsables solidarios frente a la deuda, el acreedor puede optar por demandar en juicio declarativo a todos los deudores solidarios o sólo a alguno o algunos de ellos. Ahora bien, si en el ejercicio de esa libertad, el acreedor sólo demanda a algunos y no a todos y obtiene una sentencia de condena, la ejecución sólo podrá pedirse y despacharse frente a esos deudores condenados en el proceso de declaración y no frente al resto que, por decisión del propio acreedor, quedaron al margen de ese proceso. Pensemos, por ejemplo, en un trabajador que pretende reclamar por deudas salariales. En principio, de acuerdo con el art. 42 ET, son responsables solidarios del pago de esas deudas el empresario principal, el contratista y el subcontratista (que es el empleador). Si el trabajador sólo demanda al subcontratista y al contratista, la sentencia de condena no incluirá al empresario principal y, por tanto, no podrá despacharse ejecución contra él. Aunque esta solución fue polémica en la doctrina procesalista, hoy la respuesta del art. 542.1 de la LEC resulta inequívoca: “las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso”⁷³.

Si el trabajador ha demandado en el orden social a todas las empresas responsables y se ha obtenido sentencia firme condenatoria contra todas ellas, será de aplicación lo dispuesto en el art. 542.3 de la LEC⁷⁴, de acuerdo con el cual “cuando en el título ejecutivo aparezcan varios deudores solidarios, podrá pedirse que se despache ejecución por el importe total de la deuda más intereses y costas frente a uno o algunos de esos deudores o frente a todos ellos”.

El trabajador tendrá, así, un derecho de elección, pudiendo dirigirse la

⁷³ La única excepción es la que recoge el número 2 del artículo citado, a tenor del cual si el título ejecutivo fuera extrajudicial, la ejecución podrá despacharse contra el deudor no contemplado en él siempre que figure “en otro documento que acredite la solidaridad y que lleve aparejada la ejecución conforme a lo dispuesto en la ley”. Esta remisión opera sobre la lista del art. 517.2 LEC y los documentos incluidos en ella tienen un juego limitado en el ámbito laboral, salvo la conciliación administrativa o judicial. Así, la ejecución sería posible contra la empresa que reconozca en conciliación su responsabilidad solidaria en la condena que se ejecuta. Ahora bien, esta excepción entra, en realidad, dentro de la regla, pues el acta de conciliación es un título ejecutivo.

⁷⁴ Vid. V. Guilarte Zapatero, “Comentario al art. 542”, en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, cit., pp. 2598 y ss; F. CORDÓN MORENO, “Comentario al art. 542”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Aranzadi, cit., pp. 144 y ss; J. Montero Aroca/ J. Flors Maties, *El proceso de ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 257 a 265; M.A. Fernández-Ballesteros, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Madrid, 2001, pp. 204 a 206.

ejecución por el importe total de la deuda contra una de las empresas condenadas, contra varias de ellas o contra todas. En esa ejecución podrán embargarse bienes de todos los deudores solidarios frente a los que se haya despachado la ejecución, hasta que el conjunto de los bienes embargados permita cubrir el importe por el que se siga el proceso. Así, en el ejemplo antes comentado, si el importe total de la deuda, más intereses y costas, asciende a 10.000 euros, no será posible que se embarguen bienes de cada deudor solidario por importe de 10.000, pero sí que se trabe un bien del empresario principal valorado en 5.000, otro bien del empresario contratista valorado en 3.000 y otro del subcontratista valorado en 2.000⁷⁵. Si el trabajador decide promover únicamente la ejecución contra uno o alguno de los deudores solidarios mencionados en el título y no se consigue cobrar el importe total del crédito, podrá luego instar una segunda ejecución respecto de otro u otros de los designados, conforme a lo autorizado en el art. 1144 CC.

Pero, ¿y si entre las empresas condenadas hay una que está en concurso? Puede ser que, en tal caso, el trabajador decida solicitar la ejecución exclusivamente contra las empresas solventes, pero no es necesario que sea así. Si el trabajador pide la ejecución frente a todos los condenados, la ejecución de la empresa concursada puede verse atraída al concurso. ¿Cuándo se producirá esa atracción? Dependerá del momento en que se lleve a cabo la declaración de concurso. El art. 55.2 LC establece como regla general que las ejecuciones que estuvieran en tramitación “quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso”. Pero el mismo precepto, en su párrafo primero, reconoce ciertas excepciones a esta regla general, entre las cuales se encuentran las ejecuciones laborales. El artículo dispone que podrán continuarse “las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado” con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, “siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”⁷⁶.

Si la ejecución de la empresa concursada se ve atraída por el concurso, los problemas que surgen entonces son de coordinación, pues, como acabamos de ver, los embargos deben limitarse a cubrir el importe de la deuda, más los intereses y costas.

Aunque la Ley Concursal no se refiere expresamente a este supuesto, hay que considerar aplicable lo dispuesto en sus arts. 85.5 y 161. En el art. 85.5

⁷⁵ J. Vegas Torres, en A. De La Oliva/I. Díez-Picazo Giménez/J. Vegas TorreS, *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa y procesos especiales*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 61.

⁷⁶ Si se acredita que los bienes o derechos embargados son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, el juez del concurso deberá acordar el alzamiento del embargo decretado por el juez de lo social; y si todos los bienes fueran necesarios para esa continuidad, el juez deberá suspender las actuaciones.

se dispone que “en caso de concursos simultáneos de deudores solidarios, el acreedor o el interesado podrán comunicar la existencia de créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos”. El precepto añade que “el escrito presentado en cada concurso expresará si se ha efectuado o se va a efectuar la comunicación en los demás, acompañándose, en su caso, copia del escrito o de los escritos presentados y de los que se hubieren recibido”. A través de la comunicación de créditos se controla así los posibles pagos que pueda recibir el acreedor y que, lógicamente, se tendrán en cuenta a la hora de despachar la ejecución. La solución contemplada en este precepto debe aplicarse no sólo a los supuestos en los que existen varios concursos abiertos sobre los codeudores, sino también cuando sólo uno o alguno de ellos ha sido declarado en concurso. El acreedor que comunique a la administración concursal su crédito, deberá informar de que existe abierta una ejecución laboral que, dirigida contra otros deudores solidarios, tiene por objeto satisfacer ese crédito. Si, finalmente, la ejecución laboral se despacha, el resultado deberá ser inmediatamente comunicado.

Por otra parte, el art. 161 deja claro que “en el caso de que el crédito hubiera sido reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma de lo percibido en todos los concursos no podrá exceder del importe del crédito”. El apartado segundo de este precepto autoriza, además, a la administración concursal para “retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios”. Si se efectúa, finalmente, el pago, la administración concursal “lo pondrá en conocimiento de los administradores de los demás concursos”. Estas previsiones deben también considerarse aplicables al supuesto que analizamos, en el que sólo uno o alguno de los deudores solidarios está en concurso y contra el resto se está despachando ejecución en un proceso laboral.

EL TRATAMIENTO DEL SALARIO Y LOS BENEFICIOS SOCIALES EN LOS PLANES DE IGUALDAD: INSUFICIENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS

EVA SALDAÑA VALDERAS

Profesora TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras Clave: Condiciones de Trabajo, salario, planes de igualdad

El presente estudio pretende subrayar que, desde la perspectiva de su conformación y contenido, de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, los Planes de igualdad constituyen un modelo abierto de plan de mejora, lo cual puede repercutir en su eficacia. Esta afirmación descansa en el hecho de que, a excepción del señalamiento de algunas directrices, la citada disposición se limita a exponer una enumeración abierta de los posibles ítems que pueden abordarse en los mismos, permitiendo la discrecionalidad en la selección y orientación de las acciones estratégicas. A partir del examen comparativo, puede concluirse que, en ejercicio de tal facultad, estos instrumentos se ordenan al establecimiento de actuaciones bastante estandarizadas, en detrimento de otras estrategias muy necesarias, como las dirigidas a combatir la brecha retributiva existente entre trabajadores y trabajadoras mediante la erradicación de las discriminaciones indirectas. No obstante, a pesar de las carencias, es factible la localización de prácticas modélicas, enfocadas a la detección y eliminación de desviaciones en la remuneración y al tratamiento de las ventajas sociales, que deberían convertirse en la regla general.

ABSTRACT

Key Words: Working conditions, egalitarian plans

The present study deals with the Organic Law of 3/2007, about the Equality between Men and Women. The Equal treatment policy includes an open model with an improvement plan; that without a doubt affects its efficacy. The policy mainly offers some trends, and it is limited to enumerate the type of topics that can be included under such Law, including some strategic points.

We perform a comparative analysis, and we can conclude that such regulation provides some standards solutions and leaves aside those intentions to battle the differences in earning income between workers of different gender and the eradication of direct discrimination. Yet, even if the Law has some deficiencies, there are some trends that could be followed, which aim to lower the income gap and social advantages, which no matter what should be the general rule and not the exception.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA CONSTATAción DE LA BRECHA SALARIAL ENTRE TRABAJADORAS Y TRABAJADORES
3. EL MARCO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD REtribUTIVA: IGUAL REMUNERACIÓN PARA TRABAJOS IGUALES O DE IGUAL VALOR, SIN DISCRIMINACIÓN BASADA EN EL GÉNERO
4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LOS PLANES DE IGUALDAD DE ACUERDO CON LA LOIEMH
5. EL TRATAMIENTO DEL SALARIO Y LOS BENEFICIOS SOCIALES EN LA CONFORMACIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD
 - 5.1. Aspectos generales
 - 5.1.1. Compromiso con la igualdad retributiva y declaraciones de objetivos
 - 5.1.2. Análisis y diagnóstico de situación
 - 5.1.3. Evaluación y seguimiento: los sujetos responsables
 - 5.1.4. Resolución de conflictos: procedimientos internos de reclamación y tutela
 - 5.1.5. Los indicadores de situación
 - 5.2. Prácticas específicas en materia de salario y beneficios sociales
 - 5.2.1. Análisis de tareas y valoración de puestos
 - 5.2.2. Sistemas retributivos y estructura de la remuneración
 - 5.2.3. Las medidas correctoras
 - 5.2.4. Los beneficios sociales: especial referencia a las trabajadoras víctimas de violencia de género
 - 5.2.5. El principio de transparencia en la retribución
6. ALGUNAS CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. INTRODUCCIÓN

Aunque los mecanismos de producción pueden ser muy sutiles, las disparidades salariales basadas en el género son manifiestas y persistentes, con repercusiones negativas de diverso tenor. A estos efectos, no es suficiente que el ordenamiento se limite a prohibir la existencia de desigualdades retributivas carentes de justificación objetiva y razonable, sino que ha de favorecer el despliegue de herramientas orientadas a la garantía, prevención y promoción de la igualdad retributiva. En esta línea se insertarían los Planes de igualdad, establecidos a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo¹, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIEMH). Como instrumentos para la gestión de la igualdad de género en las empresas, eventualmente pueden abordar, entre otras, la problemática que nos ocupa, tanto a través de medidas directas como indirectas. Desde la entrada en vigor de la citada norma y hasta la fecha, se ha ido sucediendo su elaboración de acuerdo con lo previsto en su Disposición transitoria cuarta, de manera que ya es posible contar con un cuerpo lo bastante amplio como para permitir el análisis comparativo. En este sentido, a los fines del presente estudio, se han seleccionado veinticinco textos

¹ BOE de 23 de marzo de 2007.

pertenecientes a ámbitos funcionales heterogéneos², aplicables a empresas o grupos de empresas. El criterio selectivo primordial ha sido que dedicasen su atención a la materia retributiva, que no es lugar común ni mucho menos, desde cualquiera de las perspectivas posibles, como la asignación de la remuneración y la estructuración de la misma, ventajas sociales incluidas, con el objetivo de examinar el tratamiento otorgado desde un punto de vista crítico.

La observación de los Planes de igualdad desde la perspectiva indicada ha determinado la apreciación de una serie de aspectos generales en la conformación de los mismos que se reiteran y, por tanto, permiten su estudio horizontal. Entre estos, es posible referirse a elementos como el compromiso con la igualdad y las declaraciones de objetivos; el análisis y diagnóstico; la planificación temporal; los sujetos responsables de las actuaciones diseñadas; el seguimiento y evaluación del Plan; y finalmente, la gestión de indicadores de situación. También ha resultado factible, a la inversa, el hallazgo de conceptos que no son de tratamiento común y que, en cualquier caso, parece interesante ponderar, precisamente por su singularidad. Del mismo modo, son frecuentes las omisiones de algunos ítems, circunstancia que también será objeto de reflexión. A su lado, ha sido viable sistematizar en varios bloques las prácticas dirigidas específicamente a la consecución y el fomento de la igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras. De este modo, en atención a su finalidad instrumental, se podría distinguir entre medidas de depuración -- centradas en el análisis y valoración de puestos de trabajo, así como en los sistemas de remuneración y la estructura retributiva -- y medidas reactivas y/o actuaciones compensadoras. Tratamiento aparte merecerían los concretos beneficios sociales, donde se ofrecen numerosos ejemplos.

² Los Planes de igualdad objeto de estudio, cuya datación detallada se omite algunas veces en su redacción, pertenecen a las siguientes organizaciones: Adif, 2 de marzo de 2010; Alcatel, 17 de julio de 2009; Badalona Serveis Assistencials 2008; Bimbo, BOE de 23 de abril de 2010; Cajamar, 18 de julio de 2006; Caixa Galicia 2009-2013; Caixa Penedés, 2008; Danone, BOE de 29 de septiembre de 2009; Diputación de Cádiz, BOP Cádiz, 23 de julio de 2008; ENSA, BOE de 3 de octubre de 2008; Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana, 2009; Ferrovial 22 de junio de 2009; FCC Construcción, 19 de noviembre de 2008; FCC Medioambiente, 5 de diciembre de 2008; Grupo Inditex para sus sociedades de fabricación, 3 de marzo de 2009; Grupo Repsol YPF, BOE de 30 de junio de 2009; Iberdrola, 12 de marzo de 2009; Liconsal 2009; Pelayo, 12 de mayo de 2009, con vigor hasta 31 de diciembre de 2013; Sadeco, 13 de mayo de 2009; Santander Consumer, 12 de diciembre de 2007; Severiano Gestión S.L., 15 de enero de 2009; Unión de Mutuas, 2009-2010; Zardoya Otis y AESA, 20 de diciembre de 2007.

2. LA CONSTATACIÓN DE LA BRECHA SALARIAL ENTRE TRABAJADORAS Y TRABAJADORES

Como puede comprobarse desde diversos frentes institucionales, los desequilibrios sociolaborales entre mujeres y hombres persisten y continúan siendo notorios por lo que se refiere a aspectos como las tasas de empleo; el nivel de las retribuciones; el tiempo de trabajo; el acceso y desempeño de puestos de responsabilidad; la proporción de cuidados y tareas del hogar y el riesgo de pobreza³. En lo que atañe a la brecha salarial de género, es decir, el indicador que mide la diferencia relativa entre la ganancia media bruta por hora de mujeres y hombres considerando la economía en su conjunto⁴, las disparidades entre trabajadores y trabajadoras son manifiestas, notables y persistentes, con las consiguientes repercusiones sobre los ingresos a lo largo de la carrera laboral, la protección social y las pensiones, y, en consecuencia, la elevación del riesgo de pobreza, especialmente después de la jubilación⁵.

La información acerca de los diferenciales salariales es un prerequisite fundamental para localizar los aspectos discriminatorios que intervienen en la gestación y composición de la remuneración⁶, así como para el diseño de las correspondientes estrategias. Sin ánimo exhaustivo, baste indicar que en el ámbito comunitario, el diferencial medio se cifra en torno a un 17,6 %, según los datos elaborados por Eurostat⁷. Específicamente, en lo que afecta al caso español, de acuerdo con las estadísticas ofrecidas por la Encuesta de Estructura Salarial, se puede constatar que el salario medio bruto femenino, en términos anuales, es un 21,9% más bajo que el masculino⁸. Sin entrar en otras matizaciones, resulta ilustrativo indicar que la traslación de este diferencial a términos monetarios se traduce en una ganancia media anual de 24.203,33 euros para los hombres, frente a 18.910,62 euros para las mujeres⁹.

³ Con una perspectiva general, vid. OIT, Informe Mundial sobre Salarios, Actualización 2009, Ginebra 2009, pg. 6. Desde el punto de vista comunitario, vid. Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Igualdad entre mujeres y hombres — 2010, {SEC(2009) 1706}, Bruselas, 18 de diciembre de 2009 COM(2009)694 final, pgs. 3-6; igualmente, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Addressing the gender pay gap: Government and social partner actions*, Dublín 2010, pg. 2.

⁴ *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, ob. cit, pg. 1.

⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Igualdad entre mujeres y hombres — 2010, cit., pg. 5

⁶ *European Foundation...*, ob. cit, pg. 24.

⁷ *European Foundation...*, ob. cit, pg. 1.

⁸ INE, Encuesta de Estructura Salarial, datos publicados el 24 de junio de 2010.

⁹ *Ibidem*.

Aunque las causas de la brecha salarial de género son complejas¹⁰, es posible distinguir la concurrencia de factores objetivos – por ejemplo, la clase de ocupación, el perfil curricular, el sector de actividad, la modalidad contractual, el tipo de jornada y variables contextuales, como la región geográfica --, y de aquellos otros que carecen de justificación objetiva y razonable y que atienden a prejuicios sociales¹¹, como sucede con la infravaloración de los trabajos típicamente femeninos o de las características y exigencias de los mismos. En cualquier caso, hay que concluir que la reducción de las disparidades retributivas entre hombres y mujeres pasa por atacar las causas subyacentes a través de la planificación de las estrategias integrales adecuadas, que pueden canalizarse a través de diferentes herramientas, no sólo legislativas, necesariamente orientadas a facilitar la implementación sistemática de medidas tanto directas como indirectas.

3. EL MARCO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA: IGUAL REMUNERACIÓN PARA TRABAJOS IGUALES O DE IGUAL VALOR, SIN DISCRIMINACIÓN BASADA EN EL GÉNERO

La base jurídica de la igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras se halla en instrumentos de Derecho Internacional del Trabajo que han servido de pauta a otros posteriores, tanto internacionales y comunitarios como de nivel interno. Uno de los textos clave es el Convenio N.º 100, (OIT) relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor¹². Es especialmente significativo su art. 2, donde se consagra la regla de igual salario para trabajo igual o de equivalente valor. En este sentido se dispone que “1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida que sea compatible con dichos métodos, garantizar, la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor...”. Además, a tales efectos, se señala que “...2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de: a) la legislación nacional; b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o d) la acción conjunta de estos diversos medios”. Igualmente, se debe citar el

¹⁰ *European Foundation...*, ob. cit, pgs. 1, 19, 21, 24.

¹¹ *European Foundation...*, ob. cit, pg. 4. En el mismo sentido, Ministerio de Igualdad, Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2010, pg. 24.

¹² Adoptado el 29 de junio de 1951, con entrada en vigor el 23 de mayo de 1953.

Convenio N.º 117, (OIT) relativo a las normas y objetivos básicos de la política social¹³. En su art. 14 se establece como fin propio de éstos la erradicación de “1.(...) toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de (...) sexo (...) en materia de: (...) i) tasas de salarios, las cuales deberán fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor, en la misma operación y en la misma empresa...”. Para ello propone la adopción de “2.(...) todas las medidas pertinentes a fin de reducir cualquier diferencia en las tasas de salarios que resulte de discriminaciones fundadas en motivos de (...) sexo (...), elevando las tasas aplicables a los trabajadores peor pagados”.

Por último, cabe hablar de la Recomendación N.º 90, sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor¹⁴, que acompaña al antecitado Convenio N.º 100. Señala en su art. 5 que “Cuando fuere oportuno y para facilitar la fijación de tasas de remuneración, de conformidad con el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, todo Miembro, de acuerdo con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, debería establecer métodos que permitan evaluar objetivamente, mediante un análisis del empleo o por otros medios, los trabajos que entrañan los diversos empleos o bien debería fomentar el establecimiento de dichos métodos, para clasificar los empleos independientemente del sexo...”.

En esta misma dirección se halla encuadrada también la posterior Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), cuyo art. 11.1.d reconoce “...el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo”¹⁵.

Dentro del Derecho Social Comunitario, el principio de igualdad retributiva se consagra en el actual art. 157 (antiguo art. 141) del vigente Tratado de Lisboa¹⁶, a cuyo tenor se señala que: “1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución sin discriminación

¹³ Adoptado el 22 de junio de 1962, con entrada en vigor el 23 de abril de 1964.

¹⁴ También adoptada el 29 de junio de 1951.

¹⁵ Adoptada el 18 de diciembre de 1979.

¹⁶ Vid. versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO L N.º 115, de 9 de mayo.

por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.”

En lo que atañe al Derecho Derivado, 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 ocupación¹⁷, define la igualdad de retribución retomando lo dispuesto en los textos que la precedieron. En esta línea, cabe recordar el contenido de su art. 1, donde se declara que la finalidad de la misma es la garantía de la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato y que, a tal fin, contiene previsiones referidas a “... las condiciones de trabajo, incluida la retribución”. Entre sus Disposiciones Específicas, dedica un único precepto a la igualdad retributiva -- el art. 4 --, al tiempo que consagra la prohibición de discriminación. A su tenor, se prescribe que “Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución”. Esta previsión se conecta, además, con la exigencia de configurar los sistemas de clasificación profesional de acuerdo con criterios neutros, de forma que se excluya cualquier tipo de discriminación.

Existe además una serie bastante numerosa de instrumentos que poseen una importancia práctica que no cabe desdeñar y que muestran la voluntad de las instituciones comunitarias y de los interlocutores sociales europeos¹⁸. En este sentido, hay que recordar que la lucha contra las diferencias de retribución entre mujeres y hombres constituye una prioridad política para la Comisión Europea desde hace mucho tiempo, como ejemplifica el pionero Memorandum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor, de 23 de junio de 1993¹⁹, y se confirma en su Plan de Trabajo para la igualdad adoptado para el periodo 2006-2010²⁰. Además, entre otros actos específicos, cabría destacar su Comunicación “Actuar contra la diferencia de retribución”, publicada en

¹⁷ DO L 204 de 26 de julio de 2006.

¹⁸ Entre otros ejemplos, pueden citarse el Pacto Europeo por la Igualdad de Género adoptado por el Consejo Europeo y el Marco de Acciones para la igualdad entre hombres y mujeres aprobado por los interlocutores sociales europeos.

¹⁹ Se pueden consultar, respectivamente, en <http://www.consilium.europa.eu> y <http://www.etuc.org>.

²⁰ Al que acompaña un Código Práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor, de 17 de julio de 1996.

²⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 (SEC (2006) 275) COM/2006/0092 final.

2007²¹. Dentro de este documento se destaca que la persistencia de la brecha retributiva pone de manifiesto la necesidad de iniciar una reflexión sobre posibles vías de acción específicas para reducir las desigualdades salariales injustificadas, reparándose, entre otras prioridades, en la promoción de "...la igualdad salarial ante los empleadores, al ser éstos los que deben aplicar, en primera instancia, el principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o de igual valor". En la misma línea, pero más recientemente, la Comisión invita al Consejo Europeo en su Informe para 2010, a pedir a los Estados Miembros que, entre otros, respondan al objetivo de "...reducir las disparidades salariales entre hombres y mujeres mediante estrategias específicas que combinen todos los instrumentos disponibles..."²².

Especialmente orientativa es la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de noviembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la aplicación del principio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres²³. A su tenor, en una línea que ya contaba con algún precedente concreto²⁴, se "...debería pedir a los Estados miembros que introduzcan clasificaciones profesionales que respeten el principio de igualdad entre hombres y mujeres, lo que permitiría a empresarios y trabajadores determinar las posibles discriminaciones salariales basadas en definiciones sesgadas de las escalas salariales...". En este sentido, se señala que los "...elementos de evaluación del trabajo...deberían ser transparentes y estar a disposición de todas las partes interesadas...", sugiriendo a los Estados miembros la realización de "...una evaluación exhaustiva centrada en las profesiones dominadas por las mujeres". A estos efectos, se remarca que "...Una evaluación profesional no sexista debe basarse en nuevos sistemas de clasificación y organización del personal y del trabajo, así como en la experiencia profesional y la productividad, valorados principalmente desde un punto de vista cualitativo, a partir de los cuales se recabarán datos y se establecerán cuadros de evaluación que permitirán determinar las retribuciones, teniendo debidamente en cuenta el principio de comparabilidad".

Al hilo de estas reseñas, hay que concluir que, junto a la elaboración conceptual del trabajo de igual valor, el Acervo Social Comunitario ha aportado la aclaración de la noción de retribución a los efectos del art. 157 (antiguo art.

²¹ COM (2007) 424 Final.

²² Cit., pg. 12.

²³ 2008/2012 (INI), p6_TA (2008) 0544, cuyos antecedentes pueden encontrarse en la Resolución del Parlamento sobre Igual salario a igual trabajo, 2000/2312 (INI), DO C de 28 de marzo de 2002.

²⁴ Es el caso de Bélgica, donde en el marco del *Institut de l'égalité des femmes et des hommes* se implementó una iniciativa para reformar el sistema de clasificación profesional a través del proyecto federal *EVA (EVALuation analytique)* 2001-2006, con la finalidad de reducir las diferencias retributivas entre mujeres y hombres, en línea con los métodos analíticos de valoración de puestos.

141). La jurisprudencia del TJCE en esta materia es enormemente abundante. En el primer sentido, puede indicarse que ha focalizado la conceptualización del trabajo del valor igual en el contenido del propio trabajo, más que en el valor de mercado. Como se ha venido reiterando jurisprudencialmente, la apreciación del igual valor supone la realización de una comparación del trabajo de la mujer y del hombre con relación a los requisitos de las tareas desempeñadas y la naturaleza de las mismas, sin tener en cuenta otros elementos de medición, como se interpretó en el Asunto C-237/85 Dato-Druck²⁵. Al lado de lo anterior, es básico subrayar que las diferencias de trato descritas pueden tener justificación en la propia naturaleza del trabajo a realizar, cuando realmente sea necesario para garantizar una remuneración acorde con los esfuerzos exigidos para la realización de la actividad y responda así a una verdadera necesidad de la empresa, como se señaló en el Asunto C-170/84 Bilka-Kaufhaus, sentencia de 13 de mayo de 1986. En esta línea, específicamente cabría destacar el Asunto 178/2001, Brunnhofer, sentencia de 26 de junio de 2001, acerca del papel de los convenios colectivos en el diseño de las clasificaciones profesionales y el riesgo de discriminación retributiva que éstas puedan implicar. Este pronunciamiento interpreta, a partir de la precedente jurisprudencia comunitaria, que "... al tener carácter imperativo, la prohibición de discriminaciones entre trabajadores y trabajadoras (...) se impone no sólo a la actuación de las autoridades públicas, sino que (...) también afecta a la totalidad de los convenios que regulen, con carácter colectivo, el trabajo por cuenta ajena...". Además, especifica que "...La clasificación de los trabajadores de que se trata en la misma categoría profesional prevista en el convenio colectivo aplicable a su empleo no basta por sí sola para concluir que realizan el mismo trabajo o un trabajo de valor igual. En efecto, dicha clasificación no excluye que existan otros indicios para apoyar esta conclusión (...). Al tratarse de indicios, las indicaciones generales que figuran en el convenio colectivo deben, en todo caso, ser corroboradas por elementos precisos y concretos que se deduzcan de las actividades que los trabajadores implicados realizan efectivamente". En el otro plano, uno de los problemas más frecuentes con que se ha venido encontrando el TJCE ha sido el examen de diversas partidas y compensaciones, a efectos de dilucidar su inclusión en el concepto de remuneración. La línea de tendencia viene marcada por el básico Asunto C-262/88 Barber, sentencia de 17 de mayo de 1990, donde se establece que el Derecho originario prohíbe toda discriminación en materia retributiva, cualquiera que sea el mecanismo que determine esa desigualdad. En este sentido, es posible citar otros pronunciamientos posteriores, como el Asunto C-333/97 Lewen, donde se sintetiza la doctrina anterior, explicitando que el concepto de retribución, en el sentido del citado precepto,

²⁵ Cit.

viene a englobar todas las gratificaciones, actuales o futuras, satisfechas por un empresario a un trabajador en razón de la relación de trabajo, ya sean pagadas éstas en virtud de un contrato de trabajo, de disposiciones legales o de carácter voluntario. Siguen esta línea pronunciamientos como los dictados en los Asuntos C-351/00, Pirkko Niemi, de 12 de agosto de 2002; C-17/05 Cadman, sentencia de 3 de octubre de 2006; C-300/05 Voss, sentencia de 6 de diciembre de 2007; y C-46/07 Comisión c. Italia, sentencia de 13 de noviembre de 2008.

-- En el ordenamiento español, puede afirmarse la consagración del principio de prohibición de cualquier discriminación retributiva basada en el género, tanto directa como indirecta, así como el principio de igual remuneración para trabajos de igual valor, a partir de los arts. 14 y 35 de la Constitución Española (en adelante CE). En este sentido, el citado art. 14 consagra, junto a la igualdad de los españoles ante y en la ley, el principio de no prevalencia de discriminación alguna fundada en el sexo. Esta regulación se concreta en el art. 35, donde se reconoce que todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que, en ningún caso, pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

En un plano inferior, la LOIEMH consagra la garantía del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, tanto en el ámbito del empleo privado como para el sector público, "...en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas...", según dispone su art. 5, que habrá de conectarse con la prohibición general de cualquier discriminación basada en el sexo, tanto directas como indirectas, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, de acuerdo con el art. 3. Como especificación de lo anterior, hay que recordar que la normativa laboral se ocupa genéricamente del principio de igualdad en la remuneración en los arts. 4.2.c) y 17 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 25 de marzo que aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)²⁶, para hacerlo de manera específica en el art. 28. El primero dispone que los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados para el empleo o una vez empleados por razones de sexo, expresión esta última referida a las condiciones de trabajo, entre las que se debe entender incluida la prestación retributiva. El concordante art. 17 establece la nulidad y la ineficacia de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones, directas e indirectas, tanto en el empleo como en materia de retribuciones, por circunstancias de sexo. Conexamente, tras un periodo de

²⁶ BOE de 29 de marzo de 1995.

desequilibrio entre los ordenamientos comunitario e interno, el art. 28 del ET ha terminado aplicando la fórmula de igual retribución por trabajo de igual valor, con independencia del género, prescribiendo la obligación empresarial de abonar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella. En consecuencia, quedan amparados por la norma supuestos discriminatorios cubiertos por circunstancias que rompían la identidad de trabajos comparables, como sucedería con las funciones pertenecientes a distintas categorías profesionales. Por el contrario, se legitiman las diferencias remuneratorias basadas en criterios objetivos como la antigüedad, la consideración del mérito, la productividad o los incentivos, siempre que excluyan la consideración del género.

Precisamente en relación con estos conceptos, hay que insistir en que la interpretación literal y sistemática permite afirmar que las contraprestaciones económicas a que se refiere el citado texto son las reguladas por el vigente art. 26 del ET y concordantes, que habrán de entenderse englobadas bajo la noción amplia de retribución. Concretamente, el concepto de salario es definido en su primer apartado como “La totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de sus servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración o los periodos de descanso computables como de trabajo”. A su lado, el párrafo tercero pauta el esquema de la estructura salarial y sus elementos, señalando que mediante la negociación colectiva o en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario que deberá comprender el salario base como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, los complementos salariales establecidos en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. A los efectos de tutela apuntados, debe unirse a lo anterior la previsión del art. 26.2, referido a las percepciones extrasalariales recibidas “...en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”, a las que habrá que añadir el amplio elenco de beneficios y ventajas sociales.

Finalmente, se debe indicar que la actuación jurisprudencial en la materia cuenta con notables ejemplos tanto entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) como en el plano ordinario. Puede resumirse en el examen de dos criterios interrelacionados, que cuentan con el análisis de las clasificaciones profesionales de referencia como telón de fondo: por un lado,

la consideración de los factores de valoración del trabajo, para conocer si se ha recurrido injustificadamente a factores discriminatorios dependientes del sexo de los trabajadores o, por el contrario, a elementos comunes; y, por otro, a partir de ellos, el análisis de la efectiva atribución de valor al mismo, es decir, la comprobación de si se ha dado más valor a unas actividades que a otras en función del género, determinando en caso de juicio negativo el carácter injustificado del tratamiento manifiestamente discriminatorio o de la medida con efecto adverso. En esta línea, hay que concluir que la mayor penosidad y esfuerzo físico son eliminados como parámetros de medida que puedan justificar un impacto desfavorable para las retribuciones de las trabajadoras, como puede comprobarse, entre otras, en las STC 145/1991, de 1 de julio, Asunto Gregorio Marañón; 58/1994, de 28 de febrero, Asunto Antonio Puig; 147/95, Asunto Gomaytex, sentencia de 16 de octubre, en la que específicamente se establece que "...si bajo una diversa adscripción del personal a secciones con tareas diferentes se está enmascarando una discriminación, la diferencia salarial resultante deberá ser contraria al art. 14 CE" (FJ 3); o, finalmente, en la STC 250/2000, Asunto Manipulación y Envasado de Agrios, sentencia de 30 de octubre.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LOS PLANES DE IGUALDAD DE ACUERDO CON LA LOIEMH

La LOIEMH pretende la erradicación y prevención de las conductas discriminatorias así como el establecimiento de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres en el marco de los arts. 14 y 9.2 de la Constitución (CE), en sintonía con las previsiones internacionales y comunitarias en la materia. Específicamente, el art. 9.2 prevé el deber de los Poderes Públicos de remoción de los obstáculos que impidan la igualdad efectiva de las personas y de los grupos en los que se integran, legitimando la adopción de acciones positivas o medidas que contribuyan a la consecución de la paridad real. A su tenor, de acuerdo con la interpretación realizada por la doctrina del TC, "...Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo..."²⁷. Con esta finalidad, el Legislador ha venido a promover el compromiso con la igualdad y la adopción de medidas concretas en su favor, tanto en las empresas privadas como en

²⁷ STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2.

las entidades públicas. En este sentido, el art. 11 de la LOIEMH reconoce el deber de los Poderes Públicos y la facultad de los sujetos privados de adoptar medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso, en los términos fijados legalmente.

Al hilo de lo anterior, y desde la perspectiva que guía nuestro estudio, parece conveniente recordar que el art. 45 de la citada disposición establece la obligación de las empresas de respetar la igualdad de trato y de oportunidades y, con esta finalidad, el deber de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral basada en el género, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores. En el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, tales medidas deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un Plan de igualdad, que deberá ser asimismo objeto de negociación. Sin perjuicio de esta previsión, análogamente, deberán elaborar y aplicar este instrumento cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo, o en los supuestos de ejercicio de la potestad sancionadora que se prevén en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden social²⁸, de acuerdo con el art. 45.4 y la Disposición Adicional Decimocuarta de la LOIEMH, apartado cuatro. En los restantes supuestos, queda patente la voluntariedad de las organizaciones en la adopción de este tipo de instrumentos.

En un análisis como el presente resulta necesario remarcar las previsiones legales acerca de la conformación y el eventual contenido de los Planes de igualdad, sin perder de vista la idea de que, a la luz del art. 46 de la citada norma, nos hallamos ante un modelo abierto de plan de mejora. En el primer sentido, de acuerdo con la estructura de este tipo de herramientas, el precepto los define en su primer apartado como un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Las acciones de mejora específicas partirán de la formulación de "...los concretos objetivos de igualdad a alcanzar...", con especificación de "...las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución...". Igualmente, se prevé, en la organización interna de los mismos, el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. Específicamente además, según el apartado tercero, la formulación de objetivos y resultados del Plan puede abarcar la

²⁸ BOE de 8 de agosto de 2000.

totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo, e incluso – como ha podido constatarse en el estudio de campo –, a favor del personal excluido del convenio colectivo de referencia. Desde el otro enfoque, hay que subrayar la apreciación de que, del mismo modo que la LOIEMH aprueba la libre instrumentación de las estrategias de igualdad, permite la discrecionalidad en la selección y orientación de las acciones de mejora, limitándose a exponer una enumeración abierta de los posibles ítems que puedan abordarse dentro del acceso al empleo y la relación de trabajo. En esta línea, viene a disponer en el párrafo segundo que “Para la consecución de los objetivos fijados... podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo, para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”, cuestión esta última a la que se dedica específicamente el art. 48. Aunque no aparece la referencia entre estas premisas, hay que remarcar que la norma no olvida a aquellas trabajadoras que sufren situaciones de violencia de género y que resultan amparadas por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género²⁹. Precisamente y en este sentido, se debe subrayar que el art. 2.d) de la misma anuncia, como uno de sus principios rectores, la articulación de un conjunto integral de medidas encaminadas a la garantía de derechos en el ámbito laboral en beneficio de las víctimas, criterio que sí es reflejado frecuentemente por los Planes estudiados y que, a nuestros efectos, tiene transcendencia desde el punto de vista de las ventajas sociales.

Por último, debe hacerse mención a la garantía legal del principio de transparencia respecto al contenido de los Planes y la consecución de los objetivos marcados, que se extiende a la representación legal del personal así como a los propios trabajadores y trabajadoras beneficiados, según prevé el art. 47 de la LOIEMH, sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre Planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que éstos atribuyan estas competencias. Frente al principio específico de transparencia retributiva, debe matizarse el carácter general de este otro criterio, exigible a los efectos de la eficacia de las herramientas citadas y con repercusiones en la comunicación interna y externa.

²⁹ BOE de 29 de diciembre de 2004.

5. EL TRATAMIENTO DEL SALARIO Y LOS BENEFICIOS SOCIALES EN LA CONFORMACIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD

5.1. Aspectos generales

5.1.1. *Compromiso con la igualdad retributiva y declaraciones de objetivos*

Como se apuntó de manera introductoria, es factible encontrar modelos de buenas prácticas dentro de la muestra estudiada en lo que respecta al compromiso con la igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras y su asunción como objetivo del Plan. En este sentido se pueden hallar referencias generales, presentes en sectores de actividad heterogéneos, como oficinas y despachos, servicios financieros y energía nuclear, donde se trata de eliminar toda manifestación de discriminación en la retribución, con el fin de alcanzar el equilibrio salarial entre hombres y mujeres³⁰. Igualmente, cabe citar otras más rigurosas en las que las partes subrayan “...la importancia y obligatoriedad del mantenimiento de un sistema salarial que garantice en todo momento y circunstancia la transparencia y neutralidad en el mismo sin tener ningún condicionante por motivo de género...”³¹; así como los objetivos de “...Asegurar la equidad interna y externa en retribución y beneficios sociales a los empleados y empleadas de la compañía”, y “Mantener un sistema retributivo equilibrado e igualatorio para todo el personal”³². También hay declaraciones referidas a aspectos algo más concretos de las condiciones de trabajo estudiadas, que aúnan medidas directas e indirectas contra la discriminación retributiva, como cuando se asume la finalidad de “...Mejorar la posición laboral de las mujeres en relación a su empleo y carrera profesional (...) Revalorizando las habilidades, capacidades y el desempeño de las trabajadoras para garantizar la igualdad retributiva entre trabajos de igual valor”³³.

5.1.2. *Análisis y diagnóstico de situación*

Los fundamentales análisis y diagnóstico de situación no suelen incorporarse al cuerpo del Plan en la práctica generalidad de los instrumentos estudiados salvo de forma muy resumida, lo cual puede ser comprensible si se alegan razones formales – por ejemplo, se ha llegado a justificar por razones de extensión³⁴ –, o basadas en la necesaria confidencialidad de los datos retributivos de la empresa, pero nunca justificable desde la perspectiva del principio

³⁰ Es el caso de Pelayo. En la misma tendencia, Caixa Penedés, ENSA, Caixa Galicia.

³¹ Iberdrola.

³² Respectivamente, Danone y Unión de Mutuas.

³³ Grupo Repsol YPF. También Diputación de Cádiz y Sadeco.

³⁴ Pelayo.

de transparencia. No obstante, hay excepciones a imitar, como las localizadas en construcción y en servicios financieros³⁵. En cualquier caso, en ausencia de datos exhaustivos, las medidas previstas deberían tomarse como indicios que denoten una buena praxis en la previa ejecución del mismo³⁶.

Desde este punto de vista, hay que destacar la formulación de enunciados acerca de la demostrada ausencia de discriminaciones retributivas en el diagnóstico de situación (por ejemplo, cuando se indica que "...De la situación actual no se deriva ninguna inequidad retributiva")³⁷. Esta circunstancia suscita ciertas reservas, sensación que se apoya en la presencia de una variante de tales afirmaciones que resulta ser indiciaria. Se trata de una práctica a través de la cual los Planes subrayan la inexistencia de desequilibrios en la remuneración, pero desde la perspectiva restrictiva de las discriminaciones directas -- "...cobrando mujeres y hombres lo mismo por el mismo trabajo" --³⁸, lo cual nos lleva a la constatación de la difícil comprensión del concepto de discriminación indirecta por parte de los mismos, que ha de referirse a trabajos de igual valor, frente a la discriminación directa, apreciable en trabajos idénticos.

En una línea similar, aunque con matices, pueden hallarse casos intermedios en los que, aunque se ha llevado a cabo un estudio que merecería la catalogación de buena práctica³⁹, se realizan afirmaciones que luego resultan contradictorias conceptualmente, como cuando se señala que "El diagnóstico de situación, no muestra discriminación alguna en cuanto al área de retribuciones"⁴⁰, afirmación que sólo sostienen en clara referencia a las discriminaciones directas ("...Igual retribución para un mismo puesto de trabajo, con independencia de que su desempeño sea realizado por un trabajador o trabajadora")⁴¹, para luego indicar que "...No obstante, se constató que determinados servicios o puestos prestados mayoritariamente por mujeres, tienen atribuidas una compensación salarial comparativa inferior al resto..."⁴², lo cual abre la puerta a la detección de posibles discriminaciones de tipo indirecto.

Igualmente, es factible encontrar actuaciones que refieren la política retributiva de la empresa a las previsiones del convenio aplicable, otorgándole de este modo un marchamo de neutralidad⁴³. En cualquier caso, esta condición tendría de ser confirmada como elemento de partida si se quiere utilizar como

³⁵ Ferrovial, Caixa Penedés.

³⁶ Pelayo.

³⁷ Ferrovial. En el mismo sentido, por ejemplo, FCC Construcción, FCC División de Medio Ambiente, Bimbo, Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana.

³⁸ Adif.

³⁹ Sadeco.

⁴⁰ Pelayo.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Pelayo.

⁴³ FCC Construcción, FCC División de Medio Ambiente, Severiano Gestión S.L.

el basamento objetivo de la equidad. Nos estamos refiriendo a formulaciones en las que el propio Plan ratifica que "...el análisis de retribuciones muestra que el proceso es absolutamente transparente y libre de discriminaciones: al personal de Convenio se le aplican las tablas salariales sin pluses o complementos basados en diferencias de género."⁴⁴ A la inversa, incluso es posible hallar este mismo tipo de afirmaciones respecto del personal excluido del convenio colectivo de aplicación, en el sentido de que "...las diferencias de situación en las bandas salariales entre hombres y mujeres son mínimas y obedecen al tiempo y experiencia en el puesto desempeñado"⁴⁵.

En último lugar, por su singularidad, también se debe reseñar la existencia de previsiones orientadas a diagnósticos salariales diferidos. En este sentido, es posible hallar en la muestra estudiada declaraciones acerca de la necesidad de valorar en su justa medida las habilidades y competencias de trabajadores y trabajadoras "...en la igualdad de retribuciones (a igual competencia e igual responsabilidad igual salario)"⁴⁶, y la subsiguiente eliminación de menoscabos directos e indirectos, con referencia a un estudio salarial que queda relegado a una futura etapa del Plan. En este sentido, se prevé que su ejecución podría dar lugar, en su caso, a la propuesta de acciones concretas (por ejemplo, respecto de, entre otros aspectos, los complementos salariales)⁴⁷.

5.1.3. Evaluación y seguimiento: los sujetos responsables

De acuerdo con lo esbozado anteriormente, hay que recordar que la programación temporal y las prácticas de seguimiento y evaluación del Plan son aspectos muy relacionados con la implementación del principio de transparencia y, por ello, fundamentales desde el punto de vista de la eficacia. Como sucede en general con otras instituciones, en lo que respecta al salario y los beneficios sociales, hay pocas actuaciones concretas en esta línea. Precisamente, por esta razón, hay que destacar como buena práctica tanto el señalamiento de fechas para la elaboración de las acciones⁴⁸, como las previsiones que indican plazos de ejecución y criterios de seguimiento⁴⁹. En este sentido, son adecuadas las intervenciones donde se prevé que "...la empresa verificará que se aplica el sistema retributivo y que en los criterios de percepción de los distintos conceptos salariales no incide el sexo de la persona..."⁵⁰, y, especialmente, aquellas que planifican la secuencia o periodo – por ejemplo, uno o dos

⁴⁴ Danone.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Diputación de Cádiz.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Por ejemplo, Pelayo, ENSA.

⁴⁹ Adif. En una línea similar, ENSA, Caixa Penedés, Danone.

⁵⁰ Adif. También, ENSA, Caixa Penedés, Danone.

años⁵¹ -- para proceder a la realización de los necesarios análisis estadísticos de seguimiento⁵².

Otra cuestión estratégica es la de los sujetos encargados de realizar las acciones descritas. Cuando se aborda este punto en los Planes, sólo se muestran dos opciones: a través de recursos internos⁵³, o mediante consultora externa. La primera tiene como eventual desventaja una posible “contaminación” por parte de los ejecutores que menoscabe la neutralidad del proceso. No obstante, parece razonable sugerir que la asignación de esta responsabilidad a instancias internas es comprensible desde el punto de vista de los costes de la gestión empresarial y ha de conectarse con las demandas presupuestarias específicas que su encargo a una consultora externa puede generar. Además es posible que, debido a la propia estructura orgánica de la empresa y sus dimensiones, pueda contar con un departamento de RR.HH. capacitado para verificar el análisis de los puestos y la valoración de tareas, así como las oportunas correcciones posteriores. Sin embargo, estos argumentos no justifican la ausencia del Comité Permanente de Igualdad – o delegados del mismo -- o del Agente de Igualdad en la ejecución de estas acciones, ya que su participación añadiría un necesario plus de neutralidad a los procesos técnicos⁵⁴.

5.1.4. Resolución de conflictos: procedimientos internos de reclamación y tutela

En conexión con lo anterior, ha de subrayarse la singularidad de las actuaciones encaminadas a conseguir el objetivo de la igualdad retributiva a través de procedimientos internos de reclamación y tutela, cuando deberían ser la regla general. Consecuentemente, se debe destacar el carácter modélico de la propuesta de “Atribuir a la Comisión de Igualdad competencia para recibir reclamaciones por diferencias retributivas por razón de sexo, en caso de que se produzcan, y ocuparse de su canalización y seguimiento”⁵⁵. De cualquier modo, para que esta previsión sea operativa, habrá de tener apoyo en una adecuada implementación del principio de transparencia retributiva que permita la comparabilidad.

5.1.5. Los indicadores de situación

Finalmente, hay que destacar que el diseño, establecimiento y aplicación de los indicadores básicos o de situación es una cuestión elemental para el

⁵¹ Adif, Pelayo.

⁵² Entre otros, Pelayo, FCC Construcción, FCC División de Medio Ambiente.

⁵³ Por ejemplo, ENSA, CajaMar.

⁵⁴ Como ejemplos positivos, vid. Cajamar y Badalona Serveis Assistencials.

⁵⁵ Unión de Mutuas.

análisis y la posterior detección de las discriminaciones retributivas y su control, constituyendo un prerequisite ineludible. Así lo muestran las diferentes acciones dirigidas a que, con una periodicidad preestablecida, la empresa analice los indicadores desagregados por sexo y niveles salariales⁵⁶, examen que, preferentemente, habrá de encomendarse a la correspondiente Comisión de seguimiento y evaluación del Plan⁵⁷. En este sentido, puede destacarse la acertada elección de los siguientes: a) indicadores para el seguimiento de la brecha salarial por colectivos, por ejemplo, según los tramos de antigüedad de éstos, lo que permitirá analizar la evolución interna de las posibles diferencias (por ejemplo, expresado mediante la ecuación “(Retribución media mujeres nueva incorporación)/(Retribución media hombres nueva incorporación) = 0 > 1”)⁵⁸; b) elementos revisados y/o modificados de la descripción de puestos⁵⁹, que posean lectura retributiva; c) criterios retributivos revisados y/o corregidos⁶⁰; así como, por último, d) porcentaje de salario variable sobre el fijo pagado a mujeres y a hombres⁶¹.

No obstante lo anterior, hay que manifestar que no son frecuentes las referencias a los beneficios sociales desde la óptica de los sistemas de control, lo cual constituiría sin duda una buena praxis. En este sentido, puede señalarse alguna muestra, como la actuación consistente en contabilizar el número de trabajadoras embarazadas que han recibido el complemento sobre la correspondiente base reguladora⁶².

5.2. Prácticas específicas en materia de salario y beneficios sociales

5.2.1. Análisis de tareas y valoración de puestos

Desde el enfoque de las medidas de depuración centradas en el análisis y valoración de puestos de trabajo, y con una perspectiva comparativa, puede decirse que, entre los supuestos estudiados, es posible localizar previsiones indudablemente orientadas hacia la dirección correcta, pero que quizá sean poco concretas. A su tenor se prevé el análisis y revisión de “...la política salarial de la Entidad para garantizar el principio de igual retribución para un mismo trabajo o para trabajos de igual valor...”⁶³. Junto a estas, cabe destacar

⁵⁶ Ferrovial, FCC Construcción, FCC División de Medio Ambiente, ENSA, Unión de Mutuas, CajaMar, Badalona Serveis Assistencials, Adif.

⁵⁷ En este sentido, Adif, Danone.

⁵⁸ Es el caso concreto de ENSA. Con una tendencia similar, Ferrovial.

⁵⁹ CajaMar, Badalona Serveis Assistencials.

⁶⁰ CajaMar.

⁶¹ Badalona Serveis Assistencials.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Caixa Galicia. Análogamente Pelayo, Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana.

el que sería el ejemplo paradigmático de buena práctica en el examen de la retribución. Se trata de la actuación consistente en la realización de una valoración de puestos de trabajo desde la perspectiva de género⁶⁴, como uno de los procedimientos para alcanzar el objetivo de la integración de la transversalidad de género en la empresa y, específicamente, en la gestión de los RR.HH. En esta línea, y desde el punto de vista técnico, es posible apreciar en algunos Planes el compromiso de ejecución de dos operaciones imprescindibles si se quiere implantar un sistema de clasificación-retribución neutro y equitativo: el análisis-definición de tareas y la subsiguiente valoración de las mismas, previa a la asignación de niveles retributivos⁶⁵. En este sentido, es correcta la acción en la que se prevé como objetivo específico el análisis de "...las retribuciones salariales del personal...en cada una de las categorías laborales, basado en el sistema de clasificación profesional realizado desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades, con el objetivo de establecer una equivalencia en la retribución percibida por hombres y mujeres, regulando todos los niveles retributivos con criterios objetivos y de igualdad de oportunidades"⁶⁶. A estos efectos, se propone el recurso a métodos técnicos, que ha de calificarse como modélico, previstos incluso en el propio convenio de aplicación, como ocurre en el sector de la industria nuclear. Con este fin se dispone que "...Al objeto de encuadrar a los trabajadores y trabajadoras de la empresa en esta Organización de Grupos, Niveles y Puestos, (se) (...) implantó (...) un Sistema de Valoración de Puestos de Trabajo desarrollado por una consultora externa. Periódicamente se revisa la valoración de aquellos puestos que han sufrido modificación de funciones, o responsabilidades por si han de ser encuadrados en un nuevo nivel. La valoración de cada puesto de trabajo se realiza a través de un programa informático que analiza 44 aspectos distintos (formación y experiencia, dimensión mental del trabajo, dimensión física del trabajo, dimensión social del trabajo, tipo de información empleada, supervisión, contexto del puesto, responsabilidad, actividades administrativas, confidencialidad, idiomas, factor especial de actividades informáticas, etc.) y cuenta con más de 400 parámetros de medición. Esta clasificación se hace de forma objetiva y no discriminatoria, teniéndose únicamente en cuenta las responsabilidades y funciones propias de cada puesto de trabajo sin atender a diferencias de género"⁶⁷. Estas operaciones técnicas se confían, en algún caso, a la elaboración de instrumentos o guías específicas, lo cual parece muy estimable, sobre todo en una materia como la retributiva, cuyo control pasa inexorablemente por la concreción de la acción. Por ejemplo, ha sido posible localizar la previsión de un código de buenas

⁶⁴ CajaMar, Sadeco, ENSA.

⁶⁵ De nuevo, CajaMar, Sadeco, ENSA.

⁶⁶ CajaMar.

⁶⁷ ENSA.

prácticas, donde se incluyen referencias, entre otras, a la valoración de funciones y puestos de trabajo⁶⁸.

Consecuentemente, los criterios rectores del proceso habrán de ser la definición neutra de las tareas y su valoración de acuerdo con criterios de objetividad, de modo que la fijación concreta de los niveles o, en su caso, bandas salariales, y la inclusión de los puestos dentro de los mismos, obedezca a criterios objetivos "...y nunca teniendo en cuenta el género..."⁶⁹, ni por supuesto cualquier otra condición personal⁷⁰. Específicamente, se habrá de establecer la garantía de "...la igualdad de trato y de valoración en la aplicación del sistema retributivo a las personas que estén utilizando cualquier medida de conciliación personal, familiar y profesional"⁷¹, en coherencia con las previsiones del art. 3 de la LOIEMH anteriormente señaladas.

Sin embargo, no hay que perder de vista que la efectividad de la actuación puede quedar mermada si no se enfoca desde la óptica del principio de igual retribución para trabajos de igual valor, única posible para combatir tanto las discriminaciones retributivas directas como las indirectas, que continúan siendo las más frecuentes. A estos efectos, es necesaria la visión extensiva que demanda el respeto a este principio a la hora de fijar la medida o acción correspondiente y poner especial cuidado en no restringir su espectro a trabajos iguales o encuadrables en la misma categoría. Esta circunstancia ha podido constatarse cuando, por ejemplo, se planifica "...un estudio retributivo para analizar posibles diferencias salariales que pueda haber entre personas de diferentes sexos por materia de categoría profesional", obviando un ámbito de comparación más amplio⁷². Bien al contrario, esta apreciación no se contradice con la recomendable planificación del estudio por fases⁷³, ámbitos o incluso por centros de trabajo o familias de categorías determinadas, si se realiza desde el prisma del valor relativo de las tareas y su comparación.

5.2.2. *Sistemas retributivos y estructura de la remuneración*

La buena praxis dirigida a depurar los sistemas retributivos y la estructura y distribución de la remuneración ha de basarse en el análisis de todos los elementos que la conforman. En este sentido, en contraste frente al bloque anterior, se aprecia más detalle en las actuaciones previstas. Al respecto, es posible encontrar modelos de prácticas recomendables que se comprometen a la revisión del sistema retributivo en general, por ejemplo, a través de un

⁶⁸ Grupo Repsol YPF.

⁶⁹ Danone.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Iberdrola.

⁷² Badalona Serveis Assistencials. Vid. también Danone.

⁷³ Danone.

“Análisis detallado del sistema retributivo actual, a fin de detectar posibles desviaciones...”⁷⁴. Con un enfoque más específico, también se prevén actuaciones consistentes en el examen de la totalidad de las partidas que integran la retribución, entendida esta en el sentido amplio que ha de reconocerse al término. En esta línea se distinguen acciones orientadas al examen de “... las retribuciones salariales del personal (complementos, beneficios sociales etc...)”⁷⁵; con la finalidad de “...asegurar la equidad interna y externa en retribución y beneficios sociales a los empleados y empleadas de la compañía..., incluyendo pluses y cualquier otro incentivo en efectivo o especie, y valorar si las diferencias retributivas responden a discriminación por razón de sexo”⁷⁶. Asimismo, es posible encontrar acciones dirigidas exclusivamente a los complementos salariales, donde se propone “...Revisar anualmente los (...) establecidos para evitar criterios de valoración de méritos y de desempeño que puedan estar favoreciendo inconscientemente de forma mayoritaria a un sexo frente al otro, o los puestos o niveles mayoritariamente ocupados por uno de los sexos”⁷⁷. Igualmente, se localizan prácticas orientadas a alguna herramienta concreta, como sucede con la retribución por objetivos⁷⁸, o con mención a la retribución variable, donde específicamente se propone “Aplicar *targets* de retribución variable homogéneos, en función de los niveles de responsabilidad del puesto de trabajo y funciones desempeñadas, sin discriminación alguna por razón de género”⁷⁹.

5.2.3. *Las medidas correctoras*

En términos comparativos, se puede afirmar que son pocos los ejemplos de medidas correctoras concretas introducidas por los Planes. En este sentido, habría que subrayar la necesaria presencia de las basadas en el principio de nivelación al alza, destinadas a corregir los desequilibrios económicos fruto del sesgo existente en la remuneración de las trabajadoras y que han de ser estimadas como buena práctica. A estos efectos se propone el establecimiento de “... incrementos adicionales para eliminar discriminaciones salariales en el caso de que se detecten...”⁸⁰. Algunas de ellas se diseñan incluso con indicación de ciertos criterios selectivos en la aplicación, en atención a la mayor intensidad de la brecha salarial detectada en el diagnóstico, como, por ejemplo, puede suceder en el cálculo de la retribución variable típica del sector de los seguros.

⁷⁴ Por ejemplo, Pelayo. Asimismo, Iberdrola.

⁷⁵ CajaMar.

⁷⁶ Danone.

⁷⁷ Caixa Galicia.

⁷⁸ Pelayo.

⁷⁹ Alcatel-Lucent.

⁸⁰ Sadeco.

En este sentido, se prevé “...establecer las correspondientes medidas correctoras, potenciando el aumento de la retribución en las mujeres, especialmente en los segmentos detectados... como más desfavorecidos al existir mayores diferencias salariales respecto a los hombres...”⁸¹. Con la misma finalidad, pero teniendo como destinataria a toda la plantilla, habría que destacar la inclusión de criterios de proporcionalidad en el abono de tales percepciones, orientados a evitar perjuicios a las personas que “...inicien periodos de suspensión del contrato por maternidad o paternidad, reducción de jornada por cuidado de hijos/as o familiares hasta segundo grado de afinidad o consanguinidad y excedencia por motivos de conciliación familiar, con reserva del puesto de trabajo”⁸². Mención específica merece la actuación consistente en imbricar ejes distintos de políticas de igualdad de oportunidades y de trato, para establecer una estrategia conjunta destinada a luchar contra la segregación horizontal y la discriminación retributiva. Se trataría de acciones que consideran que “...Dado que la brecha salarial, se produce por la estratificación de puestos y funciones por colectivos, las distintas actuaciones a seguir en materia salarial pasan por una composición más equilibrada de los mismos que permita fomentar la presencia de género menos representado en las diferentes categorías profesionales, y valorar entonces los resultados del análisis salarial”⁸³.

5.2.4. Los beneficios sociales: especial referencia a las trabajadoras víctimas de violencia de género

Como se ha apuntado, el tratamiento de los beneficios sociales realizado por los Planes que conforman la muestra está bastante generalizado. Puede decirse que es homogéneo dentro de su multiplicidad, afectando primordialmente a prestaciones pecuniarias. Desde la óptica de género, dichas mejoras se reconducirían a la natalidad y sus consecuencias laborales, así como a la concesión de ayudas y ventajas para favorecer la conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales, que pueden tener como destinataria a toda la plantilla, así como la promoción profesional de las trabajadoras; a su lado, es posible hallar beneficios específicos aplicables exclusivamente a las víctimas de violencia de género.

Con referencia a todos ellos y a semejanza de lo que sucede con la estructura retributiva, cabría destacar como punto de partida la existencia de hipótesis de buenas prácticas que refieren la necesidad de analizar los beneficios sociales así como su actualización, para evitar el sesgo en la concesión de los mismos. En esta línea, es posible localizar acciones orientadas al estudio pe-

⁸¹ Pelayo.

⁸² Igualmente, Pelayo.

⁸³ Ferrovial.

riódico (anual) de “...los beneficios sociales de que dispone el personal (...) observando que se adecuan al momento en que han de concederse y que en el criterio para su disfrute no inciden connotaciones sexistas”⁸⁴.

Desde la perspectiva concreta de su clasificación, hay que indicar que es frecuente encontrar ejemplos de buenas prácticas, como la ayuda por nacimiento de hijo o figuras legales asimiladas, otorgada en atención a cada menor, con independencia de que ambos progenitores trabajen en la empresa, con un acertado criterio de asignación, cual es la existencia de un límite de ingresos para la percepción de esta ayuda⁸⁵. En una línea paralela, se puede mencionar la ayuda por hijo/a a cargo, y para formación⁸⁶ o material escolar, y la ayuda por hijo/a y familiar con discapacidad hasta el segundo grado por consanguinidad o por afinidad⁸⁷. Asimismo, es modélica la inclusión de las clásicas ayudas por guardería⁸⁸, también regida en algún supuesto por el principio de adjudicación hasta límite de ingresos⁸⁹. Igualmente, es posible apreciar algunas medidas muy positivas encaminadas a evitar minoraciones retributivas objetivas, como las derivadas de la reducción de jornada, que impactan predominantemente en las trabajadoras⁹⁰. Correlativamente, merece la calificación de buena práctica la previsión que considera “...la jornada al 100% en los casos de reducción de jornada por maternidad, paternidad o por cuidado de familiares dependientes de hasta 2º. Grado para el cálculo de la retribución variable”⁹¹. Del mismo modo, parece especialmente adecuado, aunque no es frecuente, el tratamiento del plus de transporte, consistente en la garantía de su abono íntegro incluso en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar⁹². Análogamente, ha de señalarse como buena práctica el establecimiento de mejoras sobre la prestación correspondiente durante la suspensión por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de menores de 9 meses, adopción o acogida, tanto preadoptiva como permanente o simple, y según lo establecido en el artículo 45, apartado 1, letra d) del ET, de manera que se compense al trabajador/a “... con la diferencia que haya entre la prestación que perciba con cargo a la Seguridad Social o Mutua Patronal, y la retribución que viniera percibiendo cuando estaba en activo, con los límites

⁸⁴ Adif. También Danone.

⁸⁵ Caixa Penedés, Grupo Inditex para sus sociedades de fabricación.

⁸⁶ Caixa Penedés, Liconsá.

⁸⁷ Por ejemplo, Caixa Galicia, Grupo Inditex para sus sociedades de fabricación, Zardoya y AESA.

⁸⁸ Entre otros, Caixa Penedés, Liconsá, Santander Consumer, Grupo Inditex para sus sociedades de fabricación, Zardoya y AESA.

⁸⁹ Grupo Inditex para sus sociedades de fabricación.

⁹⁰ Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana.

⁹¹ Iberdrola.

⁹² Grupo Inditex para sus sociedades de fabricación.

temporales y de disfrute establecidos en la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva de mujeres y hombres⁹³. La misma valoración merece la mejora prevista para los casos de suspensión del contrato como consecuencia de ejercer el derecho en los casos de fallecimiento de la madre posterior al parto, con independencia de que ésta hubiera realizado o no un trabajo retribuido. En estos casos, "...la Entidad compensará con la diferencia que exista entre la prestación que perciba con cargo a la Seguridad Social o Mutua Patronal y la retribución que viniera percibiendo cuando estaba en activo, con los límites temporales y de disfrute establecidos en la Ley Orgánica 3/2007..."⁹⁴. De igual manera, puede señalarse como ejemplo la propuesta formulada en materia de previsión social, consistente en realizar aportaciones al plan de pensiones correspondiente durante la suspensión por maternidad y excedencia⁹⁵. En relación con esta última institución, merece además una estimación muy favorable la conservación de las percepciones económicas por hijo a cargo fijadas en el convenio colectivo de aplicación, en caso de excedencias solicitadas por motivos familiares⁹⁶. La misma calificación merece el mantenimiento de condiciones especiales para empleados en productos y servicios de la empresa, como sucede en el sector de servicios financieros, respecto a los "...que se tuvieran contratados durante la situación en activo"⁹⁷.

También parecen muy adecuadas las medidas consistentes en la oferta de becas⁹⁸, o el reembolso de gastos realizados, en caso de efectiva promoción a las categorías masculinizadas para las que se requiera una formación específica⁹⁹. Por ejemplo, para el sector de transportes ferroviarios, se prevé que será reembolsado "...hasta un 50 % del importe que, en concepto de matrícula...", se abonó en su día¹⁰⁰.

En lo que atañe a las trabajadoras víctimas de violencia de género, también es posible apreciar diversas mejoras que han de calificarse indudablemente como buenas prácticas. En este sentido, es posible hallar actuaciones donde se prevé que, cuando la trabajadora pase a una situación de incapacidad temporal por ser víctima de violencia de género, "...la Entidad compensará con la diferencia que exista entre la prestación que perciba durante el período de suspensión de su contrato de trabajo o durante la situación de la incapacidad temporal, y la cuantía de la retribución que viniera percibiendo cuando

⁹³ Caixa Galicia.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*, previéndose que durante el "... (1º año) (*sic*) se realizan aportaciones para jubilación y riesgo..."

⁹⁶ Santander Consumer.

⁹⁷ Por ejemplo, Santander Consumer.

⁹⁸ Innovatec.

⁹⁹ Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

estaba en activo, con los límites temporales y de disfrute establecidos en la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género...¹⁰¹. En una línea similar "...se establece una ayuda económica para las víctimas de violencia de género que complementaría el salario del 100% en caso de reducción de jornada durante dos meses"¹⁰². Del mismo modo se prevé la retribución de las horas que, debidamente justificadas, emplease en asuntos judiciales y asistencia social integral para hacer efectiva su protección¹⁰³. Asimismo, se establecen ayudas para los supuestos de traslado o cambio de centro de trabajo "...durante los cuales la empresa se hará cargo del desplazamiento y alojamiento durante los primeros quince días, según el cuadro de dietas vigente en la empresa..."¹⁰⁴. Igualmente, se fija la ayuda por alquiler "...en los valores previstos para los casos de movilidad geográfica, durante todo el periodo que la víctima se vea obligada a dejar temporalmente el domicilio habitual..."¹⁰⁵, y por compra de vivienda, en idénticos términos, "...cuando la víctima opte por esta solución como mejor forma para resolver su problema"¹⁰⁶.

5.2.5. *El principio de transparencia en la retribución*

Es ineludible recordar que el principio de transparencia es consustancial a la igualdad retributiva. Se trata de un instrumento insoslayable para conseguir la equidad, que ha de aplicarse tanto a los criterios de análisis y valoración del trabajo como al diseño de la estructura retributiva. Encuentra reflejo en algunos de los Planes examinados a través de buenas prácticas que denotan, respectivamente "...La importancia y obligatoriedad del mantenimiento de un sistema salarial que garantice en todo momento y circunstancia la transparencia..."¹⁰⁷, y la necesidad de regular una estructura retributiva clara y transparente a fin de facilitar su control antidiscriminatorio¹⁰⁸. De forma auxiliar, entre las medidas para conseguir el objetivo específico, se establece la reestructuración del recibo oficial de salario, a los efectos de detallar "...de una forma más clara los conceptos salariales existentes"¹⁰⁹. Análogamente, se prevé el análisis "...de los actuales canales de comunicación e información a los empleados/as y mejoras a introducir en su caso..."¹¹⁰, actuación que ha de calificarse muy positivamente, ya que de nada sirve eliminar la opacidad en la política retri-

¹⁰¹ Caixa Galicia.

¹⁰² Grupo Inditex para sus sociedades de fabricación.

¹⁰³ Como muestras, Grupo Inditex para sus sociedades de fabricación, Liconsá.

¹⁰⁴ Grupo Inditex para sus sociedades de fabricación.

¹⁰⁵ Grupo Repsol YPF.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Iberdrola.

¹⁰⁸ En este sentido, Sadeco, Caixa Penedés.

¹⁰⁹ ENSA.

¹¹⁰ Iberdrola.

butiva, desde un punto de vista técnico, si no va acompañada de la suficiente interrelación entre los sujetos involucrados.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Los Planes de igualdad se anudan a la necesaria y exigible materialización del compromiso con la igualdad entre mujeres y hombres en acciones y resultados, que compete a los Poderes públicos y los agentes sociales. Para que tengan validez como herramientas estratégicas, habrán de reunir una serie de elementos y características que los conviertan en estructuras de aplicación eficaces. Algunos de estos rasgos adquieren además un peso específico añadido cuando se trata de instituciones como la política retributiva de la empresa. Nos estamos refiriendo a su conformación, que habrá de ser homogénea, como mínimo acorde con factores contextuales como el sector de actividad y en atención a la dimensión de la organización; a la imprescindible fijación de objetivos y estrategias concretas; al establecimiento de una planificación temporal rigurosa para la implementación de acciones; la determinación de los sujetos responsables de tales operaciones; la fijación de sistemas cuantitativos de recogida de datos, evaluación de resultados y seguimiento eficaces, con calendarios precisos y exhaustivos de ejecución y revisión; la fijación de los recursos presupuestarios necesarios, en su caso; y finalmente, la consiguiente publicidad de acciones y logros.

Es posible llegar a la conclusión de que, a grandes rasgos y de acuerdo con el examen de la muestra estudiada, el tratamiento de la retribución por parte de los Planes es bastante fragmentario. No tiene ni la presencia ni el carácter incisivo y global que reclama una cuestión de tal importancia, sobre todo si se comprueba la dimensión y la persistencia de la brecha salarial en nuestro país. Cuando se ha verificado, se ha introducido en los compromisos generales y declaraciones de objetivos, así como algunos análisis y diagnósticos de situación. Además, ha sido posible el estudio de acciones concretas y algunos mecanismos de planificación, seguimiento y evaluación de los resultados, especialmente en lo que atañe a la cuestión de los indicadores.

De manera específica, se puede constatar sin dificultades el compromiso con el establecimiento de una política retributiva en igualdad, carente de discriminaciones basadas en el género, circunstancia que no tiene porqué implicar que dicha mención desemboque en la propuesta de objetivos y acciones concretas en el cuerpo del Plan, como sucede en muchos casos. En la misma línea, se debe resaltar la desigual realización de análisis y diagnósticos de situación, más cualitativos de lo deseable, que algunas veces se salva con reenvíos al convenio colectivo de referencia. Estos suelen caracterizarse frecuentemente

por la expresión de carencias conceptuales centradas en una comprensión restrictiva de la noción de discriminación, que gira predominantemente en torno a la discriminación directa, en detrimento de las de tipo indirecto, mucho más frecuentes y difíciles de detectar, que resultan soslayadas. Esta circunstancia, a su vez, limita las estrategias de erradicación, reduciendo el área de tutela y consecuentemente, la efectividad del Plan.

En lo que atañe a las intervenciones concretas, las prácticas orientadas a la consecución y el fomento de la igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras poseen diverso tenor. De este modo, en atención al criterio de su finalidad, ha sido factible distinguir medidas de depuración por un lado, y medidas reactivas y/o actuaciones compensadoras por otro, centrándose las primeras en el análisis y valoración de puestos de trabajo, así como en los sistemas de remuneración y estructura retributiva. Al respecto, se debe subrayar que son muy escasas las propuestas del primer tipo, circunstancia que no cuadra con las aspiraciones de una pretendida objetividad en la remuneración. No hay que olvidar que la aplicación de estas técnicas de gestión se ordena a la confección de una escala de tareas en atención a su valor relativo, de acuerdo con criterios de neutralidad, lo cual resulta decisivo desde el enfoque del principio de igual retribución para trabajos de igual valor y determinante en la asignación de niveles retributivos, sin desviaciones fundadas en el género. En la misma línea, hay que remarcar que son contados los instrumentos en los que se aboga por la realización de un análisis completo de la estructura salarial, centrándose en la mayoría de los supuestos, cuando se ha hecho, en el examen de complementos salariales determinados, lo cual no deja de ser una práctica modélica pero, en todo caso, parcial. Por el contrario, las actuaciones diseñadas en materia de beneficios sociales están prácticamente generalizadas y puede decirse que obedecen a líneas comunes, girando en torno a la concesión de prestaciones económicas. En este sentido es posible hallar numerosos ejemplos consistentes en la concesión de ayudas y ventajas para favorecer la conciliación entre responsabilidades familiares y laborales y el desarrollo profesional, que pueden tener como destinatarios a todos los trabajadores de la empresa, así como beneficios aplicables exclusivamente a las trabajadoras víctimas de violencia de género.

Unido a lo anterior, hay que inferir que también es objeto de tratamiento por parte de los Planes, aunque no es lo común, la implementación del principio de transparencia en la retribución, que ha de catalogarse como buena práctica. En conexión con esta cuestión, hay que acentuar que el examen comparativo ofrece ejemplos de planificación temporal, así como de determinación de los sujetos responsables de la ejecución de las actuaciones y las prácticas de seguimiento y evaluación. En algunos casos merecen una valoración positiva, aunque en general, adolecen de falta de precisión. En este sentido, para ilustrar

esta característica desde un punto de vista formal, baste señalar que no pocos textos omiten la referencia exacta de su propia fecha de aprobación y vigencia.

Finalmente, hay que concluir que, otras veces, puede apreciarse simplemente la preterición o postergación de la cuestión retributiva, lo cual puede ser indiciario tanto de su difícil abordaje -- por su complejidad técnica o por sus repercusiones en los costes laborales --, como de la escasa prioridad que se le atribuya en beneficio de otros ítems. En cualquier caso, desde la perspectiva de la estructura y contenido de los citados instrumentos hay que recordar que, al cabo, a la luz del art. 46 de la LOIEMH, nos hallamos ante un modelo abierto de plan de mejora: del mismo modo que la citada disposición se limita a esbozar algunos puntos de necesaria presencia en la conformación de los Planes, aprueba la libre configuración de las estrategias de igualdad, al permitir la discrecionalidad en la selección y orientación de las acciones de mejora, limitándose a exponer una enumeración abierta de los posibles ítems que puedan abordarse, lo cual puede resultar arriesgado en una materia enormemente compleja como la igualdad retributiva y que, a la postre, puede justificar la omisión de su tratamiento, como parece suceder en no pocos ejemplos, coadyuvando al mantenimiento de los desequilibrios retributivos constatados.

LÍMITES COMUNITARIOS A LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

MIREIA LLOBERA VILA

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

EXTRACTO

Palabras Clave: Contratas, cesión ilegal, derecho comunitario

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha considerado que no cabe acogerse a la cobertura jurídica de las libertades comunitarias relativas a la libre circulación de trabajadores y a la libre prestación de servicios (artículos 48 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE) en los casos de desplazamientos transnacionales de trabajadores que, mediante “falsas contratas”, encubren situaciones de cesión ilegal de trabajadores. La respuesta comunitaria ante estos fenómenos se basa fundamentalmente en impedir que los prestadores de servicios se sirvan de las libertades comunitarias para eludir las leyes sociales del país de destino. En ausencia de un genuino vínculo laboral tales empresarios no podrán acogerse ni a la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (Directiva 96/71/CE) ni al Reglamento sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (Reglamento 883/2004) y, por tanto, no podrán beneficiarse de la aplicación de la ley de su país de origen en materia laboral y de Seguridad Social. Se pondrá así de relieve el modo en que los presupuestos jurídico-técnicos de la jurisprudencia del TJUE, dónde la falta de vínculo laboral en el marco de la contrata y la evidencia de estructura empresarial ficticia constituyen elementos claves de calificación legal, entroncan metodológicamente con elementos de tipificación contenidos en la legislación española.

ABSTRACT

Key Words: Contracts, illegal placement workers, EU law

The European Court of Justice has considered that the judicial rule for community liberties on the free circulation of workers and free services offerings across the EU (articles 48 and 56 of the Functional Treaty of the European Union) in the cases of transnational workers that are located in other countries, and that through fake hiring process they would hide illegal cession of workers. The community answer to this phenomenon is based fundamentally to avoid that workers who offer services use the community liberties to elude social laws in the hosting country. In the absence of a real employment link, these entrepreneurs should not benefit from the Directive 96/71/EC of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services nor the Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems; and people cannot have employment or Social Security benefits of the application of such Law in their country of origin, and especially if they are working in the another –hosting- country.

Therefore, we can see that the judicial-technical budgets of the Jurisprudence of the European Court of Justice and Member State legislation, in which there is lack of employment contracts (and when the work is provided) and the evidence of a fake company structure constitutes key elements of legal qualification, and these are key elements considered under the regular Spanish legislation.

ÍNDICE

1. LÍMITES A LA LIBERTAD EMPRESARIAL DE DISPOSICIÓN DE PERSONAL: LA UTILIZACIÓN DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS PARA ELUDIR LAS LEYES SOCIALES DEL PAÍS DE DESTINO
2. EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA *LEX ORIGINIS* EN CASO DE EMPRESARIO FICTICIO: DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES DESDE UNA EMPRESA CARENTE DE REALIDAD ECONÓMICA
3. DETERMINACIÓN DE LA *LEX ORIGINIS*
4. LA EXIGENCIA DE UN GENUINO VÍNCULO LABORAL
5. LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA CON EL EMPRESARIO DEL PAÍS DE ORIGEN
6. PROCESOS ABIERTOS DE REFORMA EN TORNO AL CONCEPTO DE TRABAJADOR

1. LÍMITES A LA LIBERTAD EMPRESARIAL DE DISPOSICIÓN DE PERSONAL: LA UTILIZACIÓN DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS PARA ELUDIR LAS LEYES SOCIALES DEL PAÍS DE DESTINO

“La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes”¹.

Así define nuestro Alto Tribunal la finalidad perseguida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (43 ET), relativo a la cesión ilegal de trabajadores. Si a nivel interno la cesión ilegal deja traslucir una huida del régimen jurídico que resultaría aplicable si el cesionario asumiera directamente la posición de empresario, cuando media un desplazamiento transnacional dicho negocio interpositorio se dirige a evadir la aplicación de la ley nacional que resultaría aplicable al empresario que recibe los servicios de los trabajadores cedidos. A través de estas prácticas, que pretenden aprovechar las diferencias de protección social existentes en la Unión Europea mediante el recurso a trabajadores desplazados, se añade una ulterior componente de degradación social y segmentación al ya precario mercado secundario de empleo² que abisma aún más la distancia existente en materia salarial y condiciones de empleo respecto de los trabajadores en mercado primario.

Es bien conocido que el derecho del mercado interior no tiene posibilidad de afectar el derecho laboral en situaciones internas, siempre que tales normas o actos administrativos no interfieran en el comercio intracomunitario a través

¹ STS de 14 septiembre 2001 (RJ 2002\582), [fundamento de derecho 4°].

² Según el concepto desarrollado por Monereo Pérez, J. L. / Álvarez Montero, A. (2002), Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial, Granada, Comares, [p. 24 y ss].

de las fronteras. Así, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE o “el Tribunal de Justicia”) que establece que las disposiciones del Tratado en materia de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios no pueden aplicarse a actividades cuyos elementos estén contenidos por entero en un solo Estado miembro³. En cambio, tales libertades deberán garantizarse en supuestos de prestaciones de servicios que se oferten en territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecida la empresa. De forma que el derecho de la Unión ha desarrollado ciertas garantías en lo que respecta a los fenómenos interpositivos de mano de obra en prestaciones transnacionales, aunque condicionadas por la necesaria promoción de las libertades económicas. Así, el TJUE se ha negado a otorgar cobertura a través del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴ [antiguo artículo 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea⁵], relativo a la libre prestación de servicios, a los desplazamientos mediante “falsas contrataciones” que bajo el amparo del apartado (a) del artículo 1.3 de la Directiva 96/71/CE encubren situaciones de cesión ilegal de trabajadores. También la jurisprudencia que ha interpretado el artículo 14, apartado 1º, del Reglamento 1408/71⁶ —antecesor del actual artículo 12 del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social⁷— revela conexiones conceptuales con las disposiciones del artículo 43 ET. En efecto, los presupuestos jurídico-técnicos de dicha jurisprudencia —dónde la falta de vínculo laboral en el marco de la contrata y la evidencia de estructura empresarial ficticia constituyen elementos claves de calificación legal— entroncan metodológicamente con elementos de tipificación contenidos en la norma española.

³ Vid. STJUE 24 de marzo de 1994 (asunto Gerhart C-275/92), parágrafo 29; STJUE de 16 de noviembre de 1995, (asunto Van Buynder, C-152/94), parágrafo 10; STJUE de 7 de diciembre de 1995, (asunto C-17/94, Gervais), parágrafo 24; STJUE 5 de octubre de 1994, (asunto TV10, C-23/93), parágrafo 14. Con todo, el requisito de extraterritorialidad cada vez se encuentra más diluido en los pronunciamientos del Tribunal, conforme el derecho comunitario va incrementando su expansión aplicativa en todos los órdenes. Vid., en este sentido, STJUE de 11 de julio de 2002, (C-60/00, Carpenter), STJUE de 8 de marzo de 2001, (C-405/98, Gourmet).

⁴ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, D.O. n.º C 115 de 9-5-2008, (en adelante, TFUE o “el Tratado”).

⁵ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, D.O. n.º C321E de 29 diciembre 2006, en adelante “TCE”.

⁶ Reglamento (CEE) núm. 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (en adelante el Reglamento 1408/71). D.O. n.º L 149 de 5 de julio 1971, p. 2. (Versión consolidada —D.O. n.º L 28 de 30 de enero 1997, p. 1), en adelante, “el Reglamento 1408/71”.

⁷ Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, D.O. n.º L 166 de 30.4.2004, p. 1/123, en adelante, el “Reglamento 883/2004”.

El Tribunal de Justicia ha visibilizado de este modo la necesidad de verificación de ciertos principios reguladores de la subcontratación comunitaria⁸ tanto en los pronunciamientos fundados en la libre prestación de servicios, como en los que interpretan las disposiciones en materia de libre circulación de trabajadores, circunscritos en este ámbito a la Seguridad Social. Alcanzando en este último caso un mayor desarrollo, pues la prolongada vigencia del Reglamento 1408/71 le ha permitido una intensa exposición al planteamiento de cuestiones prejudiciales de toda índole en relación a su interpretación, a diferencia de la regulación de los aspectos laborales del desplazamiento de trabajadores laboral, que es de concepción legislativa reciente.

Los aspectos de Seguridad Social se regularon en una de las primeras normas que vieron la luz tras la constitución de la Comunidad Económica Europea en 1957. Concretamente, en los artículos 12 y 13 del Reglamento nº 3 (1958) relativo a la seguridad social de los trabajadores migrantes⁹ ya se contenían previsiones dirigidas a los trabajadores desplazados, cuyas disposiciones se integraron sin excesivas variaciones en el actual apartado 1º del artículo 14 del Reglamento 1408/71. Por ello, la jurisprudencia comunitaria que ha interpretado y acotado los contornos del desplazamiento de trabajadores a partir de los términos del Reglamento nº 3 (1958) se ha mantenido constante también en la aplicación del Reglamento 1408/71. Así, el Tribunal de Justicia en la Sentencia *FTS* declaró que aunque la Sentencia *Manpower* se formulara al amparo del artículo 13 del Reglamento nº 3, sus términos continuaban vigentes en la interpretación del artículo 14, apartado 1º, del Reglamento 1408/71¹⁰. En gran medida, lo mismo cabe predicar del artículo 12, apartado 1º, del Reglamento 883/2004, dado que los nuevos elementos integrados en su texto no son sino una normativización de los criterios aplicativos emanados por el TJCE a partir de la interpretación del artículo 14.1 del Reglamento 1408/71. De modo que el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 ha resultado marcadamente continuista en relación con las disposiciones del artículo 14.1 del Reglamento 1408/71 y con la jurisprudencia que lo ha interpretado.

Ahora bien, debe precisarse que la jurisprudencia comunitaria que interpreta estas libertades fundamentales rechaza la cesión ilegal de trabajadores pero no la conceptúa como tal, sino como negocio ilícito de naturaleza fraudulenta. Se pone así de manifiesto la convergencia entre las finalidades del

⁸ En este trabajo nos referiremos al término “comunitario” como reminiscencia terminológica que se ha incorporado de pleno al lenguaje jurídico. Sin embargo, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, este término debe entenderse como relativo al derecho e instituciones de la Unión, una vez sustituido el término “derecho comunitario” por el de “derecho de la Unión” en los Tratados.

⁹ Règlement nº 3 concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, J.O. 30 du 16.12.1958, p. 561, en adelante “el Reglamento nº3 (1958)”.

¹⁰ STJUE de 10 febrero 2000, (asunto C-202/97, *FTS*), [parágrafo 28].

artículo 56 TFUE sobre libre prestación de servicios y la regulación relativa al desplazamiento de trabajadores contenida en el Reglamento 883/2004¹¹, puesto que las disposiciones de coordinación de la Seguridad Social comunitaria previstas en el Reglamento también están sujetas a los principios ordenadores del derecho del mercado interior de servicios¹².

La respuesta comunitaria ante estos fenómenos se basa fundamentalmente en impedir que los prestadores de servicios que no mantengan un genuino vínculo laboral con los trabajadores que desplazan puedan acogerse a la Directiva 96/71/CE o al Reglamento 883/2004, evitando por tanto que éstos puedan beneficiarse de la aplicación de la ley de su país de origen en materia laboral y de Seguridad Social. Estas normas comunitarias no podrán por tanto aplicarse en ausencia de este requisito esencial, si bien la jurisprudencia en materia de seguridad social en ocasiones se sirve de un ulterior mecanismo, que permite expulsar del ámbito de aplicación de dicha disposición a los empresarios ficticios que carecen de infraestructura empresarial. Así, el TJUE excluye la aplicación del principio del país de origen cuando se comprueba que quien actúa como empleador no tiene existencia física por lo que a personal, volumen de negocios e infraestructura organizativa se refiere, sin que sea necesario comprobar ulteriormente la existencia de un genuino vínculo laboral. De esta forma, una vez constatada la falta de realidad económica de la empresa, se procede directamente a excluir la aplicación del artículo 14.1 del Reglamento 1408/71 sin evaluar si ésta actuaba como empresario efectivo¹³.

Como señalan Valdés Dal-Ré (2007) y Molero Marañón (2007), habitualmente también nuestra jurisprudencia se ha servido de ambos criterios en tanto que componentes “complementarios y no excluyentes” de la doctrina judicial: en primer lugar se descarta la existencia de una empresa aparente, para posteriormente comprobar la puesta en juego de la organización de la empresa¹⁴. Faltando el primer requisito, es decir, en ausencia de una empresa real dotada de la necesaria infraestructura empresarial ya se entendía concurrente la cesión ilegal, si bien, en la actualidad, la redacción del apartado 2º del artículo 43 ET, introducida por la Ley 43/2006 ha dotado a cada uno de estos criterios

¹¹ STJUE de 10 de febrero de 2000 (C-202/97, FTS) [parágrafo 28]; STJUE de 9 de noviembre de 2000 (Plum, C-404/98,) [parágrafo 19].

¹² Vid. particularmente sobre la aplicación del principio fundamental de libre circulación de servicios al ámbito de la Seguridad Social STJUE de 28 abril 1998 (Kohll, C-158/96), [parágrafos 16-28], la STJUE de 12 julio 2001 (Vanbraekel, C-368/98) [parágrafos 38 y ss] y STJUE 12 julio 2001 (Smits, C-157/99) [parágrafos 44 y ss].

¹³ STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, FTS), [parágrafo 43].

¹⁴ Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *Relaciones Laborales* n. 2/2006, [pp. 589-625]; Valdés Dal-Ré, F. (2007), “La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia”, *Relaciones Laborales* n. 1/2007, [pp. 157-167].

funciones tipificadoras, de modo que la concurrencia de uno sólo de ellos ya es determinante de la cesión ilegal¹⁵.

La dualidad de mecanismos de evitación de la cesión ilegal en el derecho de la Unión evoca así la jurisprudencia española en la que la mera apariencia o ficción de empresa y la necesidad de mantener a los trabajadores dentro del ámbito del poder de dirección se configuran como características del supuesto de cesión ilegal de trabajadores¹⁶. Exigiéndose en nuestro derecho interno, para que una contrata sea válida, en primer lugar, que la empresa contratista o subcontratista ejerza una actividad empresarial propia, y cuente, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables. Sin embargo, puesto que la cesión ilegal como fenómeno interpositorio, puede actuar también al margen de la realidad o solvencia de las empresas, en el supuesto de dos empresas reales, se incorpora un segundo requisito que consistirá en que esa organización “no se haya puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo” a una tercera empresa¹⁷.

Con todo, el derecho de la Unión en este ámbito no adopta la óptica ius-laboralista, que atiende al resultado jurídicamente reprochable del negocio interpositorio, con independencia de la existencia de un ánimo defraudatorio. Pues si bien la opción de externalizar la producción es perfectamente válida en nuestro derecho, cuando el empresario recurre a ella sin renunciar “al poder de dirección sobre el proceso de ejecución que determina el resultado pactado en la contrata”¹⁸ dicha potestad se ve limitada por la prohibición de cesión de personal, dirigida a evitar la elusión de normas protectoras de los trabajadores;

¹⁵ Sobre si esto supone una quiebra de la posibilidad de ponderación conjunta por parte de los tribunales de todos los elementos de calificación jurídica vid. Valdés Dal-Ré, F. (2007), “La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia”, op.cit., [pp. 157-167]. Vid. también Cavas Martínez F. (2007), “Empresas de multiservicios y empresas de trabajo temporal: una aproximación crítica a una realidad preocupante”, *Aranzadi Social* n. 1/2007, [BIB 2007\309].

¹⁶ En la doctrina, vid. especialmente Goerlich Peset, J.M. (2001), “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad Laboral* n. 1/2001, [pp. 39-56]; López Sánchez, M.C. (2007), “Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad Laboral* n. 7/2007, [pp. 812-829]; Molero Manglano, C. (2006), “¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?”, *Actualidad Laboral* n. 21/2006, [pp. 2546-2558]; Sala Franco, T./ Ramírez Martínez, J.M. (2000), “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”, en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch [pp. 109-132]; Rodríguez Ramos, M. J. (2007) “La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación ante las últimas reformas laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n. 15/2007.

¹⁷ Vid. Valdés Dal-Ré, F. (2006), “El debate europeo sobre movilidad (y II)”, *Relaciones Laborales* n. 2/ 2006, [pp. 100 y ss.].

¹⁸ Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, op.cit., [pp. 589-625].

y en definitiva a impedir un tratamiento económico y normativo diferenciado de los trabajadores cedidos respecto de los trabajadores permanentes de la empresa cesionaria. El presupuesto básico, desde la perspectiva laboral radica por tanto en que “la lesión infringida con el fraude afecte a los derechos concretos del trabajador, cristalizados en la estructura normativa laboral, de la cual ellos constituyen una suerte de reflejo humanizado”¹⁹.

Es por ello necesario salvar las distancias teóricas entre los presupuestos aplicativos del derecho nacional y los del derecho de la Unión, pues la jurisprudencia comunitaria en materia de desplazamiento de trabajadores atiende a la lógica interna del derecho del mercado interior. Como ya avanzábamos, el tratamiento jurisprudencial de este fenómeno no incorpora una noción comunitaria de cesión ilegal de trabajadores²⁰, ni siquiera cuando el TJUE interpreta disposiciones en materia de política social²¹, sino que se enmarca en una doctrina más general relativa al abuso de derecho o fraude de las libertades comunitarias. No es por tanto correcto trasladar metodológicamente a este análisis los elementos de calificación jurídica de la cesión ilegal de trabajadores de nuestro derecho interno. Por consiguiente, a fin de evitar interferencias conceptuales desde nuestra perspectiva nacional, al referirnos en este trabajo a la “cesión ilegal” o a los “mecanismos interpositivos” nos basaremos en la definición contenida en la Recomendación núm. 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la relación de trabajo (2006). Este instrumento se refiere concretamente a las “relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de [...] otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”²².

¹⁹ Fernández Gianotti, E. (1991), “Fraude de derechos laborales”, *Relaciones Laborales* n. 1/ 1991, [pp. 1199-1220].

²⁰ Nótese que en derecho de la Unión se acepta la noción de un doble vínculo laboral, vid. STJUE de 10 abril 2003 (Giulia Pugliese, C-437/00).

²¹ Vid. STJUE de 13 de enero de 2004 (C-256/01, Allonby). Pese a que el TJUE en esta sentencia declara obiter dicta que la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional debe rechazarse “si su independencia sólo es ficticia, disimulando así una relación laboral”, niega la protección del artículo 141 TCE (actual artículo 157 TFUE) a “una mujer a quien no se le renueva su contrato laboral con una empresa y que es puesta de inmediato a disposición de su anterior empresario a través de otra empresa para prestar los mismos servicios” [parágrafos 71-72 y fallo].

²² Vid. también Resolución sobre el Informe V (2B), *La relación de trabajo*, 95ª Conferencia Internacional del Trabajo, 2006.

[<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/reports.htm>].

Una vez realizadas todas estas precisiones, la cuestión se centra ahora en analizar cuáles son los límites que ha establecido el Tribunal de Justicia a la utilización de las libertades comunitarias para eludir las leyes sociales del país de destino en el caso de desplazamiento de trabajadores desde una empresa carente de realidad económica, para pasar posteriormente a estudiar en qué términos se ha desarrollado en el ámbito de la Unión el requisito de un genuino vínculo laboral entre el trabajador desplazado y el empresario en el país de origen.

2. EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA *LEX ORIGINIS* EN CASO DE EMPRESARIO FICTICIO: DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES DESDE UNA EMPRESA CARENTE DE REALIDAD ECONÓMICA

La exclusión de la aplicación de la *lex originis* en caso de empresario ficticio deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito del artículo 48 TFUE (ex artículo 42 TCE), relativo a los aspectos de seguridad social de la libre circulación de trabajadores, y del artículo 56 TFUE (ex artículo 49 TCE), relativo a la libre prestación de servicios. Se ha conformado así un cuerpo jurisprudencial orientado hacia la consecución del mercado interior de servicios, y que trata de evitar que la legislación nacional sea fuente de obstáculos para la movilidad de trabajadores y de prestadores de servicios. Así, pese a estar contenidas en una norma de desarrollo de la libre circulación de trabajadores, las disposiciones del artículo 12, apartado 1º, del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social desempeñan un rol fundamental en la remoción de obstáculos a la libre circulación de servicios, pues logran evitar la doble imposición de cargas sociales²³. Esta convergencia entre los artículos 48 y 56 TFUE en torno a la *ratio* última de integración económica del mercado de servicios²⁴, permitirá por tanto extraer criterios interpretativos de alcance general frente a la utilización fraudulenta de las libertades comunitarias en este ámbito.

Pues bien, el Tribunal de Justicia funda su interpretación en una doble exigencia, en primer lugar, en cuanto a la existencia de un vínculo orgánico con la empresa de origen, y en segundo lugar, en relación a la necesaria realidad económica de las actividades desarrolladas por la empresa en el país de

²³ Vid. STJUE de 10 de febrero de 2000 (C-202/97, FTS), [parágrafo 28]; STJUE de 15 junio 2000 (asunto C-404/98, Josef Plum) [parágrafo 19].

²⁴ Vid. Gardeñes Santiago, M. (1999), La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional, Madrid, Eurolex, [p. 208 y ss].

establecimiento. De modo que, en esta jurisprudencia, no resulta admisible que los operadores transnacionales se sirvan del derecho de la Unión para amparar actividades de *dumping social*. Esto nos ofrece la ocasión de comparar la situación de hecho en el asunto *Laval*, con la doctrina contenida en las sentencias *Manpower*²⁵, *FTS*²⁶ y *Plum*²⁷, en la que los beneficios que otorga el derecho de la Unión al prestador de servicios sólo se mantienen cuando las empresas ejercen “actividades significativas” en el territorio del Estado en el que están establecidas²⁸. En efecto, además de la subsistencia del vínculo orgánico entre la empresa y el trabajador durante el período de desplazamiento, el Tribunal de Justicia ha exigido un requisito adicional, que consiste en que *normalmente* el empresario ejerza su actividad en el territorio del primer Estado miembro, es decir, que la empresa ejerza habitualmente actividades significativas en dicho Estado. Así, la exigencia de un vínculo real con el Estado miembro de establecimiento cumple la función de evitar que las empresas con domicilio de conveniencia se sirvan de las libertades de circulación para acogerse a cotizaciones inferiores a las que resultaría de aplicar las leyes del Estado donde desarrollan sus servicios.

El *forum shopping* es un problema recurrente desde los albores de la internacionalización de la economía. Ya en el asunto *Manpower*, en 1970, el Abogado General Dutheillet de Lamothe se refería a que ciertas empresas “iniciaban obras fuera de sus países de origen y hacían rotar a su personal para seguir sujetas a la legislación del país de origen, donde las cargas sociales eran menos elevadas que en los países en que trabajaban. Estas prácticas se registraron particularmente en Francia en las industrias de la construcción y de la madera”²⁹. La integración económica ha favorecido la extensión de este fenómeno, extendiéndose incluso al “forum shopping colectivo”. Se desarrolla así una mecánica de negociación colectiva que trata de aprovechar las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos, como ocurrió en el asunto *Laval*. Según la información facilitada por la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC), la empresa *Laval* negoció tanto con los sindicatos del país de origen, como los sindicatos del país de destino a fin de alcanzar la solución jurídica

²⁵ STJUE de 17 de diciembre de 1970, (asunto 35/70, *Manpower*).

²⁶ STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, *FTS*).

²⁷ STJUE de 15 junio 2000 (asunto C-404/98, *Josef Plum*).

²⁸ Nótese que las primigenias normas en materia de libre prestación de servicios que recogían disposiciones en materia de desplazamiento de trabajadores ya recogen en su texto el requisito de “vinculación efectiva y continuada con la economía del Estado Miembro”. Este es el caso del Programa General para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en la Comunidad Económica Europea de 1962 [Título I, considerando 1º, apartado 2], la Directiva 64/223/CEE [Considerando 5º] y la Directiva 64/224/CEE [Considerando 5º].

²⁹ Según expone el Abogado General Sr. F.G. Jacobs en sus Conclusiones en el asunto C-202/97 (*FTS*), parágrafo 26.

más ajustada a sus intereses. Finalmente, la empresa Laval acabó suscribiendo un convenio con los sindicatos del país de origen de los desplazados (letones) al no lograr la aquiescencia de los sindicatos suecos³⁰.

Llegados a este punto, debemos determinar en qué consiste, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito relativo a la realización de “actividades significativas”. Nótese que tanto la sentencia *Manpower* como *FTS* vienen referidas a supuestos de desplazamiento realizados por empresas de trabajo temporal, mientras que la Sentencia *Plum* aborda un supuesto de desplazamiento por parte de una empresa auxiliar, en el marco de una contrata transnacional. Concretamente, en la sentencia *Manpower*, el TJUE establecerá el principio, que varias décadas después retomarán las Sentencias *FTS* y *Plum*, desarrollando plenamente su contenido.

Así, en *Manpower* el TJUE establece que la excepción que permite excluir la regla del Estado de empleo en el caso de trabajadores desplazados temporalmente, sólo es aplicable a los trabajadores contratados por empresas que ejercen “actividades significativas” en el territorio del Estado en el que están establecidas, al considerar que sólo dicha interpretación puede conciliar la norma general del artículo 13.2.a) del Reglamento 1408/71 [actual artículo 11 del Reglamento 883/2004]—según la cual los trabajadores están, en principio, sometidos al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en el que ejercen una actividad— con la norma particular que deriva del artículo 14.1 de dicho Reglamento [actual artículo 12.1 del Reglamento 883/2004].

Posteriormente, en *FTS*, el tribunal remitente solicitará al TJUE que le aporte criterios específicos que le permitan establecer la existencia de una vinculación efectiva con el Estado de establecimiento. El Tribunal atiende a la solicitud del órgano jurisdiccional nacional y apunta una serie de elementos de ponderación, entre los que cabe mencionar (a) el lugar del domicilio social de la empresa y de su administración, (b) la plantilla de personal administrativo que trabaja respectivamente en el Estado miembro de establecimiento y en el otro Estado miembro, (c) el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y donde se celebran la mayor parte de los contratos con la clientela, (d) la ley aplicable a los contratos de trabajo celebrados por la empresa con sus trabajadores, por una parte, y con sus clientes, (e) así como, también, el volumen de negocios realizado durante un período suficientemente significativo en cada Estado miembro de que se trate.

En particular, en el supuesto de hecho de la Sentencia, la empresa FTS ejercía todas sus actividades de colocación desde Irlanda, de modo que todos los contratos de trabajo, incluso aquellos que se refieren a su clientela neerlandesa,

³⁰ Vid. Le cas Laval (Vaxholm) - Résumé des faits, Memorandum 5/12/2005 <http://www.etuc.org/a/1882> [7/7/2008], [p. 4, parágrafo 3], [p. 7, párrafos 1- 3].

desa, se celebraban a través de su oficina de Dublín, y mientras que los trabajadores enviados a los Países Bajos se dedican a actividades en los sectores agrícola y hortícola, los que se ponen a disposición de empresas establecidas en Irlanda ejercen sus actividades en otros sectores más cualificados, tales como el sector de informática. En relación a esta última cuestión, el Tribunal, con fundamento en la sentencia *Van der Vecht*, declara que la naturaleza de los trabajos confiados a los trabajadores desplazados no debe formar parte de dichos criterios. Del mismo modo, el Tribunal descarta aplicar, como elemento único de decisión, el relativo al volumen de actividades, considerando que sólo a través de dicho criterio no posible establecer si se están realizando “actividades significativas” en el país de establecimiento. Por consiguiente, deja en manos del tribunal nacional la tarea de examinar la totalidad de elementos que caracterizan las actividades ejercidas por dicha empresa, a fin de establecer si éstas merecen la calificación de “significativas”. Dicho listado de criterios, sin embargo, no se considera exhaustivo, puesto que la elección de los mismos “debe adaptarse a cada caso específico”, según se encarga el Tribunal de puntualizar.

En este pronunciamiento el TJUE aporta cierta luz a esta compleja cuestión, habiendo la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes recogido esta doctrina en su Decisión nº 181. Lo que ha posibilitando que dicha interpretación trascienda del ajustado marco del caso particular analizado por la Sentencia³¹. Como ya hemos adelantado, esta jurisprudencia no afecta únicamente a las empresas de trabajo temporal, sino también a las empresas que contratan trabajadores con el

³¹ Decisión nº 181 de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, de 13 de diciembre de 2000, relativa a la interpretación del apartado 1 del artículo 14, del apartado 1 del artículo 14 bis y de los apartados 1 y 2 del artículo 14 ter del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo relativos a la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y a los trabajadores por cuenta propia que ejercen temporalmente una actividad fuera del Estado competente (en adelante la Decisión nº 181 interpretativa del artículo 14 del Reglamento 1408/71 o Decisión nº 181), Diario Oficial nº L 329 de 14/12/2001, p. 73. Dicha Decisión, en su parágrafo 3.b) ii), in fine dispone: “Para determinar si una empresa de trabajo temporal ejerce habitualmente actividades significativas en el territorio del Estado miembro en el que está establecida, la institución competente de este último deberá examinar la totalidad de los criterios que caracterizan las actividades ejercidas por dicha empresa, entre los que figuran, en particular, la localización de la sede de la empresa y de su administración, la plantilla de personal administrativo que trabaja, respectivamente, en el Estado miembro de establecimiento y en el otro Estado miembro, el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y donde se concluyen la mayoría de los contratos con los clientes, la ley aplicable a los contratos celebrados por la empresa con sus trabajadores, por una parte, y con sus clientes, por otra, así como el volumen de negocios realizado durante un período suficientemente significativo en cada Estado miembro de que se trate”.

objetivo de desplazarlos para la ejecución de una contrata³². En efecto, la Sentencia *Plum*, aplica los criterios establecidos en *FTS*, exigiendo a una empresa auxiliar el cumplimiento del requisito de que la empresa “ejerza normalmente su actividad en el territorio del primer Estado miembro”, lo que significa que ésta debe tener una infraestructura empresarial y emplear habitualmente personal en el país donde esté formalmente establecida. En este pronunciamiento el tribunal remitente cuestionaba la aplicación de las normas de desplazamiento a los trabajadores de una empresa de construcción desplazados a otro país comunitario, dándose la circunstancia de que la citada empresa ejercía la totalidad de sus actividades en el país de destino, a excepción de las de gestión meramente internas. *In casu*, Josef Plum era propietario de dos empresas de construcción en Alemania. Posteriormente, éste funda una sociedad holandesa con domicilio en Heerlen (Países Bajos), con la finalidad de hacer frente a la competencia cada vez más fuerte ejercida en Alemania por las empresas de construcción neerlandesas, cuyos costes salariales y cargas sociales eran inferiores a los de las empresas alemanas. De este modo, la sociedad holandesa, mediante trabajadores contratados en Holanda y desplazados a Alemania, ejecutaba los contratos de prestación de servicios para las dos empresas alemanas del Sr. Plum. Dicha empresa asumía únicamente proyectos de construcción en Alemania, aunque la duración prevista de los trabajos para cada uno de los citados proyectos nunca superaba los doce meses. Pues bien, en aplicación de la doctrina desarrollada en la Sentencia *FTS*³³, el Tribunal no considera que en una situación de esta índole resulte aplicable el artículo 14, parágrafo 1, letra a), del Reglamento 1408/71 [actual artículo 12.1 del Reglamento 883/2004], dado que la empresa de que se trataba no ejercía ninguna actividad económica de importancia en el Estado miembro en el que tenía su domicilio. Por consiguiente, declara que los trabajadores debían estar sometidos a la legislación de Seguridad Social del Estado miembro en el que ejercen efectivamente su actividad. En definitiva, en esta jurisprudencia el requisito que exige una vinculación de la empresa con el Estado miembro de establecimiento se erige como una barrera jurídica frente a las prácticas de las empresas “con domicilio de conveniencia”, que por medio del establecimiento de una estructura empresarial ficticia pretenden defraudar las normas de Seguridad Social del lugar de prestación de servicios.

³² No así a los desplazamientos intragrupo contemplados por el artículo 1, apartado 3º, letra b) de la Directiva 96/71/CE, vid. Moreno i Gené, J. (2003), Aspectos jurídico-laborales de las empresas filiales: la identificación del empresario responsable, Madrid, Tecnos, [p. 320].

³³ STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, *FTS*), parágrafo 53.

3. DETERMINACIÓN DE LA *LEX ORIGINIS*

Es necesario contextualizar la jurisprudencia que se acaba de describir en el marco más amplio de la doctrina relativa a la determinación del país de establecimiento. Pues la aplicación del principio del país de origen exige, como condición necesaria, la determinación del origen de los servicios a fin de establecer el régimen jurídico aplicable *prima facie* al prestador de servicios, lo que despliega importantes efectos laborales³⁴. Así, una regulación laxa en lo concerniente al derecho de establecimiento puede facilitar el fenómeno de la filiación³⁵ con fines de *dumping social*. Como es conocido, el criterio personalista permite gozar de las ventajas de la libre circulación simplemente fijando la sede social en un Estado de la Unión, lo que ha sido objeto de críticas doctrinales, por considerar que favorece la “penetración” económica de las empresas de terceros países³⁶. De modo que el Tribunal de Justicia ha desarrollado como contrapunto un criterio “realista”, combinando el criterio personalista con el principio que exige que el establecimiento en otro Estado miembro implique el “ejercicio efectivo de una actividad económica” —del que se sirve el TJUE para interpretar el derecho derivado en la jurisprudencia que acabamos de describir, pero en la que no se pone en cuestión el propio derecho de establecimiento, pues el Estado de origen en *Plum* o *FTS* no rechazan el establecimiento de tales empresas en su territorio.

En la doctrina francesa, este criterio atiende al “*siège réel*” a la hora de establecer el lugar de establecimiento del prestador de servicios referido a “la sede real o centro de actividades de la empresa”. De modo que si bien se admite una cierta libertad en el establecimiento de la sede de la empresa, se reserva a los Estados, como cuestión de orden público, la posibilidad de no reconocer dicho establecimiento si de todas las circunstancias concurrentes se desprende que la empresa no tiene vinculación económica alguna con dicho país³⁷. El

³⁴ Vid., en este sentido, el considerando 36º ter de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que se conoció en la opinión pública como “Directiva Bolkestein” (en adelante, la Directiva 123/2006 Marco de Servicios).

³⁵ Sobre el fenómeno de la filiación como instrumento de “concentración y descentralización” vid. Moreno Gené, J. (2000), Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filiación, en AAVV, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Zaragoza, [pp. 703-725].

³⁶ Vid. Menjucq, M. (2006), “La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en Derecho de la Unión de sociedades”, Noticias de la Unión Europea n. 252/2006, [pp. 103 y ss] y Vázquez Ruano, T. (2007), “El traslado de domicilio social de la SE a otro Estado miembro de la UE. La necesaria tutela de los intereses y derechos de los colectivos afectados”, Noticias de la Unión Europea n. 270/2007, [pp. 92 y ss].

³⁷ Vid. Hansen, J.L. (2002), “A new look at Centros, from a Danish point of view”, European Business Law Review, n. 1/2002, vol. 13, [p. 86].

derecho de la Unión, sin embargo, sujeta a estrictos requisitos esta posibilidad. Así, de una consolidada jurisprudencia se desprende que una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico la evitación de prácticas abusivas a través de “montajes puramente artificiales” carentes de realidad económica cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate, habida cuenta que el concepto de establecimiento exige “una implantación real de la sociedad de que se trate en el Estado miembro de acogida y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste”³⁸. La constatación de que se trata de una práctica abusiva está sometida a requisitos objetivos, en particular, al nivel de existencia física de la empresa “por lo que a locales, personal y equipos se refiere”, de modo que si de la verificación de tales elementos se dedujese que la empresa constituye una implantación ficticia que no ejerce *ninguna* actividad económica efectiva en el territorio del Estado miembro de acogida, debería considerarse que la creación de la misma tiene el carácter de un montaje puramente artificial³⁹.

De lo anterior se desprende que, al determinar el centro de intereses principales de una sociedad, la presunción *iuris tantum* que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos, que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social, como en el caso de una sociedad «fantasma» que no ejerza *ninguna* actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social⁴⁰.

Es obligado advertir que el TJUE no ha desarrollado propiamente una doctrina en materia de abuso de derecho, sino que suele evaluar tales supuestos a partir del contenido esencial de la libertad comunitaria en cuestión. No cabe así considerar contrarios al derecho de la Unión todos los supuestos de utilización de las libertades comunitarias dirigidas a eludir las normas del país de destino⁴¹. Por otra parte, cuando los Estados tratan de poner medios para evitar los fenómenos de evasión de la ley nacional, se ven sujetos a estrictos condicionamientos. En efecto, el TJUE exige que en la evaluación de la conducta del operador transnacional se tengan en cuenta los objetivos perseguidos por el Tratado⁴² y la necesaria aplicación uniforme del derecho de la Unión en todos

³⁸ STJUE de 12 de septiembre de 2006 (Cadbury Schweppes, C-196/04) [parágrafos 50 y 54].

³⁹ STJUE de 12 de septiembre de 2006 (Cadbury Schweppes, C-196/04) [parágrafos 50 y 54]. La Sentencia Cadbury Schweppes no exige los requisitos de carácter subjetivo que algún pronunciamiento precedente había introducido, restringiendo considerablemente la aplicación de esta doctrina y que estaban relacionados con la concurrencia de un ánimo defraudatorio. Vid. en términos análogos STJUE de 14 diciembre 2000, (Emsland-Stärke, C-110/99) [parágrafos 64 y ss].

⁴⁰ STJUE de 2 de mayo de 2006 (Eurofood IFSC, C-341/04) [parágrafos 34 y 35].

⁴¹ Vid. STJUE 5 de octubre de 1994 (asunto C-23/93, TV10); STJUE de 5 junio de 1997 (asunto C-56/96, VT4); y STJUE de 9 de marzo de 1999, (asunto C-212/97, Centros).

⁴² STJUE 2 de mayo de 1996 (Paletta nº 2, C-206/94).

los Estados⁴³. El TJUE impone así a los tribunales nacionales la obligación de que al juzgar supuestos de evasión no alteren el ámbito aplicativo de las disposiciones comunitarias controvertidas, no debiendo en su interpretación comprometer los objetivos de las mismas⁴⁴.

Como pone de relieve la doctrina⁴⁵, estos términos son tan estrictos que *de facto*, cuando el tribunal se encuentre valorando la inaplicación del derecho de la Unión en caso de fraude será difícil que el tribunal no se vea inmerso en el presupuesto de hecho de la doctrina de “*acte clair*”⁴⁶, debiendo por tanto plantear la correspondiente cuestión prejudicial. De modo que finalmente, la capacidad estatal de actuar directamente contra estos fenómenos se encuentra fuertemente limitada en el fondo y en la forma.

Ahora bien, es necesario diferenciar la doctrina relativa al ejercicio efectivo de una actividad económica, que se enmarca en la jurisprudencia en materia de fraude o abuso de derecho, de la que evalúa supuestos de evasión de la ley nacional a través del desarrollo de actividades orientadas principalmente al territorio de otros Estados sin que concurra el elemento de infraestructura empresarial ficticia, como ocurre por ejemplo en el asunto *Viking*. En estos casos, el TJUE suele resistirse a considerar que los operadores económicos transnacionales incurran en un incumplimiento del derecho de la Unión⁴⁷.

En los dos asuntos paradigmáticos en este sentido en el ámbito laboral, *Viking* y *Laval*, el Tribunal evita pronunciarse sobre el uso de la libertad de establecimiento para valerse de las condiciones de trabajo establecidas en dicho país. Así, en el caso *Laval*, los sindicatos suecos denunciaron, apoyándose en la doctrina contenida en *Rush Portuguesa* que la actividad de la empresa Laval consistía “en colocar temporalmente personal originario de Letonia en sociedades que ejercen su actividad en el mercado sueco, [a fin de] eludir el conjunto de obligaciones que se derivan de las leyes y los reglamentos suecos relativos a los convenios colectivos y pretende, invocando las disposiciones del Tratado relativas a los servicios y la Directiva 96/71, aprovechar de modo indebido las posibilidades ofrecidas por el Derecho de la Unión”⁴⁸.

En efecto, la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC) ofreció información a la opinión pública desde el inicio del conflicto que parece confirmar esta afirmación. En concreto, de la documentación que ha publicado ETUC se despren-

⁴³ STJUE 12 de marzo de 1996 (Pafitis, C-441/93).

⁴⁴ STJUE de 12 de mayo de 1998 (Kefalas, C-367/96).

⁴⁵ Kjellgren, A. (2002), “On the Border of Abuse: the jurisprudence of the European Court of Justice on circumvention, fraud and abuses of community law”, en Andenas, M./Roth W.H., Services and free movement, Oxford, Oxford University Press, [pp. 272 y ss.].

⁴⁶ Vid. STJUE de 6 de octubre de 1982 (CILFIT, asunto 283/81).

⁴⁷ Vid. STJUE 5 de octubre de 1994 (asunto C-23/93, TV10); STJUE de 5 junio de 1997 (asunto C-56/96, VT4); y STJUE de 9 de marzo de 1999, (asunto C-212/97, Centros).

⁴⁸ STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, Laval un Partneri) [párrafo 44].

de que los convenios colectivos que la empresa Laval se negó a firmar en relación con los trabajadores letones y que motivó las acciones sindicales objeto de controversia eran del mismo tipo a los que previamente había suscrito en relación con su propio personal⁴⁹. Así, las cuentas anuales de la empresa letona reflejaban que en el periodo 2002-2003, es decir un año después de establecer la filial en Suecia, ya no disponía de trabajadores propios sino que el trabajo se realizaba a través de trabajadores de la matriz en Letonia o a través de otros subcontratistas. La cifra de negocios en dicho periodo alcanzaba los 20.553.552 coronas suecas, cifra que en un 80% provenía de los trabajos asumidos por los trabajadores la empresa letona⁵⁰, de modo que la empresa Laval difícilmente hubiera superado el test en materia de actividades significativas de la sentencia *FTS*⁵¹. Sin embargo, el Abogado General refirió que “no hay prueba alguna en los autos que demuestre ni indique siquiera que las actividades de Laval hubiesen estado total o principalmente orientadas al territorio sueco con el fin de eludir las normas que les serían aplicables de haber estado establecida dicha empresa en Suecia”⁵². El TJUE, por su parte, evita posicionarse al respecto acudiendo a argumentos de naturaleza procesal⁵³.

En *Viking*, el tribunal remitente solicita una resolución de caso desde una aplicación conjunta de la libre circulación de servicios en su doble vertiente temporal y permanente⁵⁴. Sin embargo, el TJUE no aborda una interpretación del derecho material que permita delimitar los objetivos legítimos susceptibles de ser amparados por cada una de las libertades, pese a que en la descripción de los hechos de la Sentencia se recoge expresamente que “la sociedad matriz desea reabanderar el buque del Estado B, para aplicar las condiciones menos favorables que las del Estado A”⁵⁵. De haberse pronunciado sobre el fondo el TJUE tendría que haberse posicionado respecto de la licitud de la subcontratación, y en su caso, del prestamismo laboral, en el que incurren las empre-

⁴⁹ Le cas Laval (Vaxholm) - Résumé des faits, Memorandum 5/12/2005 <http://www.etuc.org/a/1882> (consulta 7/7/2008), [p. 1, párrafos 4], [p. 3 párrafo 5].

⁵⁰ Ibid. [p. 1, párrafo 4].

⁵¹ STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, *FTS*), párrafo 53.

⁵² Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 23 de mayo de 2007 (asunto C-341/05, *Laval*) [párrafo 109].

⁵³ STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, *Laval un Partneri*) [párrafos 43-44].

⁵⁴ Vid. STJUE 11 diciembre 2007 (*Viking*, asunto C-438/05), [párrafo 27]. El Tribunal solicita la interpretación, junto con el artículo 43 TCE (actual 49 TFUE) del Reglamento (CEE) nº 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros (DO L 378, p. 1). El Reglamento 4055/86 tiene como finalidad la abolición de obstáculos a la libre circulación de servicios, que en este ámbito no se enmarca en el contexto del artículo 56 TFUE (en este caso, referido al antiguo artículo 49 TCE), puesto que la libre circulación en materia de servicios de transportes marítimos se ha de regir por las disposiciones del capítulo relativo a los transportes [Vid. Considerandos 1 y 2].

⁵⁵ STJUE 11 diciembre 2007 (*Viking*, asunto C-438/05), [párrafo 27, apartado 9].

sas que se sirven de las posibilidades ofrecidas por el artículo 56 TFUE para acceder a bajos costes salariales a través de operadores extranjeros, es decir, amparándose en las normas del mercado interior de servicios.

En este sentido, procede recordar que la Sentencia *Arblade* al interpretar el artículo 49 TCE, relativo a la libre prestación de servicios [actual artículo 56 TFUE] y la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁵⁶ se remitió *obiter cita* a la doctrina general en materia de abuso del derecho de la Unión, cuando declara que “ha quedado acreditado, por una parte, que *Arblade* y *Leloup*, establecidos en Francia, se desplazaron, con arreglo a los artículos 59 y 60 del Tratado, a otro Estado miembro, concretamente a Bélgica, para ejercer en él actividades de carácter temporal y, por otra, que sus actividades no se dirigieron total o principalmente a este último Estado con el fin de eludir las normas que les serían aplicables en el caso de que estuvieran establecidos en el territorio de ese Estado”. Tal declaración implica *sensu contrario* que el Tribunal de Justicia no otorgará cobertura a prestadores de servicios cuyas actividades estén destinadas a eludir las normas que les serían aplicables si estuvieran establecidos en el territorio de ese Estado⁵⁷.

Sin duda, la libertad de establecimiento constituye un poderoso instrumento en el proceso de integración de un auténtico mercado interior de servicios⁵⁸ siendo su objetivo “permitir a un nacional de un Estado miembro crear un establecimiento secundario en otro Estado miembro para ejercer en él sus actividades y favorecer de este modo la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad”⁵⁹. La libertad de establecimiento implica, a tal efecto, “la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, y de que se beneficie de ello”⁶⁰. A este respecto, el TJUE debería explicitar si la posibilidad de participar y beneficiarse de forma estable

⁵⁶ Las disposiciones de la Directiva 96/71 no estaban en vigor en el momento de los hechos del asunto *Arblade*. No obstante, con apoyo en la STJUE de 29 de octubre de 1998, (*Awoyemi*, C-230/97), el TJUE decide tener en cuenta las disposiciones más favorables de la Directiva 96/71. Vid. párrafo 29 STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*).

⁵⁷ Vid. párrafo 32 de la STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*).

⁵⁸ Hansen, J.L. (2002), “A new look at Centros, from a Danish point of view”, *European Business Law Review*, n. 1 (vol. 13)/2002, [p. 93].

⁵⁹ STJUE de 21 de junio de 1974, (*Reyners*, 2/74), [párrafo 21].

⁶⁰ STJUE de 30 de noviembre de 1995 (*Gebhard*, C-55/94) [párrafo 25]. En este contexto, el concepto de fraude que maneja el tribunal comunitario en materia de libertad de establecimiento parte del presupuesto de que “a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa” [STJUE de 14 diciembre 2000, (*Emsland-Stärke*, C-110/99) [párrafos 52 y 53].

en la vida económica de un Estado miembro implica también que el empresario pueda sacar provecho de las ventajas de costes sociales existentes en dicho país⁶¹, siendo por tanto lícita la existencia de un cierto nivel de competencia social en el mercado interior. Desafortunadamente, la doctrina sí que ha visto en la laxitud del Tribunal respecto de la utilización del derecho de establecimiento con fines de *forum shopping* una vía de entrada de la libre competencia como mecanismo regulador o “nivelador” de los niveles óptimos de regulación en el mercado interior, es decir como una nueva fórmula de integración negativa que somete a presión a la baja a los sistemas jurídicos “ineficientes” desde el punto de vista de la libre competencia⁶².

4. LA EXIGENCIA DE UN GENUINO VÍNCULO LABORAL

La existencia de un genuino vínculo laboral constituye un elemento definitorio esencial tanto del concepto de trabajador migrante contenido artículo 45 TFUE (antiguo artículo 39 TCE), como del concepto de trabajador desplazado en el ámbito de la Directiva 96/71/CE. Concretamente, ésta última norma exige tal requisito en los tres supuestos contemplados por el apartado 3 del artículo 1⁶³. Esto explica que el TJUE haya reconocido en las Sentencias *Rush Portuguesa y Comisión contra Luxemburgo* (C-445/03) la legitimidad de la intervención estatal en la prevención de la cesión ilegal de trabajadores desplazados, admitiendo expresamente la potestad de los Estados miembros de comprobar si los prestadores de servicios que envían a su territorio trabajadores desplazados “utilizan la libre prestación de servicios con un fin que no sea la ejecución de la prestación de que se trate, como, por ejemplo, transferir a su personal para facilitar su colocación o garantizar su disponibilidad”, aunque tales controles deben respetar los límites establecidos por el Derecho de la Unión, “en particular, los derivados de la libre prestación de servicios, que no puede reducirse a límites iluso-

⁶¹ En línea con lo expresado, en materia de libre prestación de servicios, por el Abogado General Pieter Verloren Van Themaat en su Conclusiones presentadas el 16 de diciembre de 1981, (asuntos 62 y 63/81, Seco y Desquenne) [p.45].

⁶² Perrone, A. (2001), “Della liberta di stabilimento alla competizione fra ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros”, *Rivista delle società* 2001, [pp. 1293-1307].

⁶³ Así, en primer lugar, la Directiva 96/71/CE se refiere a las empresas que desplazan tales trabajadores por su cuenta y bajo su dirección en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios “siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento [letra a) del apartado 3 del artículo 1)]. También el requisito del mantenimiento del vínculo laboral se exige en el caso de desplazamientos intragrupo [letra a) del apartado 3 del artículo 1)]. Y por último, en el caso del desplazamiento por parte de una empresa de trabajo temporal [letra a) del apartado 3 del artículo 1)], siempre que “exista una relación laboral entre ésta y el trabajador desplazado”, aunque en este caso no se hace referencia, lógicamente, al poder de dirección.

rios y cuyo ejercicio no puede dejarse a la discreción de la administración”⁶⁴. Debe destacarse la importancia de esta jurisprudencia, pues como ya se dijo, permite expulsar los supuestos de cesión ilegal de trabajadores desplazados del ámbito de protección del artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios. Concretamente, en *Rush Portuguesa* se rechaza la cesión ilegal en tanto que negocio jurídico en fraude de las libertades comunitarias, pues no existiendo derecho a acceder al mercado del personal extracomunitario, se contraviene el Acta de Adhesión si las empresas “se sirven” del artículo 56 TFUE para lograrlo. En consecuencia, a menos que la empresa que desplaza trabajadores se encuentre prestando servicios actuando directamente como empresario no se reconoce el derecho a introducir personal en el mercado de otro Estado miembro⁶⁵. Esta doctrina se ha sintetizado por las Orientaciones de la Comisión (2006) del modo siguiente: “El Tribunal, en su jurisprudencia, ha admitido que los Estados miembros pueden comprobar si las empresas realizan un uso indebido de la libre prestación de servicios [mediante la colocación] de trabajadores de terceros países en el mercado laboral del Estado miembro de acogida”⁶⁶.

También las posibilidades ofrecidas por el primer apartado del artículo 12 del Reglamento 883/2004 de acogerse a la ley del país de origen están sujetas a similares garantías, a fin de evitar su utilización para la cesión ilícita de trabajadores. Para comenzar, de conformidad con el apartado 4 de la mencionada Decisión nº 181 de la Comisión la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, el derecho de la Unión deja de aplicarse, por falta de vínculo laboral, si la empresa a la que el trabajador por cuenta ajena está destinado pone este trabajador a disposición de otra empresa. En este sentido, no se considera aceptable que el desplazamiento que implique la concatenación de distintas cesiones de trabajadores, y en particular en los siguientes casos:

—si la empresa a la que se destaca el trabajador pone a éste a disposición de otra empresa del Estado miembro donde se encuentra;

—si la empresa a la que se destaca el trabajador pone al trabajador destacado a disposición de una empresa situada en otro Estado miembro;

—o si el trabajador es contratado en un Estado miembro para ser enviado por una empresa situada en un segundo Estado miembro a una empresa de un tercer Estado miembro.

⁶⁴ STJUE de 27 de marzo de 1990, (asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*) [parágrafo 17]; STJUE 21 octubre 2004 (asunto C-445/03, *Comisión/ Luxemburgo*) [parágrafo 39].

⁶⁵ Sobre la posibilidad de que la libre prestación de servicios pueda amparar la cesión ilegal vid. Lyon-Caen, G. / Lyon-Caen, A. (1991), *Droit social international et européen*, Paris, Dalloz, [pp. 199-200].

⁶⁶ COM (2006) 159 final, op.cit., [sección 2].

Esta interpretación afecta fundamentalmente a las empresas de trabajo temporal y a la subcontratación en cadena. La figura del desplazamiento en estos casos consiste en poner trabajadores a disposición de otra empresa o subcontratarlos, y si la empresa receptora, a su vez, pone estos trabajadores a disposición de una tercera empresa, el vínculo entre estos trabajadores y la primera empresa se quiebra, y por tanto el apartado 1 artículo del 12 del Reglamento 883/2004 no resultará aplicable.

En relación a esta cuestión, el Tribunal de Justicia ya en su primera Sentencia concerniente al desplazamiento de trabajadores, en interpretación del artículo 13 del Reglamento nº 3 (1958), imposibilita la aplicación de los beneficios que otorga dicha norma en los supuestos en los que no existe un genuino vínculo laboral⁶⁷. La Sentencia *Van der Vecht* considera así esencial deducir del conjunto de las circunstancias de empleo si el trabajador sigue estando bajo la “autoridad” de dicho empresario a lo largo de todo el período por el que ha sido destacado. Por otra parte, según los términos de la Sentencia *Manpower*⁶⁸, el trabajo se considerará efectuado por cuenta de la empresa del Estado de envío cuando dicho trabajo se efectúe para dicha empresa y siempre que subsista un vínculo orgánico entre el trabajador y la empresa que lo ha destacado. Para determinar si existe dicho vínculo con la empresa de envío, el TJUE se refiere a varios elementos de calificación jurídica, y en particular a si la empresa de envío ostenta “la responsabilidad en materia de contratación, contrato de trabajo y despido, y la posibilidad de determinar la naturaleza del trabajo”. Con esto se considera suficiente para probar la existencia de dicho vínculo, pese a que en el contrato de trabajo de los trabajadores desplazados se establecía que las condiciones de trabajo y normas disciplinarias serían las establecidas en el Reglamento interno de la empresa usuaria⁶⁹. Ciertamente esta jurisprudencia

⁶⁷ STJUE de 5 de diciembre de 1967 (asunto 19/67, *Van der Vecht*) [p. 354]. Esta doctrina es revisitada por la Sentencia FTS en los siguientes términos: “A este respecto, basta destacar, como se deduce de todas las observaciones presentadas, que este concepto exige, de conformidad con la Decisión núm. 128, el mantenimiento de un vínculo orgánico entre la empresa establecida en un Estado miembro y los trabajadores por ella desplazados en el territorio de otro Estado miembro durante el tiempo de su desplazamiento. Para establecer la existencia de dicho vínculo orgánico, es esencial deducir del conjunto de circunstancias de la ocupación que el trabajador se halla subordinado a dicha empresa”.

⁶⁸ STJUE de 17 de diciembre de 1970, (asunto 35/70, *Manpower*) [parágrafos 14 a 20]. La doctrina contenida en *Manpower* ha sido posteriormente revisitada por la Sentencia FTS que también concierne un desplazamiento por ETT, y que establece como prerrequisito de la aplicación del artículo 14.1 “el mantenimiento de un vínculo orgánico entre la empresa establecida en un Estado miembro y los trabajadores por ella desplazados en el territorio de otro Estado miembro durante el tiempo de su desplazamiento. Para establecer la existencia de dicho vínculo orgánico, es esencial deducir del conjunto de circunstancias de la ocupación que el trabajador se halla subordinado a dicha empresa”. STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, FTS), [parágrafo 21-25].

⁶⁹ STJUE de 17 de diciembre de 1970, (asunto 35/70, *Manpower*), [parágrafo 5].

se sirve de elementos de carácter predominantemente formal para establecer la existencia de un vínculo laboral, pues al tratarse de desplazamientos empresas de trabajo temporal el poder de dirección se atribuye a la empresa usuaria. De modo que estos criterios no resultarán de especial utilidad en el caso de contrata y subcontratas⁷⁰.

En este sentido, es relevante acudir a las tesis de Molero Marañón (2006) cuando señala que no todos los criterios que determinan la laboralidad de una prestación de servicios tienen la misma importancia a la hora de distinguir la contrata de la cesión ilegal, destacándose la dependencia o subordinación como el criterio determinante frente a todos los demás, mientras que son “criterios menores para la identificación del empresario” en relaciones triangulares, la titularidad del contrato de trabajo, el poder sancionador y el requisito de ajenidad, ya que tanto el contratista o subcontratista como el comitente reciben el “beneficio o utilidad patrimonial” del trabajo. Considera por tanto esta autora que “las nuevas formas de organización del trabajo alteran el juego de la calificación de la laboralidad de una relación contractual, pudiendo crearse incluso un conflicto entre ellas cuando el que dirige la prestación no es el que retribuye o cuando el que se apropia del trabajo no es el que tiene el poder de dirección”, insistiendo por tanto en la nota de la dependencia a fin de reconocer el verdadero empresario frente al resto de criterios⁷¹. Así lo prueba la doctrina del Tribunal Supremo basada en la teoría del empresario efectivo⁷², donde la actuación empresarial en el marco de la contrata constituye el elemento clave de calificación jurídica⁷³.

5. LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA CON EL EMPRESARIO DEL PAÍS DE ORIGEN

El requisito de la subordinación como criterio para deslindar la contrata de la cesión ilegal por el momento no ha obtenido particular desarrollo en la ju-

⁷⁰ Nótese que la Decisión n° 181 de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes hace extensivos estos criterios, de carácter formal, para determinar la existencia de la relación laboral a cualquier tipo de desplazamiento cubierto por el artículo 14.1 del Reglamento 1408/71 [apartado 1], incluida la subcontratación. Sobre la naturaleza no vinculante de las Decisiones de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, puede consultarse la Sentencia de 5 de diciembre de 1967 (asunto 19/67, Van der Vecht), [p. 355].

⁷¹ Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, op.cit., [pp. 589-625].

⁷² Vid. Valdés Dal-Ré, F. (2007), “La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia”, op.cit., pp. 157-167.

⁷³ STS de 31 de octubre de 1996 (Ar. 8186), STS 19 de noviembre de 1996 (Ar. 8666) y STS 20 de julio de 1999 (Ar. 6839).

risprudencia comunitaria en materia de desplazamiento de trabajadores⁷⁴. Bien es conocido que ésta es una tarea plagada de dificultades, ya que los indicios de dependencia que sirven para establecer la existencia de una relación de trabajo en relaciones puramente bilaterales no se adaptan bien en el caso de relaciones triangulares⁷⁵. A estas dificultades se ha tratado de enfrentar la jurisprudencia española, que según describe Molero Marañón (2006) ha acabado otorgando un margen de dirección *de facto* al empresario principal, atendiendo a que “el modo de configuración de la prestación laboral va necesariamente ligado al proceso productivo en el que se inserta”, resultando por tanto difícil discriminar el límite entre el margen de dirección permitido y el prohibido, siendo éste, de acuerdo con esta autora, el reto teórico en el que descansa la delimitación entre una cesión ilícita y la contrata a fin de esclarecer “el reparto de deberes y facultades [...] entre las entidades que pactan el proceso de subcontratación, fundamentalmente cuando la contrata afecta a los servicios que se desarrollan en la sede física del principal, siendo lo esencial la prestación laboral que lleva a cabo el personal contratado”⁷⁶.

Esta labor de clarificación de los elementos definidores del vínculo laboral en el marco de una contrata se revela particularmente necesaria en el caso de los trabajadores desplazados, pues éstos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad jurídica frente al prestamismo laboral. En este sentido debe recordarse que en *Webb*⁷⁷ la actividad empresarial de puesta a disposición de trabajadores se contempla como una actividad de “especial naturaleza”⁷⁸, que merece un tratamiento prudente en tanto que cuestión “sensible” socialmente⁷⁹, admitiéndose en este momento incluso la posibilidad de que el Estado

⁷⁴ Sobre al aplicación de este criterio a las relaciones laborales de carácter internacional vid. Lyon-Caen, G. (1991), *Les relations de travail internationales*, Paris, Liaisons, [pp. 40 y ss.].

⁷⁵ Vid. sobre este particular Rodríguez Ramos, M.J. (1995), *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Madrid, Tecnos, cuyo estudio se funda en la propuesta de Directiva de 17 de junio 1993, del Consejo de la Unión Europea, relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, [p. 97].

⁷⁶ Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *op.cit.*, [pp. 589-625].

⁷⁷ STJUE de 17 de diciembre de 1981, (asunto *Webb*, 279/80) [parágrafo 10].

⁷⁸ Como se recordará, aún no se había aprobado en la OIT el convenio sobre agencias privadas de empleo Convenio n. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949. Ratificado por España el 05/05/1971, aunque denunciado posteriormente el 15/06/1999 al ratificar el Convenio n. 181, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convidisp1.htm> [consulta 04/01/2008].

⁷⁹ Vid. en el mismo sentido STJUE de 18 Enero 1979 (asuntos 110 y 111/78 *Wesemael*). Nótese que en este pronunciamiento la prestataria sólo ejercía de «agencia retribuida de ocupación» (en los términos del Convenio 96 de la OIT), es decir de intermediaria, pero no asume la posición de empleador, de modo que no produce propiamente un desplazamiento de trabajadores. En cambio, en *Webb* la empresa está constituida como una ETT, que asume la posición de empresario, pero pone a disposición de un tercero en otro país comunitario los servicios de sus empleados, que en este caso sí son desplazados en el sentido del *Rush Portuguesa* y posteriormente de la Directiva 96/71/CE.

de acogida sometiese a estrecho control las empresas que realizan este tipo de actividad⁸⁰.

Así, en el desplazamiento de trabajadores esta relación triangular se establece en términos de “dislocación territorial”⁸¹, en palabras de Cruz Villalón (2000), por la intervención de un tercer sujeto, que recibe directamente la prestación del trabajador en otro país. De modo que la distancia entre el empresario y el trabajador, por una parte, y la cercanía del contratista o subcontratista, de otra, facilita considerablemente una disociación de las facultades empresariales entre el titular real y el titular formal de la relación de trabajo. Esto puede ciertamente conducir a situaciones de mera intermediación para la aportación de la mano de obra a otra empresa en el país de destino, que gestiona, organiza y dirige la actividad laboral desarrollada por el trabajador desplazado, obteniendo rendimiento lucrativo de la misma, pero sin asumir las consecuencias derivadas del contrato de trabajo⁸².

La empresa contratista o subcontratista tendrá por tanto dificultades para el ejercicio de sus facultades de dirección desde su país de origen, especialmente cuando se subcontratan tareas de escasa cualificación que no admitan un cierto nivel de autonomía por parte del empleado. Quedando ciertamente restringida, al encontrarse en otro país, la posibilidad de emitir órdenes generales o particulares en cuanto a la organización del trabajo, la distribución del horario, así como para llevar un control *in situ* del trabajo realizado, por lo que a menos que exista un representante del empresario en el país de destino existe un riesgo elevado de cesión de tales poderes directivos a la empresa que lo contrata o subcontrata. En este sentido, si bien puede resultar útil la práctica empresarial de designar de entre los trabajadores algún responsable “que permite suplir la distancia física entre los trabajadores de la auxiliar y su empresa, sirviendo simultáneamente de intermediario entre la empresa subcontratada y la principal”, cuando los tribunales examinan en nuestro país dicha práctica proceden habitualmente a comprobar si dicho responsable tiene poder de decisión real o si se limita a transmitir a dichos trabajadores las órdenes del empresario principal⁸³.

El requisito de una genuina vinculación laboral en la Directiva 96/71/CE

⁸⁰ STJUE de 17 de diciembre de 1981, asunto Webb, 279/80) [apartado 18].

⁸¹ Cruz Villalón, J. (2000), “Outsourcing y relaciones laborales”, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTAS [p. 314] apunta a las dificultades procesales y de ejecución de las obligaciones contenidas en el artículo 42 ET, así como a los “efectos negativos de dumping social asociados a las formas transnacionales de externalización de la producción”.

⁸² Vid. Gómez Abelleira, F.J./ Madamé Martín, A. (2007), “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, op.cit., [p. 30 y ss]

⁸³ Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, op.cit., [pp. 589-625].

sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, constituye por tanto un elemento de eficacia práctica limitada, en primer lugar, por la ausencia de una concreción jurisprudencial por parte del TJUE del requisito dependencia en este ámbito material⁸⁴ y, en segundo lugar, por el necesario sometimiento en la interpretación de este requisito a la consecución de la finalidad económica del artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios. Realmente, la exigencia de vínculo auténtico en la Directiva 96/71/CE sólo tiene utilidad en la evitación de fenómenos empresariales interpositivos⁸⁵ cuando, en virtud del apartado 2º del artículo 2 de la Directiva 96/71/CE, los Estados desarrollan el contenido jurídico que cabe atribuir al vínculo laboral desde presupuestos jurídicos nacionales.

Así, aplicando a los trabajadores desplazados los criterios desarrollados a nivel interno por el Tribunal Supremo se logra un adecuado tratamiento del elemento de dependencia —ya que la Directiva en su artículo 1, apartado 3º, se refiere expresamente a que el desplazado esté sometido al poder de dirección de su empleador. De este modo, las actividades desarrolladas por “falsas contratas” transnacionales quedarían situadas en el extrarradio de aplicación de la Directiva 96/71/CE, lo que comportaría la aplicación de la legislación laboral de carácter imperativo del país en donde se presten dichos servicios, evitando de este modo el efecto de *dumping social* derivado de tales actividades. En este sentido, ha señalado la doctrina que “la única forma efectiva de evitar este efecto es asegurar la aplicación de las normas laborales del Estado en el que se vayan a prestar los servicios”⁸⁶.

En efecto, como apunta Casas Bahamonde (2002), cuando la Directiva 96/71/CE se aparta de una caracterización comunitaria del concepto de traba-

⁸⁴ Nótese que los trabajadores desplazados comunitarios no se encuentran protegidos por las disposiciones contenidas en el artículo 45 TFUE, ni les resulta de aplicación la jurisprudencia que interpreta este requisito en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. Vid., entre otras, STJUE de 21-10-2004, (asunto C-445/03, Comisión c. Luxemburgo), [parágrafo 38]; STJUE de 25-10-2001, (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-54/98, C-68/98 y C-71/98, Finalarte), [parágrafo 22]. En el ámbito de los acuerdos de asociación véase STJUE 21 octubre 2003 (asuntos acumulados C-317/01 y C-369/01, Abatay y Sahin), [parágrafo 115].

⁸⁵ Pese a que la Comisión durante la tramitación de las propuestas que llevaron a la aprobación de la Directiva 96/71/CE insistió en la importancia del ejercicio efectivo del poder de dirección, este requisito finalmente no quedó explicitado en la norma. Vid. en este sentido, Martínez Murillo, J.J. (1991), “Cesión de trabajadores, subcontratación y dumping social”, Gaceta Jurídica CEE n. B-61/1991, [p. 19]. En contra de la aplicación de la ley destino a fin de evitar el dumping social, vid. Gutiérrez-Solar Calvo, B. (2000), El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea, Pamplona, Aranzadi, [p. 134].

⁸⁶ Carrascosa González, J. / Rodríguez Piñero Royo, M. (1996), “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español”, Relaciones Laborales n. 10/1996, [p. 1356].

jador⁸⁷ y se remite, en su artículo 2, apartado 2º, a las legislaciones nacionales para la determinación de la existencia de una relación laboral, en nuestro ordenamiento nos conduce a la noción contenida en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores⁸⁸. Le corresponde por tanto al país de acogida definir lo que es un trabajador⁸⁹, lo cual constituye un reducto de control estatal esencial, que se escapa del principio del país de origen⁹⁰.

Baste señalar en este sentido que la posibilidad de acotar en el nivel estatal este concepto comunitario permite establecer ciertas limitaciones —desde los criterios desarrollados por la jurisprudencia española en materia de dependencia— a la cesión ilegal y al desplazamiento de “falsos autónomos”. Estos criterios sin duda resultan eficaces en la identificación de los fenómenos interpositivos, aunque como ha advertido la doctrina, sería más adecuado que el punto de partida de la conformación legal y jurisprudencial de este instituto jurídico no exigiera “la obligada selección dentro de la relación triangular de único y exclusivo empresario, cuando realmente la posición empresarial es asumida por un sujeto plural”⁹¹.

Así pues, la aplicación del derecho del mercado interior produce *de facto* una “ruptura de la relación triangular y la vinculación, ya no fáctica, sino jurídica entre el cesionario y los trabajadores”⁹² que hace bueno el principio, con-

⁸⁷ En el ámbito de la Unión debe distinguirse el concepto laboral de trabajador conforme al artículo 39 TCE [actual 45 TFUE] del concepto en materia de Seguridad Social del artículo 42 TCE [actual 48 TFUE]. Vid. en este sentido Sánchez-Rodas Navarro, C. (2002), “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales n. 37/2002, [p. 55 y ss.].

⁸⁸ Casas Baamonde, M. E. (2002), “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”, en Casas Bahamonde, M.E./ Del Rey Guanter, S. (Dirs.), Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, Madrid, CES, [p. 11]. En el mismo sentido, Gutiérrez-Solar Calvo, B. (2000), “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, Actualidad Laboral n. 2/2000, [p. 18].

⁸⁹ Vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (2006/2038(INI)) de 26 Octubre 2006, [P6_TA(2006)0463], [p. 2, parágrafo C.]

⁹⁰ Esto no es valorado positivamente por la Comisión, por entender que las “distintas definiciones de trabajador han planteado dificultades, especialmente en el marco de la aplicación de las directivas sobre el desplazamiento de los trabajadores y las transferencias de empresas”. COM(2006) 708 final, op.cit., [p.16].

⁹¹ Molero Marañón, M.L. (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, Relaciones Laborales n. 2/2006, [pp. 589-625]. También en este sentido Seoane García, A. (2006), “Régimen Jurídico del contrato de trabajo en las empresas contratistas: modalidades de contratación, sucesión empresarial y extinción del contrato de trabajo”, ponencia presentada a las Jornadas de Estudio “Problemas jurídicos de la descentralización productiva: contratas y subcontratas”, CCOO/Jueces para la Democracia/ Fraternidad-Muprespa, 26-27 enero 2006, [pp. 3-5].

⁹² Rodríguez Ramos, M.J. (1995), La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994, Madrid, Tecnos, [pp. 95-96].

tenido en nuestro artículo 6.4 del Código Civil, en virtud del cual la constatación de los elementos definitorios de fraude acarrea la aplicación precisamente de la norma que se hubiera tratado de eludir. En efecto, en caso de empresario aparente o de inexistencia de vínculo laboral no nos encontraríamos ante una prestación de servicios amparada por el artículo 56 TFUE, puesto que esta disposición, conforme a *Rush Portuguesa*, sólo se permite a los operadores transnacionales a desplazarse con *su* personal. De esta forma, los trabajadores que se encuentren desplazados en un Estado Miembro sin la cobertura del artículo 56 TFUE quedarán integrados en el mercado laboral de destino. De tratarse de trabajadores extracomunitarios éstos quedarán sometidos al orden público laboral; mientras que los trabajadores comunitarios, en virtud de la aplicación el artículo 45 TFUE (ex artículo 39 TCE), relativo la libre circulación de trabajadores, tendrán derecho a trabajar en dicho mercado en las mismas condiciones que los nacionales.

No obstante, esta potestad de intervención estatal en la determinación del concepto de trabajador puede verse alterada si las propuestas de actuación de la Comisión finalmente derivan en la adopción de una medida comunitaria⁹³, pues en la última Resolución sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo se “pide a la Comisión que inicie negociaciones con carácter de urgencia con los Estados miembros, con el objetivo de instaurar criterios transparentes y coherentes para determinar el estatuto de los «trabajadores» y los «autónomos» según el derecho laboral”⁹⁴.

6. CONCEPTO DE TRABAJADOR: PROCESOS ABIERTOS DE REFORMA

Según el parecer de la Comisión persisten importantes barreras legislativas, además de los dispositivos nacionales de control, frente a la subcontratación transnacional de mano de obra. Fundamentalmente, la Comisión considera que las disposiciones nacionales que establecen (a) la responsabilidad solidaria de contratistas y subcontratistas, (b) la prohibición de cesión ilegal de trabajadores y (c) la presunción de laboralidad pueden obstaculizar la plena realización del mercado interior⁹⁵. También la mencionada Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE subraya “las dificultades de aplicar la Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores

⁹³ Vid. pregunta escrita E-4931/09 de Alan Kelly (S-D) a la Comisión sobre la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores de 13/10/2009 [P7_QUE(2009)4931].

⁹⁴ Vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (2006/2038(INI)) de 26 Octubre 2006, [P6_TA(2006)0463], [p. 4-5, párrafos 7, 8, 9 y 10].

⁹⁵ COM (2006) 708 final, op.cit., [p. 14].

a causa de las diferencias de interpretación de determinados conceptos clave, como «trabajador», «salario mínimo», [o] «subcontratación»⁹⁶. De ahí que la Comisión haya planteado dos frentes de posible reforma legislativa: el primero apunta a los sistemas de responsabilidad solidaria, mientras que el segundo incide en la necesidad de establecer un concepto comunitario de trabajador desplazado o una cierta armonización de las nociones existentes a nivel nacional⁹⁷, cuestión, ésta última, que guarda una estrecha relación con el sustento teórico de la noción de la cesión ilegal de trabajadores.

Como se recordará, la Recomendación de la OIT núm. 198 sobre la relación de trabajo (2006), cuya aprobación coincidió con los últimos estertores de la tramitación de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios (conocida como “Directiva Bolkestein”), contextualizó el problema de la determinación de la relación de trabajo en el marco de las prestaciones de servicios transnacionales⁹⁸. En dicha Recomendación se establece como mecanismo importante en la determinación de una relación laboral la consagración de una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios de laboralidad⁹⁹. Sin embargo, a nivel comunitario estos mecanismos pueden resultar difíciles de conciliar con la protección de la libre prestación de servicios, que exige que las normas nacionales que establezcan presunciones de laboralidad no se erijan en un obstáculo al comercio de servicios¹⁰⁰.

No sólo el Parlamento Europeo ha señalado la necesidad de hacer converger las definiciones nacionales de «trabajador», la Confederación Europea de Sindicatos (ETUC) también se ha mostrado favorable “al establecimiento de un marco jurídico de apoyo a escala comunitaria, consistente en una combinación de «reglas del juego» y de algunas normas mínimas de la UE para sentar una «base de derechos», a la vez que se respetan las políticas sociales y las relaciones laborales nacionales”¹⁰¹. De modo análogo, las ONG sociales han

⁹⁶ Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (2006/2038(INI)) de 26 Octubre 2006, [P6_TA(2006)0463], [p. 4, parágrafo 2].

⁹⁷ Vid. COM (2006) 708 final, op. cit. [p. 14, apartado (c) y p. 16, apartado (e)].

⁹⁸ Vid. considerandos 12º y 13º y apartado 6 de la Sección I de la Recomendación de la OIT núm. 108.

⁹⁹ Vid. apartado 11, letra b) de la Sección II y apartado 12 en relación a los indicios de laboralidad, estableciéndose también la necesidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, como es el caso de la subordinación o la dependencia.

¹⁰⁰ Cf. en cuanto a la laboralidad de los guías turísticos STS de 10 abril 1995 [RJ 1995\3040] y la STJUE de 5 de junio de 1997 (Syndesmos, C-398/95); vid. también en relación a una norma francesa que establecía el carácter laboral de la prestaciones efectuadas por artistas STJUE 15 de junio de 2006 (C-255/04, Comisión contra Francia).

¹⁰¹ Commission staff working document - Accompanying document to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Outcome of the Public Consultation on the Commission's Green Paper “Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century” {COM(2007) 627 final}, SEC (2007) 1373 final, [apartado 9 “Uncertainty with regard to the definition of the employment relationship].

mostrado su apoyo a “la idea de un conjunto común de derechos vinculados a una definición consensuada de «trabajador» establecida conforme al Derecho de la Unión, para apoyar el principio de la libre circulación”. Mientras que algunos sectores de la patronal apostaron por un concepto uniforme de trabajador en el contexto de la movilidad transnacional¹⁰².

Ciertamente, tales posicionamientos parten de planteamientos muy diferentes. En el ámbito sindical se adopta la perspectiva de que el establecimiento de estándares mínimos constituye un avance en la protección sociolaboral garantizada a nivel de la Unión. La perspectiva patronal, lógicamente, es otra. Atendiendo a que en la mayor parte de los Estados Miembros los estándares mínimos comunitarios se sitúan por debajo de los ya existentes a nivel nacional, se contempla la uniformización de la legislación como un oportunidad de crear un marco jurídico preciso, claro y transparente, favorecedor del desenvolvimiento de las transacciones comerciales, en línea con el principio de transparencia que, al igual que el derecho de la Unión, consagra el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)¹⁰³ en su artículo III¹⁰⁴. Otro efecto deseable desde la perspectiva empresarial en relación a la fijación de estándares mínimos en el ámbito del artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios, lo constituye el mecanismo de «preemption» que elimina, una vez la Comunidad ha intervenido en un determinado ámbito, la competencia concurrente de los Estados para regular dicha materia. La doctrina *Laval* constituye un claro paradigma de la «preemption» comunitaria. En efecto, una intervención legislativa a nivel de la Unión en la delimitación del concepto de trabajador, incluso con un carácter de coordinación como la que realiza la Directiva 96/71/CE, tiene posibilidad de dar entrada a una conformación de tales estándares como normas máximas, así como a una aplicación directa del principio de remoción de obstáculos al comercio en esta zona medular del Derecho del Trabajo.

No cabe soslayar la relevancia constitucional de esta tarea de “acotación” del concepto de trabajador pues, como ha escrito Baylos Grau, las “operaciones de encuadramiento y definición del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo [...]”

¹⁰² Según refiere la Comisión, esta postura se defendió por determinadas asociaciones patronales de carácter commercial, y en concreto the Federal Association of Insurance Intermediaries (BVK); German Direct Selling Association (BDD); National Association of German Commercial Agencies and Distribution (CDH); German Franchise Association (DFV); German Association of Chambers of Industry and Commerce (DIHK); Verband der Privaten Bausparkassen e. V. (VdPB) (German Association of Building Societies).

¹⁰³ Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hecho en Marrakech el 15-4-1994, BOE 24 enero 1995, núm. 20, p. 2206, Anexo 1B.

¹⁰⁴ Segura Serrano, A. (2003), *El interés general y el comercio de servicios*, Madrid, Tecnos, [pp. 107-109].

configuran el ámbito de ejercicio de derechos reconocidos por la Constitución”¹⁰⁵, remitiéndose para fundar tal afirmación a las conclusiones *obiter dicta* de la Sentencia del Tribunal constitucional núm. 227/1998¹⁰⁶:

“El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto sede natural de la definición de la categoría de trabajador no se encomienda al legislador en términos de una absoluta libertad de configuración. Por el contrario, las normas que en particular delimitan dicho ámbito subjetivo, en forma de exclusión o delimitación negativa de determinadas personas en razón de su actividad profesional o laboral, dada la relevancia constitucional que dicha exclusión adquiere, habrán de evitar que, por medio de las mismas, no se lleve a cabo una restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social”.

Debe advertirse que el sentido y alcance que finalmente adquiere una intervención comunitaria en un determinado ámbito material puede ser difícil de prever, pues los parámetros “orgánicos” de interpretación jurisprudencial despliegan ramificaciones jurídicas novedosas en función del progreso del mercado interior y de las nuevas necesidades que éste plantea. En el ámbito de los servicios el derecho de la Unión tiene una fuerte impregnación constitucional dirigida al cumplimiento del contenido esencial de las libertades económicas fundamentales. Un contenido que no sólo está constituido de objetivos jurídicos sino también de *policies* de carácter dinámico¹⁰⁷. Así, el alcance que la doctrina *Laval* ha otorgado a la Directiva 96/71/CE era posiblemente difícil de anticipar cuando fue aprobada, especialmente teniendo en cuenta que ésta formaba parte del Programa de Acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores¹⁰⁸. Por otra parte, dicho asunto se encontraba pendiente durante la tramitación de la Directiva 123/2006 Marco de Servicios, de modo que el pronunciamiento finalmente alcanzado y su posterior consolidación en *Rüffert*¹⁰⁹ y *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)*¹¹⁰ tampoco era fácil de predecir por parte de los europarlamentarios. Es indudable que los términos del acuerdo de consenso en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores hubieran sido otros, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia

¹⁰⁵ Baylos Grau, A. (2000), “La huida del derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en Alarcón, M.R./Mirón, M.M., (coord.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid., [p. 48].

¹⁰⁶ STC 227/1998 de 26 noviembre [RTC 1998\227].

¹⁰⁷ Bengoetxea, J./Maccormick, N./Moral Soriano, L. (2001), “Integration and integrity in the legal reasoning of the European Court of Justice”, en DE BÚRCA, G. /WEILER, J.H.H., (Eds.), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, [p.45 y ss].

¹⁰⁸ Comunicación de la Comisión sobre su Programa de Acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, COM (89) 568 final, de 5-12-89.

¹⁰⁹ STJUE de 3 abril 2008 (asunto C- 346/06, Dirk Rüffert).

¹¹⁰ STJUE de 19 junio 2008 (Comisión contra Luxemburgo, C-319/06).

ha “devuelto a la vida” las disposiciones cuyo rechazo, entre otras cuestiones, permitió el desbloqueo en el Parlamento Europeo de dicha Directiva.

Por último, hay que tener en cuenta que nuestra economía es fundamentalmente terciaria, de modo que la regulación de esta materia trasciende los concretos términos de protección de los trabajadores desplazados, para alcanzar las condiciones de oferta de mano de obra de nuestro mercado laboral y el marco de regulación de los sistemas de ordenación de las relaciones laborales a nivel estatal, como consecuencia de la discriminación inversa de las empresas nacionales. De modo que una posible intervención comunitaria en la determinación de la relación de trabajo exige una lectura desde la primacía de las libertades comunitarias, cuya protección prevalece frente las disposiciones nacionales, imponiendo una aplicación en clave “integracionista” del derecho de la Unión derivado y del derecho nacional susceptible de afectarlas, lo que a fin de cuentas redundaría en una suerte de cesión competencial. Así, desde el momento en que determinados estándares se incorporan al derecho de la Unión éstos pasan a formar parte de un sistema de ordenación ajeno al derecho interno, a sus parámetros de interpretación y a sus principios constitucionales, convirtiéndose en material jurídico que puede afectar cualquier otro ámbito del derecho interno por efecto de los mecanismos de integración negativa.

López Gandía (2002) ha insistido, a este respecto, en la necesidad de que “la subcontratación se desarrolle dentro de los estrictos márgenes que condicionan su licitud, a fin de que el prestamismo laboral se canalice exclusivamente a través de las únicas empresas facultadas legalmente para ello, pues lo contrario, sería sentar las bases para que se consolide, o permitir que se normalice, la confusión entre la cesión ilegal y la subcontratación, que privaría a los trabajadores afectados de la aplicación las reglas protectoras contenidas de las legislaciones nacionales”¹¹¹. Actualmente, sin embargo, la falta de desarrollo del criterio de la dependencia, así como las dificultades de control de su concurrencia en el lugar en el que se prestan los servicios por aplicación del principio del país de origen, vienen a confirmar los augurios de Lyon Caen (1991) cuando, tras el pronunciamiento de *Rush Portuguesa*, denunció que la fórmula legal mediante la cual el prestador de servicios puede desplazarse a otro Estado de la Unión “con su propio personal”, abría la puerta para que el artículo 56 TFUE se erigiera en una plataforma jurídica desde la que legitimar la cesión transnacional de mano de obra¹¹².

¹¹¹ López Gandía, J., “Descentralización productiva y cooperativas de trabajo”, Derecho Social n. 20/2002, [pp. 39 y ss.].

¹¹² Lyon-Caen, G. (1991), *Les relations de travail internationales*, op.cit., [p. 43].

LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EN ANDALUCÍA: TRAYECTORIAS LABORALES E INTEGRACIÓN SOCIAL

RAFAEL MARTÍNEZ MARTÍN

Profesor Titular de Sociología
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras Clave: Inmigración, mercado de trabajo, integración social, política autonómica

El desarrollo socioeconómico que experimenta Andalucía en las últimas décadas, junto a los procesos de globalización, la han convertido en destino de miles de inmigrantes económicos en busca de nuevas oportunidades laborales y de acceso a una sociedad de bienestar. El trabajo remunerado constituye la principal fuente de renta y estatus de los individuos y, por tanto, el principal factor que determina su integración social. Aunque las políticas sobre inmigración han estado muy centradas en facilitar el acceso al mercado laboral, también es importante contemplar la calidad del empleo. Por ello, resulta de especial interés conocer las trayectorias laborales que describen, ya que constituyen un fiel reflejo de sus verdaderas posibilidades de integración en el nuevo contexto socioeconómico. La utilización de las principales fuentes oficiales nos ha permitido analizar su situación e itinerarios en el mercado de trabajo formal. No debemos obviar los elevados niveles de desempleo y de precariedad laboral que caracterizan al mercado de trabajo en Andalucía. En este contexto, los inmigrantes ocupan los sectores peor valorados por los andaluces, los más precarios y sensibles a las crisis económicas. La integración social, queda relegada a la incorporación a un empleo regular y a las posibilidades de movilidad laboral ascendente.

ABSTRACT

Key Words: Immigration, labour market, social integration, regional politic

The socioeconomic development that Andalusia has experienced in the last decades, along with the processes of globalization, have made Andalusia a destination for thousands of economic immigrants searching for new job opportunities and access to a welfare society. Paid work is the main source of income and status of individuals and, in this sense, the main factor that determines their social integration. Although policies on immigration have been largely focused on facilitating access to the labor market, it is also important to consider the quality of employment. Thus, it is particularly interesting to learn what career paths immigrants follow, because they are a true reflection of their real potential for integration into the new socioeconomic context. The use of the main official sources has enabled us to analyze their situation and itineraries in the formal labor market. We must not ignore the high levels of unemployment and job insecurity that characterize the labor market in Andalusia. In this context, immigrants occupy the sectors most negatively viewed by the Andalusians, the most fragile and sensitive to the economic crisis. Social integration is relegated to getting a regular job and to the chances of upward occupational mobility.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN
3. LA POLÍTICA SOBRE INMIGRACIÓN EN ANDALUCÍA
4. LOS INMIGRANTES EN ANDALUCÍA
5. EL MERCADO LABORAL DE LOS INMIGRANTES EN ANDALUCÍA
6. LAS TRAYECTORIAS LABORALES DE LOS EXTRANJEROS EN ANDALUCÍA
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

A la hora de analizar la evolución y transformación del mercado de trabajo en España, debemos de partir de varios factores determinantes que se han manifestado en los años ochenta para mostrar en las últimas décadas sus repercusiones en el contexto laboral. Uno de los principales cambios, que han definido en buena medida el mercado de trabajo, ha sido la inmigración. España deja de ser un país de emigrantes para convertirse en receptor de mano de obra extranjera, con todas las repercusiones que este hecho conlleva a nivel socioeconómico, y ubicándose dentro de unos indicadores que corresponden al mundo desarrollado. Lo más llamativo ha sido la rapidez con la que han acontecido ambos fenómenos. Si en los años 1960 España era un país de emigrantes, dos décadas más tarde se invierte este proceso de forma paralela a su desarrollo socioeconómico y la consiguiente integración, como miembro de pleno derecho, en la Unión Europea en enero de 1986. Desde principios de los años 1990 los españoles prácticamente no emigran y los retornos aumentan exponencialmente.

El fenómeno de la inmigración laboral es una respuesta al desarrollo económico que experimenta España, donde el Estado de Bienestar universaliza derechos y condiciones mínimas que permiten a sus ciudadanos alcanzar elevados niveles de bienestar y, al mismo tiempo, convertirse en un elemento de atracción importante para la población de otros países con claras deficiencias económicas, jurídicas y de seguridad. El denominado *saldo vital*, producto de los beneficios que perciben al integrarse en un Estado de Bienestar y de las nuevas posibilidades laborales y económicas que suelen encontrar, explica los significativos flujos migratorios hacia España.

Uno de los indicadores más chocantes que nos encontramos, responde a la cohabitación de elevadas tasas de desempleo con la necesidad de importar anualmente millones de personas para ocupar puestos de trabajo. Una realidad que se puede explicar aludiendo a la posibilidad, que existe en los Estados de Bienestar desarrollados, de que sus ciudadanos puedan *elegir* si aceptan o no un determinado empleo bajo unas condiciones salariales y laborales determinadas. Los cambios estructurales en el mercado de trabajo español han permitido la emergencia de nuevos sectores productivos con empleos más cualificados y

mejor remunerados. De forma paralela, las actuales generaciones de jóvenes ostentan mayores niveles educativos y unas expectativas laborales acordes con su formación. La protección social permite a muchos individuos rechazar los *peores empleos*, aplazando su entrada en el mundo laboral hasta encontrar una ocupación acorde con su cualificación y expectativas. De este modo, coexisten elevadas tasas de desempleo con la necesidad de importar mano de obra para cubrir determinados espacios laborales marcados, generalmente, por ofrecer condiciones laborales más precarias.

Los inmigrantes suelen ocupar los empleos peor valorados por los andaluces y en los que existe escasez de mano de obra autóctona. Junto a un elevado número de jubilados europeos, los inmigrantes trabajan fundamentalmente en servicio doméstico, construcción, hostelería, comercio, venta ambulante y agricultura, entre otros empleos de características similares. No debemos obviar que el hecho migratorio y la cohesión social están directamente relacionados con la integración en el mercado de trabajo. El concepto de inserción socioprofesional aparece entre los principales objetivos de las políticas sociales y de empleo. Alude a dos dimensiones íntimamente relacionadas entre sí: la dimensión social, relativa a la integración en la sociedad, y la dimensión profesional, que hace referencia a la integración en el mercado de trabajo. En nuestro modelo de sociedad, el empleo se ha convertido en la principal fuente de renta de los individuos y, por tanto, en el principal medio para alcanzar una integración plena en la sociedad¹. Por ello, es fundamental conocer y analizar el mercado laboral de los inmigrantes y sus trayectorias laborales, al ser un reflejo de sus verdaderas posibilidades de integración en un nuevo contexto social.

2. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia de integrar a los inmigrantes extranjeros en el mercado de trabajo, ha sido una constante en la política de inmigración. De hecho, la principal preocupación de la sociedad está enfocada a los problemas relacionados con la falta de empleo y la calidad del mismo, tal y como reflejan desde hace años los barómetros de opinión del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), a nivel nacional, y del Instituto de Estudios Sociales Avanzados (IESA-CSIC), en Andalucía. El trabajo y las trayectorias laborales que experimen-

¹ Para ampliar información sobre estos aspectos se puede consultar las aportaciones de el GRET (grup de recerca educació i treball), creado en 1987 y constituido por un equipo de investigadores centrados, entre otras líneas de investigación, en el estudio de las relaciones entre educación y trabajo, especialmente desde la perspectiva del análisis de la transición profesional. Este grupo de investigación está ubicado en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Autónoma de Barcelona (<http://www.uab.cat/gret>).

tamos, determinan importantes facetas de nuestras vidas; en buena medida, trazan y definen las etapas vitales y, de forma cada vez más evidente, la integración en la sociedad. La importancia del empleo no pasa desapercibida para la sociedad en general, y especialmente para los inmigrantes, al ser la principal fuente de renta y estatus social. La investigación sobre estas temáticas se ha extendido de forma significativa, desde la década de los años 1990, pero siguen existiendo importantes ámbitos de estudio por desarrollar en el contexto de Andalucía, tales como los itinerarios laborales que describen los inmigrantes.

La estrategia metodológica aplicada ha consistido en la revisión bibliográfica, documental y de fuentes de datos oficiales. La utilización exclusiva de estadísticas oficiales, deja fuera del estudio a la inmigración irregular al no estar contemplada en los medios administrativos de registro y control. Con esta metodología se ha conseguido alcanzar, con mayor rigor, el objetivo de conocer y analizar el mercado laboral formal de los inmigrantes en Andalucía y, en concreto, sus trayectorias laborales. Los inmigrantes económicos son los que requieren mayor atención, por parte de la sociedad y de la Administración Pública, y su integración social está claramente impregnada por su situación en el mercado laboral.

Entre las principales fuentes oficiales que hemos utilizado, cabe destacar: la *Encuesta Nacional de Inmigrantes*, gestionada por el Instituto Nacional de Estadística en el año 2007, que permite la realización de distintos análisis de carácter socioeconómico y nos posibilita la obtención de información valiosa a la hora de conocer las trayectorias laborales de los inmigrantes en Andalucía; el *Observatorio Permanente Andaluz de las Migraciones (OPAM)*, dependiente de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, incluye una amplia oferta informativa y de bases estadísticas para acceder y analizar importantes facetas laborales del hecho migratorio en Andalucía; el *Padrón Municipal Continuo de Habitantes*, coordinado por el Instituto Nacional de Estadística, es una fuente de especial interés para el estudio del volumen y características de la inmigración en Andalucía, ya que desde el año 2000² el hecho de empadronarse conlleva importantes incentivos sociales, como el acceso al sistema educativo y sanitario, que ha impulsado la inscripción; la *Encuesta de Población Activa (EPA)*, realizada por el Instituto Nacional de Estadística, es la fuente oficial para conocer las magnitudes del mercado de trabajo en España y ofrece información acerca de los activos, ocupados y desempleados en función de la nacionalidad; el *Observatorio ARGOS (Sistema de Prospección Permanente del Mercado de Trabajo)*, perteneciente a la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, proporciona información constante sobre el mercado de trabajo de los extranjeros y ha sido una fuente de gran utilidad para conocer los indicadores más recientes sobre contratos y demandas de empleo.

A continuación se hace referencia a las principales acciones en materia

² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

de inmigración desarrolladas por la Administración andaluza, todas ellas muy centradas en la integración social de los inmigrantes. Asimismo, se analizan aspectos típicamente demográficos del hecho migratorio ¿cuántos son y cuántos vienen? ¿cuáles son sus características sociodemográficas? para pasar a estudiar su presencia en el mercado de trabajo y sus itinerarios laborales.

3. LA POLÍTICA SOBRE INMIGRACIÓN EN ANDALUCÍA

La Constitución Española, en su artículo 149. 1.2., concede al Estado la competencia en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. No obstante, las Comunidades Autónomas han ido adquiriendo funciones relativas a la integración social de los inmigrantes. La Junta de Andalucía tiene atribuidas competencias para la prestación de servicios básicos relativos a sanidad, educación, vivienda, políticas activas de empleo, atención al menor e igualdad, entre otros servicios sociales. Son muchas y variadas las actuaciones que se desarrollan desde Consejerías, Organismos Autónomos, Ayuntamientos y otras instituciones, con el propósito de dar respuesta a las variadas y complejas necesidades de los inmigrantes.

El principal objetivo de las políticas sobre inmigración ha sido la integración social de los nuevos colectivos, con todo lo que conlleva. En los años 1980 la Administración Central observaba, con cierto desconcierto, una nueva realidad que se iba instalando en la sociedad española y que requería de programas y ayudas específicos. Las ONGs asumieron en buena medida el protagonismo, al mismo tiempo que reclamaban una mayor implicación de las Administraciones bajo consignas humanitarias y religiosas.

En los primeros años de la década de 1990 se libran las primeras ayudas económicas destinadas a la integración de los inmigrantes. La Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía comienza a intervenir con el desarrollo de programas de prevención y promoción social, entre ellos el fomento del asociacionismo inmigrante. En 1992 se crea el Servicio de Inmigración de la Junta de Andalucía, cuyo cometido es el diseño de las actuaciones de la Consejería en materia de migraciones; y en 1995 se pone en marcha el Proyecto para la Inserción Social y Laboral de los Inmigrantes Extranjeros en Andalucía, encuadrado dentro de la Iniciativa Comunitaria HORIZON. Gracias a este proyecto, se crearon once centros de orientación, gestionados por Corporaciones Locales, Sindicatos y la Federación Andalucía Acoge, y todo un conjunto de acciones complementarias de formación. De forma paralela, comienzan a desarrollarse programas específicos para inmigrantes, en la red básica de Servicios Sociales Comunitarios, y las Universidades andaluzas inician investigaciones sobre este reciente fenómeno socioeconómico (Pumares e Iborra, 2008: 49-56).

Ante la necesidad de seguir impulsando medidas de integración social, den-

tro de la iniciativa INTEGRA financiada por el Fondo Social Europeo, se pone en marcha el Proyecto Diversidad para la integración de colectivos en riesgo de exclusión social. A partir de este proyecto, se crearon cinco centros para la orientación y el fomento del empleo de los inmigrantes en Andalucía, y se pone en marcha el Observatorio Permanente Andaluz de las Migraciones (OPAM) para el diagnóstico y análisis de la realidad inmigratoria. Aunque los avances han sido considerables durante la década de los años 1990, quedan importantes escollos por superar, sobre todo en materia de educación y vivienda. A lo largo de los años 2001 y 2005, desde el gobierno regional andaluz, se activa el I Plan Integral para la Inmigración en Andalucía. Este Plan contaría con la participación de todos los agentes y actores vinculados a la inmigración, con el objetivo de favorecer la plena integración social, laboral y personal de la población inmigrante. Para ello, se definen diez áreas de intervención, entre ellas la socio-laboral (Ibídem).

La idoneidad de establecer mecanismos de coordinación, entre las Administraciones generales, autonómicas y locales, responde a una realidad a la que hay que dar repuestas eficientes e integrales. Con el desarrollo del II Plan Integral para la Inmigración en Andalucía (2006-2009), se crea un mecanismo de coordinación inter-administrativa que potencia las actuaciones a nivel local. Además, se cuadruplican los recursos económicos, con respecto al I Plan, y se pone en marcha el Fondo de Apoyo a la Acogida y la Integración de Inmigrantes. Se refuerza claramente el área educativa y Andalucía asume la atención integral socio-sanitaria de los extranjeros, aunque no estén empadronados. Desde el área de bienestar social, se impulsa el asociacionismo, se facilita el acceso a los servicios sociales normalizados y se incluyen programas de atención a menores no acompañados y a mujeres víctimas de violencia de género; otras áreas como: equipamiento y vivienda, investigación, formación y sensibilización social, también experimentan mejoras considerables (Ibídem).

En lo que respecta al área socio-laboral, se refuerza su descentralización de forma notoria. La aprobación de la nueva Ley de Empleo³ establece, entre otras muchas medidas, el marco competencial de las políticas de empleo. En concreto, las políticas activas de empleo pasan a ser competencia de las Comunidades Autónomas. En el caso de Andalucía, se crea el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) encargado de llevar a cabo estas políticas. Se desarrollan acciones de orientación y formación en los sectores que mayor potencialidad de empleo presentan para los inmigrantes extranjeros, tales como: agricultura, construcción, servicio doméstico y hostelería.

El desarrollo de una política eficiente sobre inmigración, requiere de la participación y coordinación de las diferentes administraciones. La descentralización de las medidas y acciones, responden a la diversidad de situaciones que presentan los inmigrantes, ya que no constituyen un grupo homogéneo donde se puedan aplicar

³ Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre (BOE, 17 de diciembre de 2003).

acciones y programas estandarizados. Por ello, requieren de programas de intervención específicos que respondan a sus principales déficit de carácter: educativo y formativo, de orientación, sociolaboral y de otros recursos sociales.

4. LOS INMIGRANTES EN ANDALUCÍA

La hipótesis, más verificada que rechazada, de que Andalucía ha dejado de ser tierra de emigrantes para convertirse en lugar de inmigración, constituye uno de los principales cambios de la última década. Aunque en los años 1990 el flujo migratorio hacia Andalucía era una realidad manifiesta, ha sido a partir del año 2000 cuando se aprecia una gran afluencia de inmigración marcada, en buena medida, por el ciclo de expansión económica que perdura hasta el año 2007. Por su situación geográfica, no sólo ha sido receptora de inmigrantes, sino también puerta de entrada de extranjeros del continente africano hacia el resto de España y Europa. Según los datos del Observatorio Permanente Andaluz de las Migraciones (OPAM), la mayoría de los extranjeros que residen legalmente en Andalucía, en el año 2009, proceden de la Europa Comunitaria (51,5%), le siguen los procedentes de África (22%) e Iberoamérica (18,4%). La primacía de la presencia europea queda reflejada en los registros oficiales, y a ello han contribuido los procesos de ampliación de la Unión Europea; con la integración de nuevos miembros en el año 2004, de quince a veinticinco países, y en el año 2007, con la incorporación de Bulgaria y Rumania; países que muestran elevados niveles de emigración hacia Andalucía. En concreto, en las provincias de Córdoba, Granada, Huelva y Sevilla, la nacionalidad más representada es la rumana (Observatorio ARGOS, enero de 2010).

No obstante, la inmigración en Andalucía ha ido aumentando y haciéndose más diversa, tal y como podemos apreciar en función de los países más representativos por continentes: Reino Unido, en Europa, Marruecos en África, Argentina en América, China en Asia y Australia en Oceanía. Todos ellos han ido incrementando su presencia en las últimas décadas (Tabla I).

Tabla I
Población extranjera empadronada en Andalucía por países más representativos de cada continente

AÑOS	1996	2000	2005	2009
Países de nacimiento				
Reino Unido	21.178	26.665	60.000	102.622
Marruecos	13.676	23.108	71.352	95.254
Argentina	2.734	3.545	30.112	31.607
China	*	*	5.860	11.402
Australia	*	*	300	292

Fuente: Padrón Municipal de Habitantes. Instituto Nacional de Estadística (INE) y elaboración propia. Cifras absolutas. *Dato no disponible.

Como podemos apreciar en la Tabla II, a *nivel nacional* el número de extranjeros empadronados ha pasado de poco más del medio millón, en el año 1996, a superar los cinco millones y medio, en el año 2009. En concreto, se ha multiplicado por diez el número de extranjeros empadronados. En función del sexo no existen diferencias significativas, aunque en general se aprecia una mayor presencia de los varones que va adquiriendo relevancia a partir del año 2005. El carácter europeo de la inmigración queda, en buena medida, reflejado atendiendo a su lugar de procedencia. En los años noventa la mayoría (53,6%) había nacido en Europa, pero a partir del año 2000 su proporción va perdiendo relevancia para ir ganando presencia los nacidos en África y América. La entrada de extranjeros provenientes de América del Sur y del norte de África, ha sido una constante marcada por las posibilidades de encontrar un trabajo y una vida mejor.

Tabla II
Población extranjera empadronada en España y en Andalucía, por sexo y lugar de procedencia

ESPAÑA/AÑOS	1996	2000	2005	2009
Por sexo (En cifras absolutas)				
Varones	273.227	471.465	1.992.034	2.992.636
Mujeres	269.087	452.413	1.738.576	2.656.035
TOTAL	542.314	923.878	3.730.610	5.648.671
Lugar de nacimiento (En %)				
Europa	53.6	49.8	37.5	44.2
Asia	5.9	5.6	4.7	5.2
África	20.3	22.4	17.7	17.8
América	19.9	21.9	39.9	32.6
Oceanía	0.3	0.3	0.2	0.2
TOTAL	100	100	100	100
ANDALUCÍA/AÑOS	1996	2000	2005	2009
Por sexo (En cifras absolutas)				
Varones	45.797	67.136	227.230	355.473
Mujeres	43.844	61.781	192.977	319.707
TOTAL	89.641	128.917	420.207	675.180
Lugar de nacimiento (En %)				
Europa	64.5	60.3	46.5	54.7
Asia	5.3	5	3.4	3.1
África	19.6	22.9	22.4	19
América	10.3	11.5	27.4	23
Oceanía	0.3	0.3	0.3	0.2
TOTAL	100	100	100	100

Fuente: Padrón Municipal de Habitantes. Instituto Nacional de Estadística (INE) y elaboración propia. Cifras absolutas y porcentajes.

Los extranjeros provenientes de Asia y Oceanía representan las menores proporciones, y no han experimentado un incremento significativo desde la década de los noventa. Según el estudio realizado por Beltrán et al (2006: 23-29), el 20% de los asiáticos en España son empresarios. La mayoría son chinos, pakistaníes e indios. En el caso concreto de los chinos, existen unos 13.000 empresarios con actividades centradas, principalmente, en los restaurantes de comida rápida, tiendas de artículos de regalo, establecimientos de frutos secos, almacenes mayoristas y talleres textiles. La actividad asiática suele expandirse por todo el territorio nacional, ya que están muy enfocados a la sociedad en general y no tanto a sus propias comunidades. De forma comparativa con el resto de lugares de procedencia, los mayores niveles de actividad como empresarios, con o sin asalariados, las encontramos entre los asiáticos, ya que latinoamericanos, africanos y europeos, no ostentan una proporción superior al 6% (Tezanos y Díaz, 2008: 161).

En el caso concreto de Andalucía, se aprecia una tendencia similar a la observada a nivel nacional. El número de extranjeros empadronados ha pasado de los 89.641, en el año 1996, a los 675.180, en el año 2009. Se han multiplicado por siete y su mayor crecimiento lo han experimentado a partir del año 2000. En función del lugar de nacimiento, los extranjeros europeos representan la mayor proporción en todos los años analizados, excepto para el año 2005. Un año marcado por la significativa expansión económica, que ha traído consigo una mayor diversificación de la inmigración con la significativa entrada de extranjeros procedentes de otras nacionalidades, sobre todo latinoamericanos y de Europa del Este, que han ido ganando terreno a los comunitarios.

Es bien conocido desde hace décadas que Andalucía, sobre todo las provincias de Málaga y Almería, recibe un importante número de jubilados, parejas sin hijos y unidades familiares con suficientes recursos económicos, procedentes de Europa Central y Norte. Mientras los retirados y jubilados tienden a no empadronarse, sobre todo si su residencia es temporal, aquellos otros en edad activa, que se establecen para trabajar y con hijos en edad escolar, se suelen empadronar por los derechos que trae consigo su inscripción en lo relativo a educación, sanidad y vivienda. La significativa presencia europea no resulta llamativa, ya que Andalucía es un destino que ofrece una elevada calidad de vida y lugar de residencia de muchos extranjeros provenientes de Europa, sobre todo de países como Reino Unido, Italia, Francia y Alemania (OPAM, 2008: 15 s.).

En lo que respecta a las características sociodemográficas de los inmigrantes⁴ (Tabla III), podemos destacar el predominio de los que han nacido en

⁴ En la Encuesta Nacional de Inmigrantes (ENI), se consideran inmigrantes a todas aquellas personas que no siendo su país de origen España tienen establecida su residencia habitual en territorio nacional.

países desarrollados, sobre todo del entorno europeo, seguidos de los nacidos en países de América Latina y África. A una distancia considerable, figuran los de otros países europeos, asiáticos y de Oceanía. En función del *sexo*, en general no se aprecian diferencias significativas, excepto para los nativos de países africanos donde la proporción de inmigrantes varones dobla a la de mujeres.

Tabla III
Características sociodemográficas de los inmigrantes según su región de nacimiento

	Países Desarrollados	América Latina	África	Otros países de Europa, Asia y Oceanía
Sexo (En cifras absolutas)				
Varones	93.527	66.772	81.958	49.542
Mujeres	93.497	78.799	42.465	49.271
TOTAL	187.024	145.571	124.423	98.813
Año de llegada (En %)				
Antes de 1992	38,7	11,3	30,8	6,9
1992-2001	28,3	43,6	36,4	29,6
2002-2007	33	45,1	32,8	63,5
TOTAL	100	100	100	100
Edad (En %)				
16-29 años	11	34,1	32,6	36,3
30-44	38,5	40,3	37,8	39,4
45-59	18,8	20,4	20,3	22,5
60 y más	31,7	5,2	9,3	1,8
TOTAL	100	100	100	100
Nivel Educativo (En %)				
Primarios o sin estudios	16,6	29,2	43,3	21,2
Secundaria	52,4	50,4	46,5	62,1
Superiores	31	20,4	10,2	16,7
TOTAL	100	100	100	100

Fuente: Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007. Resultados para Andalucía. Instituto Nacional de Estadística (INE) y elaboración propia. En cifras absolutas y Porcentajes.

Por año de llegada a Andalucía, los inmigrantes procedentes de países desarrollados y de África, han mostrado un flujo homogéneo desde antes del año 1992; mientras los procedentes de América Latina y de otros países europeos, asiáticos y de Oceanía, han llegado, sobre todo, desde el año 1992 y con mayor frecuencia en la última década. Por edades, los de 60 o más años suelen venir de países desarrollados, ya que los inmigrantes económicos provienen de contextos menos desarrollados buscando nuevas oportunidades laborales. De hecho, la práctica totalidad, con edades comprendidas entre los 16 y 59 años – edades activas -, han nacido en América Latina y África. No obstante, las edades comprendidas entre los 30 y 44 años son las más propicias para emigrar en cualquiera de

los contextos analizados. En función de los *niveles educativos*, cabe destacar que la mayoría, de forma independiente a su lugar de nacimiento, posee estudios medios y superiores. Por tanto, existe un elevado nivel educativo característico de los que vienen de países desarrollados, que disminuye en los nacidos en África y América Latina. En concreto, el 89,8% y el 79,6% de los africanos y latinoamericanos, respectivamente, tienen estudios secundarios o inferiores, corroborando los tópicos asociados al menor nivel educativo de los inmigrantes económicos.

5. EL MERCADO LABORAL DE LOS INMIGRANTES EN ANDALUCÍA

La población activa, en España y Andalucía, ha experimentado un incremento muy notable en la última década. El aumento de los activos ha permitido desterrar uno de los principales indicadores que vaticinaba un futuro incierto al Estado de Bienestar, como una consecuencia de la tendencia demográfica hacia el envejecimiento de la población. El reemplazo generacional quedaba en entredicho y la denominada tasa de dependencia⁵ mostraba unos niveles cada vez más preocupantes. Han sido varios los factores que han impulsado el incremento de la población activa: la incorporación de la mujer al mercado de trabajo de forma masiva; el baby boom de los años cincuenta y sesenta; y el cambio de signo de las migraciones que tiene lugar en éstas décadas. No sólo entran importantes remesas de extranjeros en España, sino que muchos de los españoles que habían emigrado en décadas anteriores comienzan a retornar. La mano de obra de los inmigrantes, ha supuesto la solución a uno de los principales problemas demográficos que trae consigo las bajas tasas de natalidad en España y Andalucía. Ha permitido cambiar las preocupantes proporciones de población dependiente y mantener el desarrollo económico sostenido, con las consiguientes garantías del Estado de Bienestar.

Como podemos apreciar en la Tabla IV, el número de activos, nacionales y extranjeros, se ha ido incrementado de forma notable en la última década⁶.

⁵ La *Tasa de Dependencia* mide la proporción de activos con respecto a la población total mayor de 65 años. Otra tasa similar la establece la Encuesta de Población Activa (EPA), del Instituto Nacional de Estadística, que denomina *Tasa de Actividad General*. Esta tasa mide la proporción de activos con respecto al total de la población. Lo que conocemos normalmente como *Tasa de Actividad*, en la EPA se refiere a la *Tasa de Actividad Específica* y hace referencia a la proporción de activos con respecto al total de la población mayor o igual a 16 años.

⁶ En los niveles de actividad general a nivel nacional, existen diferencias en función del sexo. Los varones ostentan mayores niveles de actividad que las mujeres, aunque es una tendencia decreciente tal y como se puede observar en el año 2009. En el caso de Andalucía estas diferencias son más importantes; muchos de los cambios socioculturales y estructurales, que transformaron la sociedad y la estructura económica española, llegaron casi una década más tarde a Andalucía. Aunque es una tendencia que tiende a disminuir para igualarse a la media nacional, en el ámbito laboral Andalucía sigue presentando mayores niveles de desigualdad por género.

Tabla IV
Activos por nacionalidad y sexo a nivel nacional y andaluz

ESPAÑA/AÑOS	2005		2009	
	En miles	En %	En miles	En %
SEXOS				
Varones	12.370,7	58,4	12.833,2	55,8
Mujeres	8.784,8	41,6	10.139,3	44,2
Total	21.155,5	100	22.972,5	100
NACIONALIDAD				
Nacionalidad Española	18.714,6	88,4	19.349,0	84,2
Nacionalidad Extranjera	2.440,9	11,6	3.623,5	15,8
Total	21.155,5	100	22.972,5	100
- Extranjeros de la Unión Europea	288,3	11,8	1.088,9	30
- Extranjeros de fuera de la Unión Europea	2.152,6	88,2	2.534,6	80
- Total	2.440,9	100	3.623,5	100
ANDALUCÍA/AÑOS				
	2005		2009	
	En miles	En %	En miles	En %
Varones	2.142,2	61	2.236,2	56,9
Mujeres	1.368,3	39	1.691,3	43,1
Total	3.510,5	100	3.927,5	100
NACIONALIDAD				
Nacionalidad Española	3.240,5	92,3	3.494,3	88,9
Nacionalidad Extranjera	270,0	7,7	433,2	11,1
Total	3.510,5	100	3.927,5	100
- Extranjeros de la Unión Europea	48,3	17,8	140,4	32,4
- Extranjeros de fuera de la Unión Europea	221,7	82,2	292,8	67,6
- Total	270,0	100	433,2	100

Fuente: Encuesta de Población Activa. Instituto Nacional de Estadística. Elaboración propia.

Cuartos trimestres. Cifras en miles y porcentajes.

- Las personas con doble nacionalidad (española y otra) se incluyen con las de nacionalidad española.
- En las cifras del año 2009 se incluyen los 27 países de la Unión Europea (UE-27) excepto España.

Tanto a nivel nacional como andaluz, los activos de nacionalidad extranjera han aumentado considerablemente incrementando sus tasas en torno a 4 puntos porcentuales, entre los años 2005 y 2009. En concreto, en el año 2005 había en España 2.440.009 activos extranjeros que suponían el 11,6% del total nacional. Unas cifras que se han visto incrementadas en casi un millón en el año 2009, para situarse en una tasa del 15,8%. En el contexto de Andalucía encontramos una tendencia similar, ya que en el año 2005 el número de extranjeros activos ascendía a 270.000; transcurridos cinco años se sitúa en 433.002, alcanzando el 11,1% de los activos andaluces.

La crisis económica y del empleo, que afecta a España y a la Comunidad andaluza desde el año 2007, debería de haber traído consigo un decremento de los activos extranjeros. Sin embargo, la realidad es bien distinta al incrementarse su número en un 19,5% y en un 23,2%, respectivamente. No obstante, los extranjeros que provienen de fuera de la Unión Europea son los que han experimentado un menor aumento, tanto a nivel nacional como andaluz. El hecho económico lo explica. En el año 2008 el sector de la construcción ha tenido un fuerte ajuste como consecuencia del ciclo recesión económica. En concreto, el 82% de los empleos perdidos en Andalucía pertenecen a este sector, afectando de forma importante al trabajo de inmigrantes procedentes de países europeos no comunitarios y de países latinoamericanos, al disminuir sus cifras de ocupados en un 82% y un 42%, respectivamente. Aunque en la agricultura y en la industria se han producido pérdidas de empleo, no

han sido tan relevantes como en el sector de la construcción. En el caso del sector servicios, es el menos afectado por la crisis económica, el que muestra los mejores indicadores de recuperación y el único sector donde los inmigrantes extranjeros han visto crecer sus posibilidades de trabajar en puestos vinculados al comercio y la hostelería (OPAM, 2008: 84).

Al igual que la actividad, la ocupación ha experimentado en España y Andalucía un incremento muy significativo en la última década. Un crecimiento que se ve truncado a partir del año 2007; la crisis económica ha destruido millones de empleos que se reflejan en los niveles de ocupación generales del año 2009. Pero hay un dato llamativo cuando observamos el empleo de la población extranjera; ésta ha aumentado con respecto al año 2005, tanto en Andalucía como en España. Entre los años 2005 y 2009, el número de ocupados nacionales ha disminuido y, sin embargo, ha aumentado la ocupación de extranjeros, sobre todo los que provienen de países de la Unión Europea (Tabla V).

Tabla V
Ocupados por nacionalidad y sexo a nivel nacional y andaluz

ESPAÑA/AÑOS	2005		2009	
	En miles	En %	En miles	En %
SEXO				
Varones	11.549,6	59,7	10.440,6	55,9
Mujeres	7.764,7	40,3	8.205,3	44,1
Total	19.314,3	100	18.645,9	100
NACIONALIDAD				
Nacionalidad Española	17.123,1	88,6	16.098,7	86,3
Nacionalidad Extranjera	2.191,2	11,4	2.547,2	13,7
Total	19.314,3	100	18.645,9	100
- Extranjeros de la Unión Europea	263,7	12	827,9	32,5
- Extranjeros de fuera de la Unión Europea	1.927,5	88	1.719,3	67,5
- Total	2.191,2	100	2.547,2	100
ANDALUCÍA/AÑOS				
	2005		2009	
	En miles	En %	En miles	En %
SEXO				
Varones	1.923,7	63,5	1.671,2	57,7
Mujeres	1.101,4	36,5	1.222,3	42,3
Total	3.025,1	100	2.893,5	100
NACIONALIDAD				
Nacionalidad Española	2.791,2	92,2	2.596,0	89,7
Nacionalidad Extranjera	233,9	7,8	297,5	10,3
Total	3.025,1	100	2.893,5	100
- Extranjeros de la Unión Europea	41,5	17,7	101,2	34
- Extranjeros de fuera de la Unión Europea	192,4	82,3	196,3	66
- Total	233,9	100	297,6	100

Fuente: Encuesta de Población Activa. Instituto Nacional de Estadística. Elaboración propia.
Cuartos trimestres. Cifras en miles y porcentajes.

- Las personas con doble nacionalidad (española y otra) se incluyen con las de nacionalidad española.
- En las cifras del año 2009 se incluyen los 27 países de la Unión Europea (UE-27) excepto España.

La estadística sobre movimiento laboral registrado, del Ministerio de Trabajo e Inmigración, lo corrobora. Las autorizaciones de trabajo concedidas a los extranjeros, han experimentado un incremento en consonancia con la bonanza económica. En concreto, de las 100.290 autorizaciones aprobadas en el año 1995, en el año 2000 se triplican (292.120), en el año 2005 alcanza casi el millón (998.025) y en el año 2008 comienzan a descender (743.932). En el contexto nacional, Andalucía es la tercera Comunidad Autónoma en función del número de autorizaciones de trabajo concedidas a extranjeros, detrás de Madrid y Cataluña que ocupan los primeros puestos.

Según los datos del Observatorio ARGOS⁷, las principales nacionalidades de las personas contratadas en Andalucía corresponden a los países de Marruecos y Rumania, acaparando la mayoría de las contrataciones. En menor medida, cabe destacar los nacionales de otros países como: Ecuador, Bolivia, Portugal, Italia, Polonia, Malí, Argelia, Argentina, Reino Unido y Colombia.

Por provincias, existen desequilibrios espaciales a la hora de contabilizar la presencia de inmigrantes contratados. Las que ostentan el mayor número corresponden a Almería, Málaga y Huelva. En las provincias de Huelva y Almería el sector agrario acapara la mayoría de las contrataciones y los africanos constituyen el grupo más numeroso. Por el contrario, Málaga agrupa a algo más de la mitad de los comunitarios, muy ligados a actividades turísticas e inmobiliarias, y a una distancia considerable le siguen los latinoamericanos que son, en mayor medida que los africanos, preferidos para los trabajos relacionados con la hostelería y la construcción. En el resto de las provincias, la presencia de mano de obra inmigrante es menor; en Sevilla, Cádiz y Granada predominan los latinoamericanos, con una elevada demanda de trabajo doméstico, mientras que en Jaén y Córdoba el sector agrícola adquiere el protagonismo y los africanos ocupan la mayoría de los empleos (Rosell, 2008: 38-46). Aunque el sector agrario sigue siendo el principal sector de empleo, se ha ido produciendo una diversificación de ocupaciones con una presencia cada vez mayor en la hostelería, la construcción y el trabajo doméstico.

Como posemos apreciar en la Tabla VI, siguiendo la lógica de la evolución de la actividad y el empleo, la proporción de desempleados ha experimentado, desde el año 2007, un significativo aumento que se atribuye al ciclo de recesión económica. Tanto a nivel nacional como andaluz se aprecia esta tendencia, aunque afecta en mayor medida a Andalucía, ya que de los 4.326.600 desempleados que existen a nivel nacional, en el año 2009, poco más de un millón corresponden a Andalucía. Por sexos, y frente a lo que se podría esperar, el

⁷ El observatorio ARGOS obtiene la estadística de contratos de las bases de datos de los Servicios Públicos de Empleo. Por contratación se considera tanto los contratos iniciales, como las conversiones de contratos en indefinidos y las adscripciones en colaboración social. Datos de enero de 2010.

desempleo afecta algo más al varón que a la mujer. En el año 2009, el 55,2% y el 54,6% de los desempleados a nivel nacional y andaluz, respectivamente, son varones. La ocupación por sectores es útil para entenderlo, puesto que el 70% de los nuevos puestos de trabajo se crean en el sector servicios y es el único sector que genera nuevos empleos en plena crisis económica; por su estructura, la presencia de la mujer es destacada. Mientras tanto, se han destruido gran cantidad de puestos de trabajo en sectores donde predominan los varones, mostrando una recuperación mucho más lenta y tardía.

Tabla VI
Desempleados por nacionalidad y sexo a nivel nacional y andaluz

ESPAÑA/AÑOS	2005		2009	
	En miles	En %	En miles	En %
SEXO				
Varones	821,1	44,5	2.392,6	55,2
Mujeres	1.020,1	55,5	1.934	44,8
Total	1.841,2	100	4.326,6	100
NACIONALIDAD				
Nacionalidad Española	1.591,5	86,4	3.250,3	75,1
Nacionalidad Extranjera	249,7	13,6	1.076,3	24,9
Total	1.841,2	100	4.326,6	100
- Extranjeros de la Unión Europea	24,6	9,8	261	24,2
- Extranjeros de fuera de la Unión Europea	225,1	90,2	815,6	75,8
- Total	249,7	100	1.076,6	100
ANDALUCÍA/AÑOS				
	2005		2009	
	En miles	En %	En miles	En %
SEXO				
Varones	218,5	45	565	54,6
Mujeres	266,9	55	469	45,4
Total	485,4	100	1.034	100
NACIONALIDAD				
Nacionalidad Española	449,3	92,5	898,3	86,8
Nacionalidad Extranjera	36,1	7,5	135,7	13,2
Total	485,4	100	1.034	100
- Extranjeros de la Unión Europea	6,8	18,8	39,2	28,8
- Extranjeros de fuera de la Unión Europea	29,3	81,2	96,5	71,2
- Total	36,1	100	135,7	100

Fuente: Encuesta de Población Activa. Instituto Nacional de Estadística. Elaboración propia.
Cuartos trimestres. Cifras en miles y porcentajes.

- Las personas con doble nacionalidad (española y otra) se incluyen con las de nacionalidad española.
- En las cifras del año 2009 se incluyen los 27 países de la Unión Europea (UE-27) excepto España.

Por nacionalidades, el desempleo tiene una importante repercusión en la población extranjera a nivel nacional, ya que uno de cada cuatro desempleados es extranjero, lo cual supone poco más de un millón. En Andalucía esta proporción es menor, puesto que del total de desempleados el 13,2% son extranjeros. Cabe destacar que la inmensa mayoría de extranjeros en situación de desempleo provienen de fuera de la Unión Europea, en consonancia con sus menores niveles educativos y con sus ocupaciones ubicadas en sectores productivos más sensibles a las crisis económicas.

6. LAS TRAYECTORIAS LABORALES DE LOS EXTRANJEROS EN ANDALUCÍA

El estudio y análisis de las trayectorias laborales que describen los individuos, adquieren especial protagonismo desde finales de la década de los años 1980. Los excesivos niveles de desempleo y precariedad laboral, que caracterizan al mercado de trabajo en España, ponen en entredicho la integración social de las nuevas generaciones. Estos cambios, de carácter estructural y administrativo, han traído consigo importantes retrasos a la hora de acceder a la vida activa y al empleo. En concordancia con la flexibilización que experimenta el mercado de trabajo, los individuos desarrollan trayectorias laborales marcadas por la diversidad de situaciones y la incertidumbre.

En buena medida, los estudios sobre integración social se han desarrollado de forma paralela a esta realidad con el objetivo de mejorar el tránsito a la vida activa y al trabajo. Desde la década de los años 1980, las nuevas generaciones experimentan retrasos significativos en el desarrollo de sus etapas vitales y, por consiguiente, en su integración plena en la sociedad⁸. El acceso al empleo, junto con los itinerarios laborales que experimentan, y la integración social, constituyen procesos claramente relacionados (Figuera 1996: 64; Auberni, 1995: 397; Casal, Masjuan y Planas, 1991: 10; Coleman y Husen, 1989: 77; Ashforth y Saks, 1995: 157).

⁸ En España, la edad de acceso al empleo se ha retrasado seis años, la del matrimonio tres años y la compra de la vivienda dos años (Garrido y Requena, 1995: 52-3). Las nuevas generaciones de jóvenes, nacidos a partir de los años 1970, abandonan los hogares paternos y consiguen la autosuficiencia económica a edades más avanzadas. En muchas ocasiones la autonomía adulta se produce en grupos de edad en torno a los 40 años, como afirma Garrido y Requena (1997: 10). Las dificultades de acceso al empleo y la precariedad laboral, han incidido en el retraso de la autonomía adulta. En concreto, sólo el 23% de los jóvenes españoles menores de 30 años han abandonado el domicilio familiar de origen. Este hecho no responde a una elección voluntaria de los jóvenes, sino a la insuficiencia de los salarios, a la precariedad de los empleos y a las dificultades para acceder a la vivienda (Martín y Velarde, 2001: 65-6).

El estudio de las trayectorias laborales que describen los inmigrantes, representa uno de los principales objetivos de nuestro estudio. Para ello, hemos utilizado, principalmente, las bases de datos de la Encuesta Nacional de Inmigrantes⁹ (ENI) y del Observatorio ARGOS, que nos permite analizar esta realidad en el contexto de Andalucía.

Como podemos apreciar en la Tabla VII, en el *momento de emigrar* una proporción considerable de los inmigrantes (46,5%) estaba trabajando. Tan sólo una minoría (13,7%) afirma que buscaba trabajo. Por tanto, habría que pensar que el trabajo, en sí mismo, no es el principal móvil que les haya impulsado a venir a Andalucía. En este sentido, cuando se les pregunta por los principales motivos para emigrar, la mejora de la calidad de vida plasmada en diferentes factores: razones familiares, el clima y el coste de la vida, constituye la principal causa de la emigración. No sólo buscan un empleo, sino todo lo que conlleva insertarse en una sociedad de bienestar. Sin embargo, no podemos descartar los motivos económicos para una proporción considerable de inmigrantes extranjeros, ya que uno de cada cuatro (27,6%) afirma venir con un claro objetivo laboral, ya sea porque no tienen trabajo o porque busca uno mejor.

El principal medio de transporte utilizado ha sido el avión (56%), un dato que no resulta chocante si tenemos en cuenta que la mayoría procede de países del entorno europeo y América del Sur. A una distancia considerable, le sigue el barco, autobús o tren y el automóvil. No obstante, el 1,1% afirma haber llegado en patera y similares. La proximidad del continente africano, y en concreto de Marruecos, a las costas andaluzas lo han convertido en puerta de entrada a España y Europa de miles de sin papeles. Según la Asociación Pro Derechos Humanos en Andalucía¹⁰, en el año 2009 fueron interceptados en pateras y similares 4.412 inmigrantes que pretendían alcanzar las costas andaluzas; unas cifras relativamente bajas, ya que se han ido reduciendo como consecuencia de los mayores controles de fronteras, la colaboración del gobierno de Marruecos y la crisis económica que ha provocado que muchos inmigrantes regresen a sus países de origen disminuyendo el efecto llamada.

⁹ Tal y como establece la metodología de la Encuesta Nacional de Inmigrantes (ENI), cuando se habla de empleo se hace referencia a cualquier actividad remunerada, ya sea estable o temporal, con contrato o sin contrato.

¹⁰ Véase: www.apdha.org.

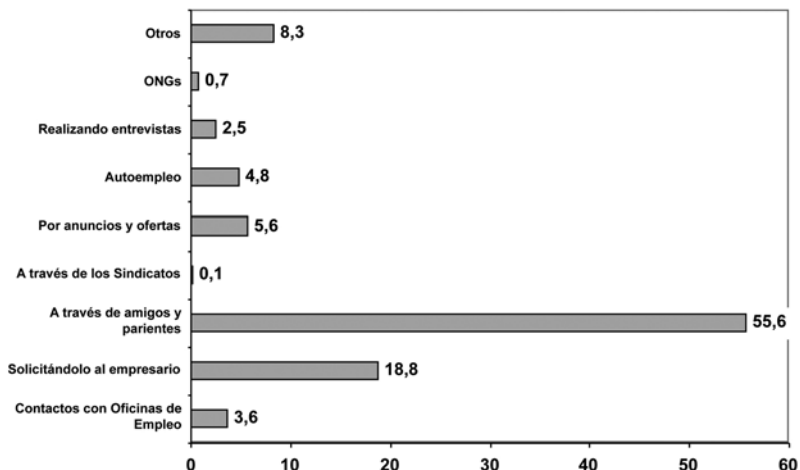
Tabla VII
Condiciones de salida y llegada a Andalucía

Actividad en el momento de emigrar	
Trabajando	46.5
Buscando Trabajo	13.7
Estudiando	13.8
Jubilado	6.4
Sus labores	19.6
TOTAL	100
Principales motivos para emigrar	
Por falta de empleo	11.5
Para buscar un empleo mejor	16.1
Por la calidad de vida	21.4
Por razones familiares	15.8
Por el coste de la vida	8.5
Por el clima	10.3
Otras razones	16.4
TOTAL	100
Medio de transporte utilizado	
Automóvil	12.9
Autobús o Tren	13.4
Avión	56
Barco	16.6
Patera y similares	1.1
TOTAL	100

Fuente: Encuesta Nacional de Inmigrantes (INE, 2007) y elaboración propia. Cifras en %.

En lo que respecta a las estrategias de búsqueda de empleo, la mayoría (55,6%) ha utilizado medios informales; es decir, a través de amigos y familiares. Le siguen los que lo han solicitado directamente a los empresarios (18,8%) y una minoría han utilizado otros medios como: los anuncios y ofertas de empleo, el autoempleo, las Oficinas de Empleo, las ONGs y los Sindicatos (Gráfico I).

GRÁFICO I
ESTRATEGIAS DE BÚSQUEDA DE EMPLEO (en %)



Fuente: Encuesta Nacional de Inmigrantes (INE, 2007) y elaboración propia.

Las redes sociales reducen los costes de búsqueda de empleo, en concreto el tiempo de localización y acceso a un puesto de trabajo, y constituyen una suerte de capital relacional otorgando ventajas competitivas a la hora de conseguir un empleo. Los logros personales quedan muy vinculados a los contactos del inmigrante, ya que les proporcionan ayuda y, lo que es muy importante, acceso a información privilegiada¹¹. Según la Encuesta Nacional de Inmigrantes (2007), la mayoría tienen contactos antes de venir a Andalucía. En concreto,

¹¹ La Teoría del Capital Relacional establece que los canales informales de acceso al empleo (amigos, parientes y conocidos) son muy eficaces a la hora de encontrar un trabajo. Su efectividad depende de distintas circunstancias, entre ellas el tipo de ocupación y de empresa a donde se pretende acceder. Mientras en las pequeñas y medianas empresas se suele ingresar a través de contactos personales, en las empresas públicas el mecanismo de acceso suele ser a través de canales oficiales formalizados (Requena, 1991: 76). Los costes de búsqueda y acceso al empleo (movilidad, información..., etc.) se ven ampliamente reducidos con las redes sociales. En esta línea, Doeringer y Piore (1983: 312) consideran que la aceptación del nuevo empleado, por parte de sus compañeros en la empresa, es fundamental para poder adquirir determinadas cualificaciones necesarias para desarrollar el trabajo. La *aceptabilidad social* es clave, y esta aceptación es sensible a factores como la raza, el sexo y las creencias sociales compartidas.

Las redes sociales siguen siendo la principal vía de búsqueda de empleo para el resto de activos en Andalucía y España. En concreto, el 86,1% de los desempleados en España lo buscan a través de sus propias redes sociales (EPA, IV trimestre de 2009). Es una característica que define a los procesos de búsqueda de empleo en países mediterráneos de la Unión Europea, como son los casos de Italia, Grecia y Portugal.

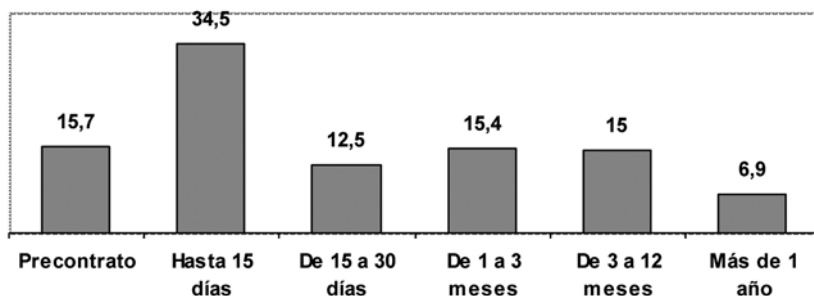
el 80% y el 58% de los nacidos en América Latina y África, respectivamente, lo afirman.

La influencia y apoyo de las redes sociales no siempre es positiva, puesto que suelen limitar las oportunidades laborales a las propias de la comunidad que les acoge. En la mayoría de los casos, quedan confinados a los segmentos laborales predeterminados por sus propias redes nativas pre-existentes (Martínez et al., 2008: 20-21).

Desde una perspectiva estructural del mercado de trabajo¹² los inmigrantes quedarían atrapados en un segmento secundario caracterizado por ostentar los empleos con condiciones laborales más precarias. Por tanto, supone reconocer que existen puestos de trabajo, o segmentos de grupos ocupacionales, basados en la capacidad de acción de ciertos grupos que asignan posiciones en el mundo laboral.

En cuanto al tiempo que tardaron en encontrar un empleo, la mayoría lo hicieron de forma muy rápida, ya sea porque tenían un precontrato o porque lo consiguieron encontrar antes de 15 días. Durante sus tres primeros meses en Andalucía, ocho de cada diez inmigrantes han accedido a un trabajo; pero no es la misma situación para la totalidad, ya que el 15% tarda entre tres meses y un año, y el 6,9% más de un año (Gráfico II).

GRÁFICO II
TIEMPO EN ENCONTRAR EL PRIMER EMPLEO
(en %)



Fuente: Encuesta Nacional de Inmigrantes (INE, 2007) y elaboración propia.

¹² Dentro de esta perspectiva, la teoría del Mercado Dual de Trabajo concibe al mercado de trabajo dividido en dos segmentos: primario y secundario. El segmento primario está compuesto por ocupaciones bien remuneradas, estables y con posibilidades de promoción, frente al segmento secundario, que ofrece trabajos peor pagados, temporales y con pocas posibilidades de mejora (Piore, 1983: 194).

Los inmigrantes encuentran empleo en menos tiempo que el resto de desempleados, tanto a nivel nacional como andaluz. En concreto, la mayoría de los desempleados en Andalucía (63,3%) suelen tardar menos de un año en encontrar trabajo, pero una proporción considerable (21,6%) tarda entre uno y dos años, y el resto (15,1%) dos años o más (EPA, IV trimestre de 2009).

Los parados de larga duración, aquellos que llevan más de un año en desempleo, son los que experimentan las mayores dificultades de integración social. Tras varios intentos fallidos de acceso al mercado laboral, las consecuencias a nivel social, familiar, económico y cognitivo son mayores. Según García (1986:998), las investigaciones realizadas confluyen en que la prolongación del desempleo produce efectos psicológicos negativos de distintos tipos en el sujeto, siendo los más constatados la depresión y el descenso de salud mental general. Los desempleados de larga duración van pasando por diferentes etapas hasta desembocar en un nuevo rol más pobre y limitado.

Es relevante conocer ciertas características de los individuos que pueden tener un efecto modulador en relación con los cambios psicológicos y psicosociales del parado. Las características o variables a tener presentes pueden ser muchas, entre ellas: de apoyo social recibido, el estatus ocupacional y el grado de implicación en el trabajo. En el caso de los inmigrantes, las consecuencias pueden ser más graves al encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad social y con menor apoyo económico¹³.

En lo que respecta a la categoría del primer empleo, se aprecian diferencias significativas por sexos. En concreto, la mujer tiene mayor presencia como empresarios, como directivos y técnicos de alta cualificación. Los varones ocupan categorías laborales más bajas, puesto que la mayoría trabajan como asalariados cualificados y no cualificados. El nivel educativo sigue siendo una variable importante, ya que nueve de cada diez empleos de alta cualificación corresponden a los niveles medios y, sobre todo, superiores. La mayoría de los asalariados, ya sean cualificados o no, tienen estudios secundarios. En el caso de los empresarios, los niveles educativos suelen ser más bien bajos, ya que existen elevadas proporciones de los que poseen estudios primarios y sin estudios. Por lugares de procedencia, los procedentes de América Latina y países desarrollados ocupan la mayor parte de los empleos cualificados, de alta cualificación y como empresarios con y sin asalariados. Frente a éstos, más de la mitad de los empleos de baja cualificación corresponden a los inmigrantes que han llegado del continente africano (Tabla VIII).

¹³ El individuo sufrirá unos efectos más o menos severos, en función de su personalidad y del contexto donde se desenvuelve. La mayoría de las investigaciones han tenido presentes variables sociodemográficas (la edad sexo, estado civil y la clase social), variables situacionales (la duración del desempleo, la situación económica y la experiencia profesional) y otras de carácter psicosocial (el grupo profesional, el soporte social, las relaciones familiares y las actitudes y expectativas) (García et al., 1988: 179-180).

Tabla VIII
Categoría del primer empleo por niveles educativos, lugar de procedencia y sexo

Categorías	Directivos, profesionales y técnicos de alta cualificación	Asalariados cualificados	Asalariados no cualificados	Empresarios con asalariados	Empresarios sin asalariados
Niveles educativos					
Primarios y sin estudios	10.5	25.8	31.5	42.6	30.8
Secundarios	31.3	55.8	56.7	47.8	48.1
Superiores	58.2	18.4	11.8	9.6	21.1
TOTAL	100	100	100	100	100
Lugar de procedencia					
Países desarrollados	39.5	30.7	14.2	56.2	33.8
América Latina	43.3	27.8	32.8	9.6	44.7
África	13.3	23.7	26	20.9	21.5
Otros países de Europa, Asia y Oceanía	3.9	17.8	27	13.3	—
TOTAL	100	100	100	100	100
Sexo					
Varones	47.1	61.5	50.5	45	29.4
Mujeres	52.9	38.5	49.5	55	70.6
TOTAL	100	100	100	100	100

Fuente: Encuesta Nacional de Inmigrantes (INE, 2007) y elaboración propia. Cifras en %.

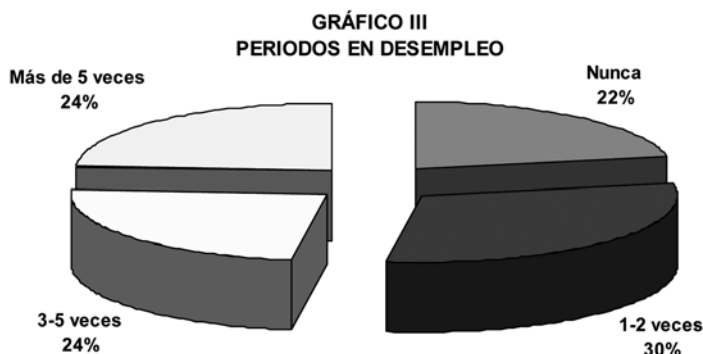
Desde finales de la década de los años 1980, Andalucía ostenta la tasa de contratación temporal más elevada del contexto español y de los países de la U.E. Desde entonces, ha mostrado una tendencia creciente hasta situarse en el 36,3% del total de los asalariados. Las tipologías de contratación temporal se han ido ampliando y los indicadores del mercado laboral muestran que más del 90% de los nuevos contratos son temporales (EPA, IV trimestre de 2009).

El trabajo temporal ha cobrado importancia en España, Francia, Países Bajos y Australia, frente a otros países donde apenas ha habido cambios. El fomento de la contratación temporal en España repercute, en mayor medida, en jóvenes y mujeres. Frente al resto de los países de la OCDE, los parados que encuentran un trabajo en España o Francia tienen más probabilidades de que sea un trabajo temporal y no permanente (Martínez, 2002: 49).

La escasa estabilidad laboral afecta de forma más notoria a los inmigrantes, ya que la práctica totalidad de sus contratos son temporales (97,2%) (ARGOS, 2010). Los elevados niveles de temporalidad en la contratación, determinan una intensa rotación externa del mercado laboral que define trayectorias complejas marcadas por periodos de desempleo. Una importante mayoría de los inmigrantes en Andalucía la experimentan, ya que casi ocho de cada diez (78%) ha estado alguna vez en paro. Lo más habitual son las entradas y salidas

constantes del mercado laboral; el 30% ha estado una o dos veces en paro, el 24% entre tres y cinco veces y otro 24% más de cinco veces (Gráfico III).

La modalidad de trayectorias que describen suelen ser precarias. Estos itinerarios laborales se caracterizan por la ausencia de estabilidad y continuidad (paros intermitentes, rotación externa laboral constante y subocupación). No resulta una trayectoria constructiva desde el punto de vista de la inserción social, ya que los inmigrantes no suelen estabilizar una situación profesional que les permita planificar su vida a medio y largo plazo.



Fuente: Encuesta Nacional de Inmigrantes (INE, 2007) y elaboración propia.

En lo que respecta a su situación laboral actual¹⁴, es preciso resaltar la importante proporción de los que no tienen trabajo (67,4%), ya sea porque lo han perdido o por no haber trabajado nunca (Tabla IX).

**Tabla IX
Situación laboral actual**

Sigue trabajando en la misma categoría	17.8
Sigue trabajando pero en distinta categoría	14.8
Ha trabajado pero actualmente no tiene trabajo	17.4
No ha trabajado ni trabaja en la actualidad	50
TOTAL	100

Fuente: Encuesta Nacional de Inmigrantes (INE, 2007) y elaboración propia. Cifras en %.

Según los datos del Observatorio ARGOS, en enero de 2010 existen en

¹⁴ La situación actual hace referencia al año 2007, en el caso de la ENI, y enero de 2010 para los datos extraídos del observatorio ARGOS.

Andalucía 92.179 extranjeros demandantes de empleo¹⁵, de los cuales una importante mayoría (72,5%) están desempleados. La proporción de extranjeros demandantes de empleo, siguiendo la tendencia generalizada a nivel nacional y andaluz, ha experimentado un incremento del 35,2% con respecto al año anterior. La inmensa mayoría (83,2%) había trabajado anteriormente, sobre todo en los sectores de la construcción (23,5%); agricultura, ganadería, silvicultura y pesca (18,5%); comercio, reparación de vehículos, actividades administrativas e industriales (25,1%); y hostelería (17,2%). La edad de los demandantes de empleo suele estar comprendida entre los 25 y 44 años (68%), son varones (56,3%) y sus niveles educativos corresponden a primarios o inferiores (57,9%). En consonancia con el nivel educativo, la mayoría (52,7%) de las ocupaciones demandadas corresponden a empleados domésticos y personal de limpieza, trabajadores de los servicios de restauración, peones de la construcción, peones agropecuarios y de la pesca y trabajadores en obras estructurales de la construcción y asimilados. Por países de procedencia, Marruecos y Rumania representan las mayores proporciones, ya que el 26,9% y el 14,3%, respectivamente, de los demandantes de empleo proceden de estos países; el resto queda distribuido en más de 20 países con una notable presencia de Iberoamericanos.

Con respecto a la situación actual de los que trabajan en Andalucía, en general desarrollan ocupaciones como trabajadores no cualificados (63,3%). En menor medida (29,7%) ostentan trabajos cualificados en la agricultura, pesca, construcción, minería e industria. El resto (7%), lo hacen como trabajadores de servicios relativos a restauración, personales, protección y comercios (Ibidem).

7. CONCLUSIONES

A la hora de hablar de inmigración en Andalucía e integración sociolaboral, cabría hacer una primera distinción necesaria y oportuna. Frente a los inmigrantes de países del entorno de la Unión Europea, con elevados niveles educativos y con una situación económica y jurídica normalizada, están los procedentes de países en vías de desarrollo en búsqueda de una nueva oportunidad laboral y una mejor calidad de vida.

La inmigración económica no es un hecho aislado ni coyuntural de la sociedad andaluza, sino una realidad estructural donde se conjuga, por una parte, la necesidad de importar mano de obra para ocupar determinados empleos fundamentales para el desarrollo de la economía andaluza y, por otra parte, el acceso a nuevas oportunidades laborales y a los servicios básicos comunes al conjunto de la población. Por tanto, existe una relación funcional entre inmi-

¹⁵ Las demandas de empleo corresponden a las registradas en las bases de datos del Servicio Andaluz de Empleo (SAE).

grantes económicos y sociedad de acogida (Pérez y Rincken, 2005: 85). Pero esta funcionalidad se ve alterada en los momentos de crisis económica. El rechazo hacia los foráneos aflora, de manera más evidente, cuando hay que competir por los escasos puestos de trabajo.

Las políticas sobre inmigración, han contemplado la integración de los inmigrantes en la sociedad como un objetivo transversal en las diferentes actuaciones emprendidas. El ámbito sociolaboral ha tenido especial relevancia, ya que determina todo un conjunto de factores fundamentales para poder hablar de integración social. De hecho, el 75% de sus ingresos proceden de la actividad laboral y el trabajo aparece como su principal preocupación y necesidad (Ibídem).

La realidad laboral de los inmigrantes económicos en Andalucía, se caracteriza por ostentar elevados niveles de desempleo y por desarrollar trabajos esporádicos en las ocupaciones de menor prestigio. La excesiva rotación laboral externa, les dificulta la consolidación de una trayectoria profesional constructiva. En general, encuentran serias dificultades para conseguir una especialización profesional y la planificación de sus vidas a medio plazo. Las constantes entradas y salidas del mercado laboral y los cambios continuos de ocupación, les dificulta la adquisición de una formación específica en el puesto de trabajo que les permita su consolidación y el ascenso profesional. La apropiación de los mercados de trabajo más precarios por parte de los inmigrantes, trae consigo unas consecuencias sociales, que se plasman en el bajo estatus que la sociedad autóctona les atribuye, y económicas, marcadas por procesos de segregación con concentraciones en los barrios más degradados y con deficientes condiciones de vida. En este contexto, la integración queda relegada a sus propios guetos reproductivos.

El acceso al empleo y la calidad del mismo, constituye un verdadero reto para la sociedad andaluza. La precariedad laboral y los altos niveles de paro, se han erigido factores estructurales que definen, desde finales de la década de los años 1980, el mercado laboral. En este contexto, los inmigrantes económicos han logrado acceder a los empleos más precarios y peor remunerados. Las acciones administrativas se encuentran con un importante handicap estructural, muy complicado de superar a corto y medio plazo.

Lo cierto, es que nos encontramos ante una realidad innegable a la que hay que dar respuestas de carácter estructural y social. Se ha de tener presente el perfil del inmigrante, potenciar su incorporación a un mercado de trabajo regularizado y procurar la movilidad profesional ascendente. Ante sus bajos niveles educativos, la formación y orientación profesional, constituyen instrumentos claves en este proceso. Para ello, es fundamental que la propia estructura productiva andaluza adquiera la estabilidad necesaria que permita el desarrollo de trayectorias estables y predecibles, junto con desarrollo de políticas activas de empleo adaptadas a la diversidad de situaciones que caracterizan la empleabilidad de los inmigrantes.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGOS (Sistema de Prospección Permanente del Mercado de Trabajo) (2008). *Las personas extranjeras en el mercado laboral andaluz*. Sevilla: Consejería de Empleo, Junta de Andalucía.
- ASHFORTH, Blake E. y SAKS, Alan M. (1995). "Work-role transitions: A longitudinal examination of the Nicholson model". *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, 68, 157-175.
- AUBERNI, Salvador (comp.) (1995). *La orientación profesional*. Barcelona: Institut Municipal d'educació.
- BELTRÁN, Joaquín; BETRISEY, Debora; LÓPEZ, Ana M. y SAÍNZ, Amelia (2006). *Población y actividades económicas de las comunidades asiáticas en España*. Barcelona: Fundación CIDOB.
- CASAL, Joaquín; MASJUAN, Josep M. y PLANAS, Jordi (1991). *La inserción social y profesional de los Jóvenes*. Madrid: CIDE, Ministerio de Educación y Ciencia.
- COLEMAN, James y HUSÉN, Torsten (1989). *Inserción de los jóvenes en una sociedad en cambio*. Madrid: Narcea.
- DOERINGER, Peter B. y PIORE, Michael J. (1983). "El paro y el mercado de trabajo". En: TOHARIA, Luis (ed.). *El mercado de trabajo: teorías explicativas*, Madrid: Alianza.
- FIGUERA, Pilar (1996). *La inserción del universitario en el mercado laboral*. Barcelona: EUB.
- GARCÍA, Miguel A.; PÉREZ, Cristino y RODRÍGUEZ, Andrés (1988). "Aproximación al fenómeno del paro: un modelo explicativo". *Revista Española de Sociología*, 41, 177-188.
- GARCÍA, Miguel A. (1986). "Efectos psicosociales relacionados con la duración del desempleo". *Revista de psicología general y aplicada*, 41(5), 975-1002.
- GARETH, Dale. y COLE, Mike (1999). *The european union and migrant labour*. New York: Oxford.
- GARRIDO, Luis y REQUENA, Miguel (1997). "Emancipación y adquisición: las dos caras de la integración en el mundo adulto". En: GARRIDO, Luis y REQUENA, Miguel (1997). *La emancipación de los jóvenes en España*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Juventud. (1995). "El acceso de los jóvenes a la vivienda y al trabajo". *Revista Asturiana de Economía*, 2, 27-55.

- MARTÍN, Manuel y VELARDE, Olivia (dirs.) (2001). *Informe sobre la juventud en España 2000*. Madrid: Instituto de la Juventud.
- MARTÍNEZ, Manuel F.; GARCÍA, Manuel y MAYA, Isidro (2008). *La integración social de los inmigrantes desde los recursos sociales*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- MARTÍNEZ, Rafael (2002). *La inserción laboral de los universitarios*. Granada: Universidad de Granada.
- OPAM (Observatorio Permanente Andaluz de las Migraciones) (2008). *Informe anual Andalucía inmigración*. Sevilla: Junta de Andalucía.
- PÉREZ, Manuel y RINKEN, Sebastián (2005). *La integración de los inmigrantes en la sociedad Andaluza*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- PIORE, Michael J. (1983). "Notas para una teoría de la estratificación del mercado de trabajo". En: TOHARIA, Luis (ed.). *El mercado de trabajo: teorías explicativas*. Madrid: Alianza.
- PUMARES, Pablo e IBORRA, Juan F. (2008). "Población extranjera y política de inmigración en Andalucía". *Política y Sociedad*, 1 (45), 41-60.
- REQUENA, Félix (1991). *Redes sociales y mercado de trabajo*. Madrid: CIS.
- ROSELL, María D. (dir.) (2008). *Las personas extranjeras en el mercado de trabajo andaluz*. Sevilla: Servicio Andaluz de Empleo, Junta de Andalucía.
- TEZANOS, José F. y DÍAZ, Verónica (2008). *Condiciones laborales de los trabajadores inmigrantes en España*. Madrid: Sistema.

Mercado de Trabajo

LA REFORMA LABORAL NO FAVORECE LA CREACIÓN DE EMPLEO DE CALIDAD. INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (TERCER TRIMESTRE DE 2010*)

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 económica, Empleo

La recuperación económica, que parecen mostrar ya los países centrales de la U.E. todavía no parece haber llegado a España que se sitúa en la cola europea en lo referente al crecimiento económico y, por el contrario, continúa a la cabeza en lo relativo al desempleo. Los datos disponibles para el tercer trimestre de 2010 referidos a España muestran no obstante una cierta evolución positiva, ya que la ocupación ha crecido y el desempleo se ha reducido, permaneciendo la población activa prácticamente inalterada. En lo que respecta al mercado de trabajo de Andalucía, los datos no coinciden con el conjunto nacional ya que el empleo se ha reducido y el paro ha crecido, llegando la tasa de paro al 28.55%; 8,76 puntos por encima de la media nacional.

ABSTRACT

Key Words: Crisis, Employment

The economic recovery, that seems to have arrived at the main European countries, has not yet come to Spain. The Spanish economy appears at the bottom of the list of the European countries according to economic growth. On the contrary, Spain is at the top of the list if unemployment rate is the variable considered. According to data supplied by the National Institute of Statistics, in the third quarter of 2010, occupation has grown and unemployment has declined as the supply of labour has been stable during this quarter. During the same period, the Andalusian Labour Market shows a different evolution. Employment has declined and unemployment rate has grown, up to a 28.55%, 8.76 points higher than the Spanish figure.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 30 de octubre de 2010.

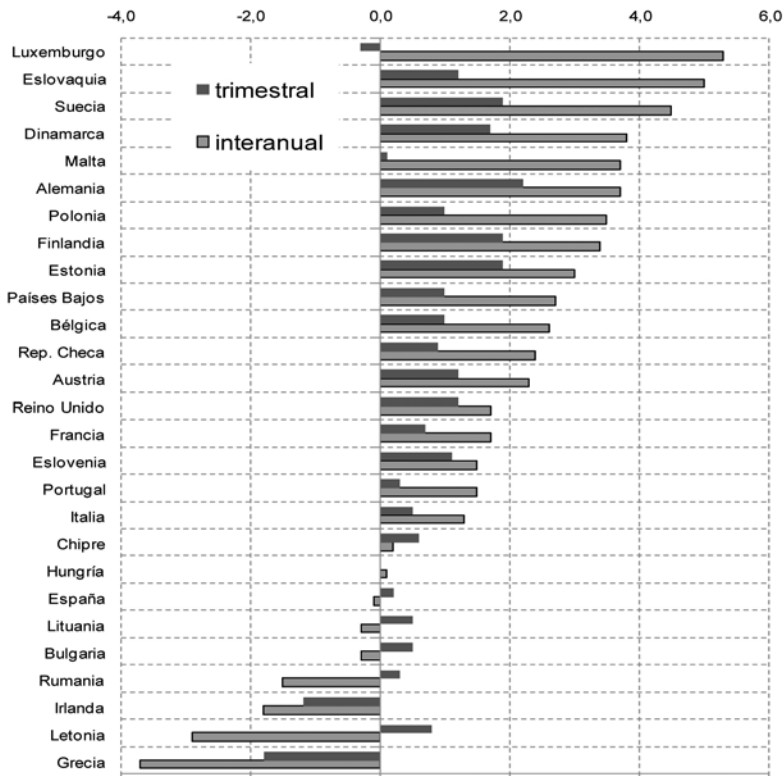
ÍNDICE

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

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

La recuperación económica que en el resto de Europa parece tener más fuerza, en España todavía se mantiene con alfileres: los últimos datos publicados (segundo trimestre de 2010) muestran un mínimo crecimiento del PIB en términos trimestrales, y todavía una variación negativa si la comparación es interanual.

Tasas de variación del PIB (%) (2º trimestre 2010)



Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat.

Estas cifras se sitúan lejos de los crecimientos de Suecia, Dinamarca o Alemania, entre los principales países de la Unión Europea de los 15. La variación interanual en nuestro país se mantiene todavía negativa, como en Lituania, Bulgaria, Rumania, Irlanda, Letonia y Grecia. De entre nuestros socios de moneda, únicamente Irlanda y Grecia tiene peores perspectivas de crecimiento económico.

Y las previsiones de los principales organismos internacionales no mejoran la sensación de que la recuperación económica se nos queda aún lejana: España es el único país que se mantiene en tasas negativas en este año 2010.

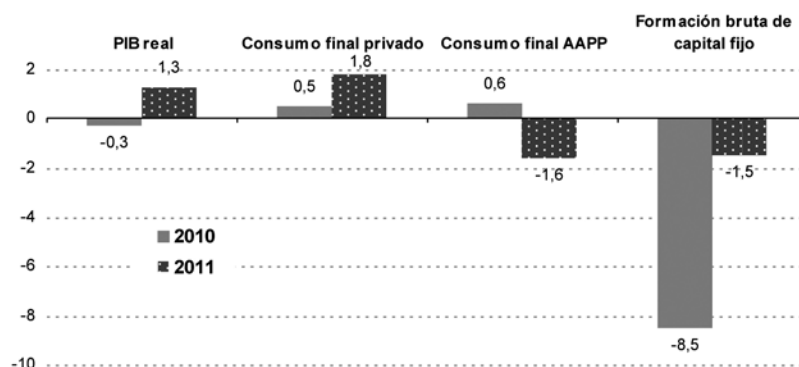
Previsiones económicas mundiales (octubre 2010)

	PIB		Consumo Privado		Inversión Empresarial		Producción Industrial	
	2010	2011	2010	2011	2010	2011	2010	2011
EE.UU.	2,7	2,4	1,6	2,1	5,3	8,3	5,5	4,1
Japón	3,0	1,2	1,9	0,5	1,2	4,0	17,2	2,2
Alemania	3,3	2,0	0,0	1,2	8,0	6,4	9,7	4,2
Francia	1,6	1,5	1,4	1,2	-1,8	3,0	4,8	2,5
España	-0,4	0,6	1,0	0,4	-6,9	-1,6	0,9	1,7
Eurozona	1,6	1,4	0,6	0,9	-0,6	2,7	6,7	3,4

Fuente: *Consensus Forecast*, octubre 2010.

En cuanto a las proyecciones oficiales del Ministerio de Economía (escenario macroeconómico presentado en septiembre de 2010) para este y el próximo año no coinciden con las de los principales organismos internacionales. Las previsiones oficiales del Ministerio de Economía indican para este ejercicio un descenso del PIB real del 0,3 por ciento, cifra similar a las que calculan el Fondo Monetario Internacional o la Comisión Europea. Las divergencias se sitúan, principalmente, en la evolución del PIB para el año siguiente, el 2011: el resto de predicciones auguran la mitad de crecimiento del que prevé el Ministerio de Economía.

Escenario macroeconómico del Gobierno de España



Fuente: Previsiones de 30 de septiembre de 2010, Ministerio de Economía y Hacienda.

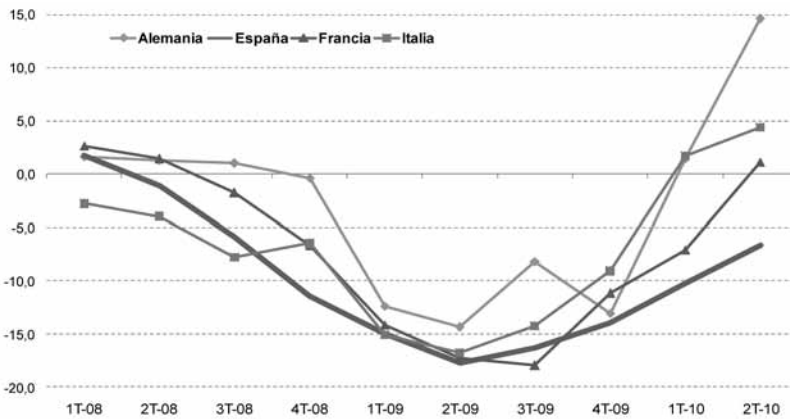
Por tanto, España se sitúa a la cola de Europa en cuanto a evolución económica, y continúa a la cabeza en niveles de desempleo.

De entre las variables que más se han desplomado en esta etapa se encuentra la inversión empresarial. Así, la pérdida de la inversión en bienes de equipo refleja el estancamiento de la actividad económica y el fuerte deterioro de la confianza empresarial. No obstante, la inversión en bienes de equipo señala una cierta recuperación en el segundo trimestre de 2010 (del 8,7 por ciento en términos interanuales), que no alcanza los ritmos de las principales economías europeas.

Ante una crisis de demanda como la actual en la que estamos inmersos, hasta que no se termine el stock de productos y no se aclaren las perspectivas futuras, los empresarios no se atreverán a invertir de nuevo. Mientras las expectativas continúen en este tenor, parece que hay el margen empresarial se orienta a seguir utilizando el capital instalado y no recurrir a nueva inversión.

La recuperación en los indicadores que aparece en el segundo trimestre de este año es previa al decreto del 20 de mayo, de recortes de gastos en todos los ámbitos de la economía, en especial en el caso de la inversión pública (más dirigida a la inversión en infraestructuras, es decir, en ingeniería civil, en vivienda....) y no tanto en bienes de equipo y material agrícola. Pero según las previsiones, la inversión empresarial no se recuperará siquiera en el año 2011.

Variación interanual de la Formación Bruta de Capital en algunos países de la Unión Europea (2008-2010)



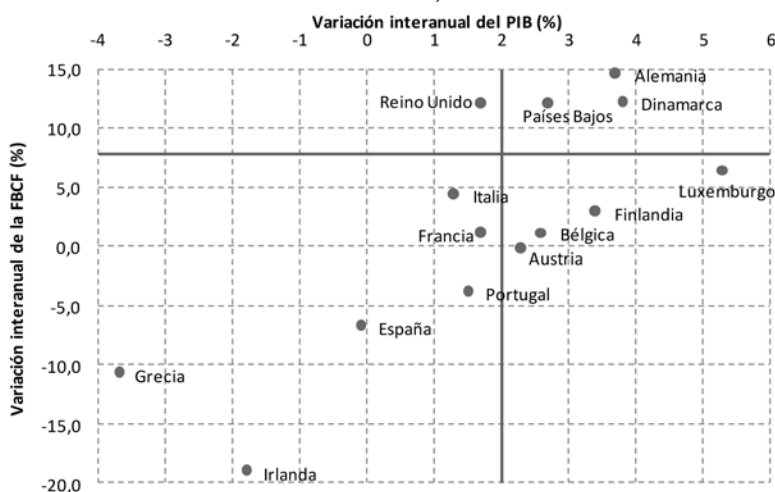
Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat.

El cambio de política económica que ha llevado a los países de la Unión Europea a modificar las políticas fiscales expansivas, de impulso a la reactivación de la demanda, por políticas contractivas, de control del déficit público, en el cumplimiento de los criterios del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, puede tener efectos diversos a tenor de las cifras observadas.

En aquellos países donde la recuperación parece asentada, controlar el déficit excesivo no tiene por qué suponer un esfuerzo tan importante como sí lo es para las economías que aún no habían consolidado sus ritmos de recuperación, véase el caso de España.

Así, frenar la inversión pública, cuando la inversión privada aún no ha tomado el relevo, no permitirá que el crecimiento del PIB sea una realidad. En los países donde el crecimiento de la inversión ya está en niveles anteriores a la crisis, la evolución del PIB es más acelerada (Alemania, Dinamarca o Países Bajos), mientras las economías con más problemas estructurales siguen quedando rezagadas (Grecia, Irlanda, España y Portugal).

Variación interanual del PIB y de la FBCF en los países de la Unión Europea- 15 (2º trimestre de 2010)



Las líneas continuas señalan las medias de la UE-15. Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat.

En este sentido, imponer el cumplimiento de los criterios nominales establecidos en el Pacto de Estabilidad, condenará no sólo a las economías más débiles a un crecimiento más lento y tardío, sino que relegará de nuevo la convergencia real entre las economías europeas, forzando la Europa de dos (o más) velocidades, con lo que los objetivos de cohesión social y territorial quedan en el olvido.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

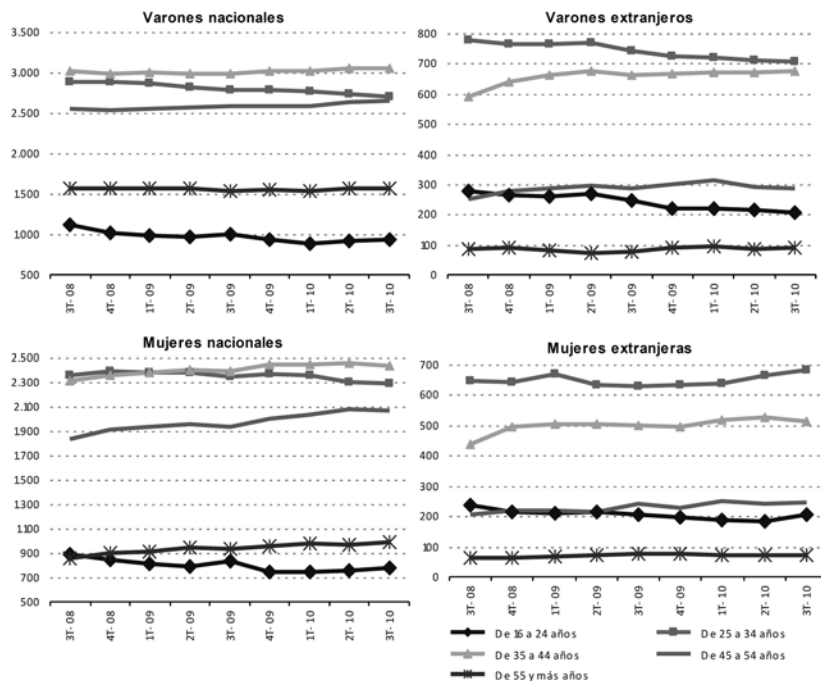
La evolución de la población activa en España se mantiene en signos positivos, aunque con diferencias según las clasificaciones por edad, sexo y nacionalidad. Respecto al trimestre anterior no presenta variaciones, pero aumenta un 0,6 por ciento si la comparación es interanual.

Es mayor el aumento de la población activa femenina (un 1,7 por ciento), porque de hecho el número de hombres en activo ha disminuido en un 0,4 por ciento respecto al tercer trimestre de 2009.

Descendiendo al análisis por grupos de edad, son los trabajadores mayores de 45 años los que engrosan en mayor medida (relativa) la oferta de trabajo, aumentando en un 4 por ciento en el último año. Este aumento proviene casi por entero de las mujeres en esas edades, pues el 65 por ciento de las personas de más de 45 años que se incorporan al mercado de trabajo, son mujeres. Esto da muestras de cómo ha pesado más el efecto del trabajador (trabajadora en este caso) adicional.

El grupo de edad que más cae es el de los menores de 25 años, que suponen casi un 8 por ciento menos que en el mismo periodo del año pasado, aunque son un 2,1 por ciento más que en el segundo trimestre del año, lo que coincide con la fuerte estacionalidad de esta variable, ligada a la finalización de los estudios en el periodo de verano. A lo que hay que añadir el fin del efecto llamada que significa la paralización de la actividad en el sector de la construcción, sector donde se había concentrado buena parte de la población joven, masculina e inmigrante. Son los inmigrantes menores de 25 años quienes descienden en mayor medida en términos interanuales (una caída del 17,4 por ciento).

Evolución del número de activos según sexo, nacionalidad y grupo de edad (3^{er} trimestre 2008-3^{er} trimestre 2010)



Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

A lo que hay que añadir el descenso continuado del número de extranjeros varones entre 25 y 34 años desde hace más de un año.

Entre las mujeres inmigrantes, por el contrario, es el grupo que presenta una evolución creciente continua desde el momento más crítico de la recesión económica (la primera mitad del año 2009).

Todo ello hace que las tasas de actividad se sitúen por encima de las de hace un año, aunque en el caso de la tasa de actividad masculina, por debajo de la del segundo trimestre de 2010.

Tasas de actividad por sexo y grupos de edad, (%)

	3T-2009	2T-2010	3T-2010
Tasa de actividad	59,81	60,11	60,08
Hombres	68,44	68,37	68,28
Mujeres	51,51	52,19	52,22
< 25	51,27	47,29	48,56
25-54	84,20	85,62	85,33
> 55	20,96	21,29	21,41

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la *Encuesta de Población Activa*, INE.

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

Es cierto que recuperación es la palabra que más se repite en estos meses; esperemos que en los siguientes trimestres podamos hablar de consolidación y no de retroceso, paralización o recaída.

Porque de nuevo, en el tercer trimestre de 2010 aumenta el número de ocupados respecto al trimestre anterior. Y ya llevamos dos trimestres consecutivos. Hay 70.000 ocupados más, lo que supone un incremento del 0,4 por ciento. Sin embargo, cuando la comparación la hacemos con el mismo trimestre del año anterior, la caída en el número de ocupados es del 1,7 por ciento (323.400 ocupados menos).

El aumento trimestral es mayor en el caso de los hombres (42.300 ocupados más) que en el de las mujeres (27.700), aunque en términos relativos, el incremento es muy similar: aumenta la proporción de hombres ocupados en un 0,4 por ciento, mientras la de las mujeres se incrementa en un 0,3 por ciento.

El incremento del empleo se concentra entre los más jóvenes (es decir, los que menos coste representan para el empresario, pues no pueden aportar experiencia todavía), ya que de los casi 70.000 nuevos ocupados, más del 75 por ciento son menores de 25 años. Casi la mitad de ellos, 23.600, han sido contratados en el comercio, otra buena parte (17.200) en la hostelería y 15.100, en actividades sanitarias. Dos de estas tres ramas (hostelería y actividades sani-

tarias), tienen tasas de temporalidad superiores a la médialo, lo que ya da una idea de cómo ha sido el empleo creado.

El otro grupo de edad en el que también aumenta la ocupación es entre los trabajadores de 50 a 59 años: hay 50.700 más, que se distribuyen principalmente entre la administración pública y defensa (20.900), el comercio (14.000) y la rama de transporte y almacenamiento (12.300).

En las edades comprendidas entre los 25 y 39 años, cae el número de ocupados en 36.700 personas, concentradas especialmente las caídas en la industria manufacturera (16.300 ocupados menos) y la educación (con 13.800 menos), en el caso de los hombres, y la inmensa mayoría en la rama de la educación (45.200 menos) en el caso de las mujeres.

La mitad de los casi 70.000 nuevos ocupados en este trimestre son hombres de nacionalidad extranjera (34.700), la mayor parte de los cuales (26.500) encontró trabajo en el sector servicios. En realidad, el aumento de ocupados nacionales, en conjunto, hombres y mujeres, se reduce a 24.400 personas, la mayoría (el 70 por ciento) mujeres.

Atendiendo a la situación profesional, en este trimestre, como desde el tercer trimestre de 2008, sigue reduciéndose el número de trabajadores por cuenta propia. De hecho, de los casi 1.800.000 puestos de trabajo destruidos en estos dos años (entre los terceros trimestres de 2008 y 2010), el 28 por ciento fueron de trabajadores por cuenta propia.

Respecto al segundo trimestre de este año, la tendencia no cambia: hay un 0,6 por ciento menos de ocupados en esta categoría, lo que quizá está denotando cierta pérdida de capacidad empresarial, lo cual, unido al retraso en la recuperación de los niveles de inversión productiva, plantea aún más lejana la recuperación económica.

Aunque el grueso de los empleos perdidos se encuentra entre los asalariados del sector privado (el 82 por ciento del total de empleo destruido), con casi 1.500.000 de asalariados menos. Así, la recuperación del empleo del tercer trimestre de este año es enteramente del sector público, que aumenta en un 2,9 por ciento.

Sin embargo, al descender según las ramas de ocupación, se comprueba que la evolución del empleo ha variado mucho según las mismas: mientras es el sector servicios, ligado al turismo y a las actividades propias de la época estival, el que crea empleo (43.000 ocupados más en el comercio al por menor; 42.200 en servicios de alojamiento; 50.000 en actividades sanitarias, muy unido a las sustituciones necesarias para cubrir los puestos por vacaciones, en total en el sector servicios, un 1,1 por ciento más), el resto de sectores pierden trabajadores.

Proporción de trabajadores en ramas de servicios intensivas en conocimiento respecto al total de ocupados (2008)



España es el país de comparación: los países más oscuros tienen una proporción mayor de trabajadores en sectores intensivos en conocimiento, mientras los más claros, indican lo contrario.

Sólo países de la UE27. Fuente: Eurostat.

(<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/mapToolClosed.do?tab=map&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsc00012&toolbox=legend>)

En el caso de las ramas intensivas en conocimiento, que incluyen a los ocupados en información y comunicaciones (que además son intensivas en alta tecnología), en actividades financieras y de seguros, en actividades profesionales y científicas, en actividades sanitarias y de servicios sociales, educación y administración pública y defensa, entre otras, la situación en el año 2008 era algo mejor que la de la industria de altos componentes tecnológicos. La proporción de ocupados en estas ramas en España respecto al panorama europeo nos situaba por encima de los nuevos miembros europeos, de Austria, Grecia y Portugal.

En definitiva, alrededor del 34 por ciento de los ocupados en España en el año 2008 lo estaba en sectores que podemos considerar de buena calidad² (al

² Para tratar más a fondo las cuestiones relacionadas con la calidad en el empleo, se puede consultar el trabajo que S. Ruesga, L. Pérez Ortiz y A. Viñas presentaron en la XII Reunión de Economía Mundial, "Negociación colectiva y calidad del empleo en la Unión Europea", que obtuvo el accésit al III Premio José Luis Sampedro (<http://www.usc.es/congresos/xiirem/pdf/108.pdf>).

menos, por la cualificación que se supone necesaria para su desarrollo, por su mayor estabilidad en el empleo, por mayores niveles salariales...).

Entre el tercer trimestre de 2008 y este tercer trimestre de 2010, los puestos de trabajo que se han destruido son, de forma abrumadora, los que no se consideran ni intensivos en conocimiento ni se encuadran en sectores de alta o media tecnología: hay un 13,8 por ciento menos de ocupados en ramas que no incorporan tecnología ni conocimiento (en términos absolutos supone una pérdida de 1.833.600 empleos).

Por el contrario, las únicas ramas que han seguido requiriendo de nuevos trabajadores han sido determinadas ramas intensivas en conocimiento (como las actividades de consultoría y gestión empresarial, que en el periodo aumentan en un 29,3 por ciento, es decir, cuentan con 19.600 ocupados más) o las ramas industriales de alta tecnología, véase fabricación de productos farmacéuticos (aumentan un 10,4 por ciento) o informáticos (suben en un 6,1 por ciento): en conjunto, el número de ocupados en estos dos años se ha incrementado en un 2,3 por ciento, es decir, en 143.7000 trabajadores en estos sectores de alta tecnología y conocimiento.

Ni siquiera la industria de tecnología media ha resistido el embate de la crisis, pues ha perdido un 15,7 por ciento de sus ocupados (109.600 personas). Esta industria de tecnología media es la que está más relacionada con la industria del automóvil (la industria manufacturera relacionada con la construcción es de media baja o baja tecnología).

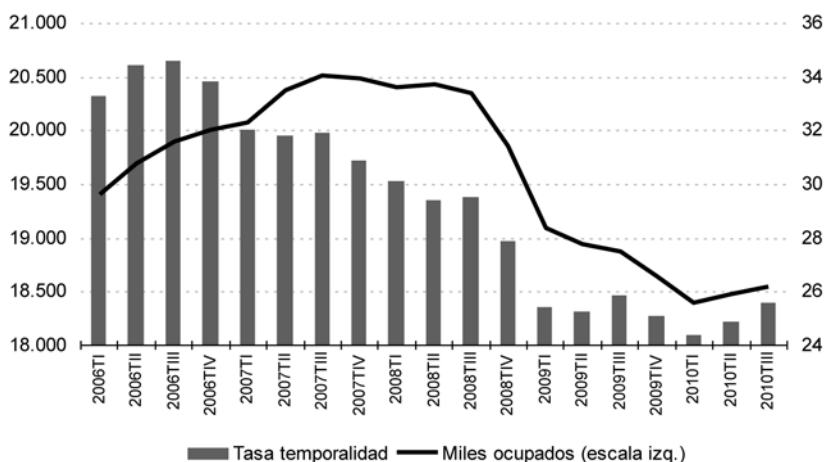
Es decir, si confiamos en una economía que se base en el conocimiento y la tecnología (para lo cual hace falta cualificación de la mano de obra) será capaz de resistir las crisis de demanda como la actual. Si nuestra estructura productiva tiene un sobrepeso de sectores de baja o nula tecnología o que no tengan necesidad de aportar más que bajos niveles de conocimiento, la destrucción de empleo será la manera de ajustar el mercado de trabajo y la economía en general.

Son los sectores que incorporan tecnología y conocimiento los que prefieren mantener a sus ocupados, pues el coste que supone volver a formarlos, o tener que atraer a los mejor cualificados, es mayor que el de intentar ajustar y mantener las plantillas, aunque sea mediante mecanismos de reducción del tiempo de trabajo, de expedientes de regulación de empleo de suspensión temporal de la actividad o similares. Es decir, la misma situación que hemos visto sucedía en países como Alemania o similares, donde la proporción de trabajadores ocupados en sectores industriales de alta o media-alta tecnología es abrumadoramente superior al resto de países europeos. En el año 2009, según datos de Eurostat, el 10,2 por ciento de los ocupados en Alemania lo estaba en este tipo de sectores. En España, el 3,7 por ciento.

Todo esto señala que, aun con la reforma laboral ya en vigor, el empleo que se puede crear no depende de las condiciones contractuales, sino de la estructura productiva.

Si no se modifica dicha estructura productiva, trasladando el mayor peso hacia los sectores con mayor perspectiva de crecimiento, más intensivos en la utilización de la alta tecnología y que precisen de un mayor conocimiento (es decir, formación) de sus trabajadores, sucederá, con reforma laboral o sin ella, lo que ha ocurrido en este trimestre y se venía apuntando desde el anterior: la tasa de temporalidad continúa elevándose (siete décimas en este último trimestre), hasta el 25,6 por ciento de asalariados temporales respecto al total de asalariados.

Tasa de variación anual del número de ocupados y tasa de temporalidad, 1987-2010



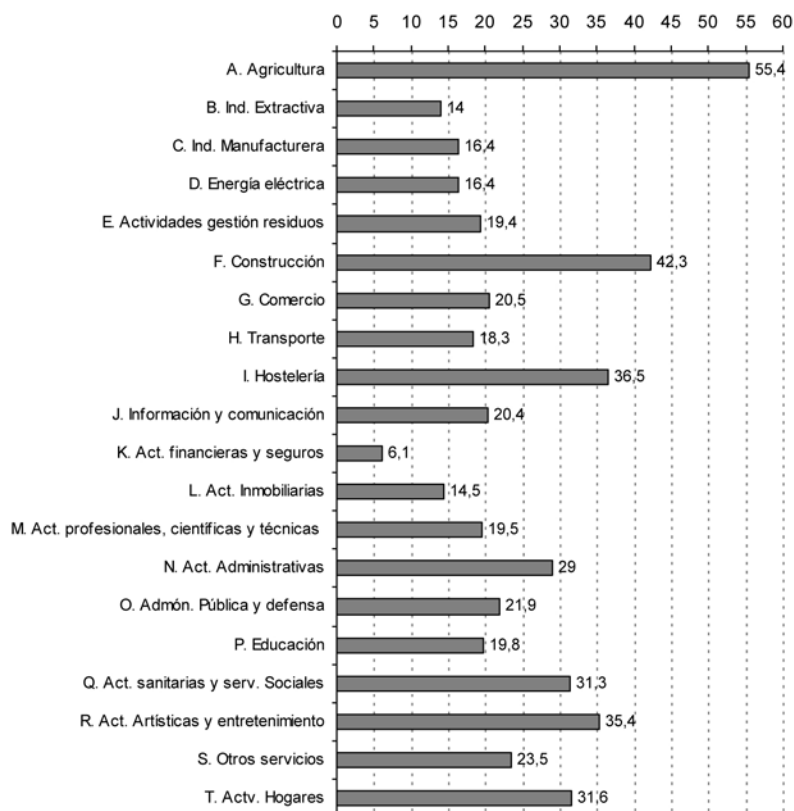
Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

Por tanto, al recuperarse tímidamente la actividad económica, el primer empleo que se crea es de duración determinada, que también fue el primero en destruirse: la flexibilidad externa en nuestro país es elevadísima.

Las ramas de actividad que siguen concentrando la mayor temporalidad son, con diferencia, agricultura, construcción, hostelería y actividades artísticas y de entretenimiento.

Por el contrario, entre las ramas que tienen una tasa de temporalidad muy inferior a la media destacan las actividades financieras y de seguros, las ramas industriales en general, y las actividades inmobiliarias.

Tasa de temporalidad por ramas, 3T-2010



Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Al margen de la propia tasa de temporalidad, es innegable que la concentración de trabajadores con duración del contrato determinada se concentra en sectores que tradicionalmente incorporan o una fuerte estacionalidad (por ejemplo, la hostelería) o bien, por las propias características del sector, se hace más apropiado el tipo de contrato fijado a la duración de la actividad (construcción).

De hecho, el 13,4 por ciento de los trabajadores con contrato de duración determinada se encuentra en el sector de la construcción; el 11,2 por ciento, en el comercio, el 10,5 por ciento, en este trimestre, en los servicios sanitarios, y el 10,2 por ciento, en el sector de la hostelería. Es decir, entre estas ramas se concentra casi la mitad (el 45,3 por ciento) de los trabajadores de carácter temporal en este tercer trimestre del año. Y la duración de los contratos es de

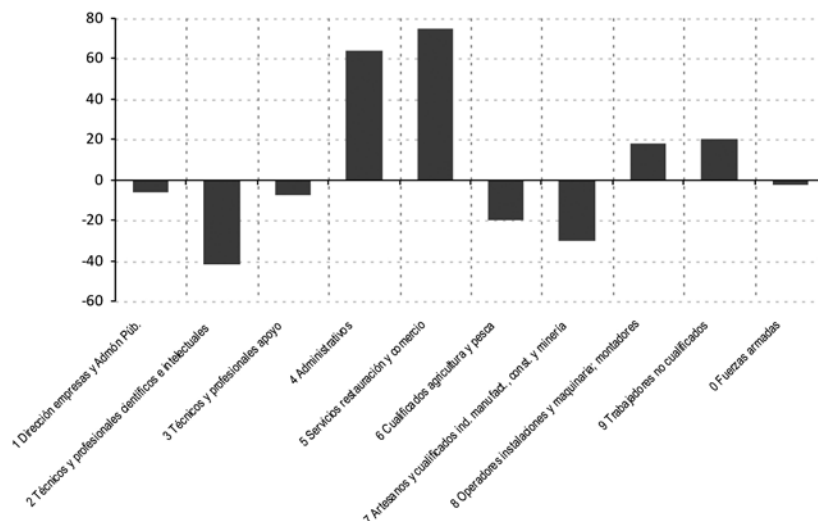
menos de tres meses, claramente ligado, pues a las características de la actividad en el verano: de los contratos con duración hasta tres meses, el 17,1 se celebran en el sector hostelero, el 15 por ciento en la construcción, y el 11,7 por ciento son contratos de actividades sanitarias.

Distribución de los contratos temporales según duración de los mismos, por ramas de ocupación (3T-2010)

	Hasta 3 meses	De 4 a 6 meses	De 7 a 11 meses	De 1 a 2 años	Más de 2 años	NS/NC
A. Agricultura	18,4	7,6	2,6	3,5	0,3	67,6
B. Ind. Extractiva	8,8	3,5	3,5	10,5	15,8	57,9
C. Ind. Manufacturera	19,7	21,8	3,5	8,2	5,0	41,9
D. Energía eléctrica	8,9	17,0	0,0	12,5	6,3	55,4
E. Actividades gestión residuos	26,7	17,2	1,4	7,7	6,8	39,4
F. Construcción	11,3	8,7	2,2	5,3	2,8	69,7
G. Comercio	28,4	25,8	4,3	7,3	2,4	31,8
H. Transporte	23,5	17,7	6,4	4,8	4,0	43,6
I. Hostelería	35,5	20,3	4,9	4,3	1,0	33,9
J. Información y comunicación	14,5	17,4	1,7	12,0	6,7	47,6
K. Act. financieras y seguros	23,2	23,2	5,1	3,1	8,7	35,8
L. Act. Inmobiliarias	22,2	33,3	1,4	12,5	1,4	27,8
M. Act. profesionales, científicas y técnicas	14,0	18,9	3,2	15,6	7,3	41,0
N. Act. Administrativas	27,2	14,5	3,6	7,2	2,8	44,6
O. Admón. Pública y defensa	18,5	15,4	3,6	11,6	15,4	35,5
P. Educación	8,3	6,6	16,7	28,2	12,1	28,3
Q. Act. sanitarias y serv. Sociales	23,4	14,4	3,9	6,7	6,4	45,1
R. Act. Artísticas y entretenimiento	42,2	11,5	7,0	9,7	3,4	26,1
S. Otros servicios	22,5	25,4	5,5	10,5	3,3	32,8
T. Actv. Hogares	9,9	2,9	0,8	8,0	1,9	76,6
TOTAL	21,1	15,2	4,3	8,4	4,8	46,2

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

El empleo según la ocupación muestra también algunos signos de preocupación en cuanto a la calidad del mismo. Los empleos que se han perdido en mayor medida, en términos relativos, son los de los trabajadores cualificados, que no consiguen acercarse a los niveles previos a la crisis.

Diferencia trimestral de los ocupados por ocupación (3^{er} trimestre 2010)

Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

Los empleos que aumentan en este tercer trimestre de 2010, con respecto al anterior, se ocupan con trabajadores de menor cualificación o, mejor dicho, son puestos de trabajo que requieren de una menor cualificación para desarrollarlos. Estos datos no parecen indicar que se esté produciendo el tan nombrado cambio de patrón de crecimiento económico que se quería establecer en nuestra economía, basada en un tipo de trabajo que requiriera una mayor cualificación, pudiera aportar mayor valor añadido y permitiera un crecimiento económico sostenido y duradero.

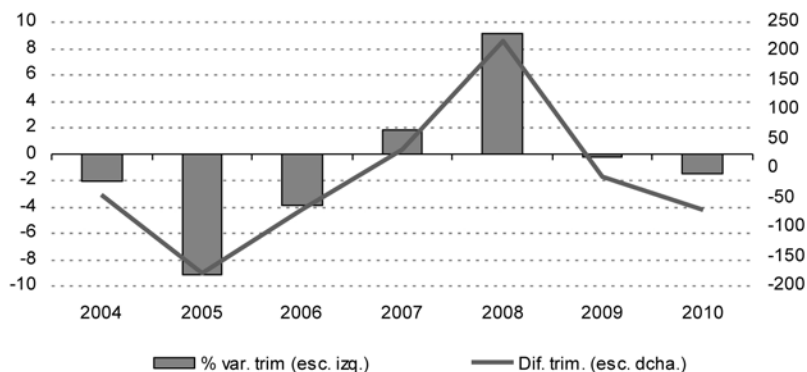
Por tanto, los datos apuntan lo que ya se conocía de antemano: el empleo de calidad no se crea con reformas laborales de alcance tan limitado sobre la estructura productiva del país, como la recientemente promulgada.

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

Como ya sucediera hace un año, el número de desempleados ha descendido en el tercer trimestre respecto al anterior. En esta ocasión el descenso es mayor, de 70.700 personas, frente a las 14.100 desempleadas menos que se recogieron en la Encuesta de Población Activa en el tercer trimestre de 2009. Tradicionalmente, este momento del año es una época de creación de empleo temporal, asociado a las actividades veraniegas (turismo, sobre todo), en el que se reducen las cifras de desempleados.

Salvo el tercer trimestre de 2008, cuando se desencadenó la crisis financiera que rápidamente se trasladó a la economía productiva, y el año anterior cuando ya se anunciaba la crisis en Estados Unidos, durante los últimos años, en los terceros trimestres se ha reducido el número de desempleados.

Tasa de variación trimestral (izquierda) y diferencia (derecha) del desempleo en los terceros trimestres del año



Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Es mayor la reducción del número de desempleados hombres (hay un 2,3 por ciento menos que en el trimestre anterior), frente a las mujeres (con un 0,6 por ciento menos). Aunque en términos absolutos, sigue habiendo más desempleados hombres (2.480.200) que mujeres en esta situación (2.094.600).

Aún así, y por la mayor población activa masculina (a pesar de la constante incorporación de la mujer al mercado laboral), la tasa de desempleo femenina supera a la masculina en algo más de un punto, situándose en el 19,3 por ciento la tasa de desempleo de los hombres y en el 20,4 por ciento la de las mujeres.

Según la nacionalidad de los desempleados, el único grupo donde se ha producido un aumento trimestral es en el de las mujeres extranjeras, en buena medida, explicado por el incremento de la población activa en este grupo (donde también se ha recogido un aumento de la ocupación). La mayor reducción, por el contrario, en el número de desempleados respecto al segundo trimestre del año, y por la misma razón pero en sentido contrario, es en el grupo de los hombres extranjeros: el aumento de desempleados se acompaña de una mayor salida de estos trabajadores del mercado de trabajo (es el grupo donde más se reduce la población activa).

Esto hace que, en el caso de los desempleados de nacionalidad española, sea mayor el descenso de las mujeres que de los hombres (un 1,8 por ciento menos de desempleadas, frente a una reducción del 0,7 entre los hombres parados).

Por edades, el grupo donde se concentra la mayor reducción de desem-

pleados es entre las mujeres de 45 a 54 años (35.400 desempleadas menos, lo que supone una caída del 9 por ciento con respecto al segundo trimestre de 2010), seguido de los hombres entre 25 y 35 años (son 23.100 parados menos de este sexo y comprendidos entre estas edades, lo cual significa un 3 por ciento menos) y de los hombres menores de 25 años (un 4,4 por ciento, equivalente a 21.800 parados menos).

En este sentido, al leer los datos por sectores, la explicación queda patente en la reducción del número de desempleados de la construcción (preferentemente hombres jóvenes), donde se pierden 66.500 parados, un 12,6 por ciento.

Sin embargo, las mujeres desempleadas menores de 35 años son más que en el trimestre anterior: 35.300 más, un 3,5 por ciento más que en el segundo trimestre del año. Teniendo en cuenta que hay 27.500 desempleadas más sólo en la rama de Educación (como sucede en todos los terceros trimestres), quizá sea esta una de las principales explicaciones.

Desempleo según sexo, por ramas de ocupación (3^{er} trimestre de 2010)

	Hombres	Diferencia trimestral	% var. anual	Mujeres	Diferencia trimestral	% var anual
A. Agricultura	134,5	-9,4	-1,4	97,7	6,0	24,1
B. Ind. extractiva	3,7	-1,1	-24,5	0,6	0,4	100,0
C. Ind. manufacturera	160,8	-10,8	-31,3	68,9	-4,6	-34,4
D. Energía eléctrica	5,8	0,7	13,7	0,3	0,2	-76,9
E. Actividades gestión residuos	4,2	-3,4	-41,7	1,0	-2,9	-44,4
F. Construcción	442,4	-65,5	-26,8	18,7	-1,0	3,9
G. Comercio	148,7	0,8	-0,3	176,0	-10,6	-9,7
H. Transporte	63,6	-0,2	-8,9	14,6	-3,8	-11,5
I. Hostelería	94,2	-11,1	-5,3	155,7	-4,6	-0,3
J. Información y comunicación	25,8	-6,2	-10,1	20,5	-4,2	-14,6
K. Act. financieras y seguros	10,8	-1,0	21,3	10,7	-3,5	-11,6
L. Act. inmobiliarias	6,0	0,9	185,7	4,2	1,1	-54,3
M. Act. profesionales, científicas y técnicas	24,2	-4,7	-29,0	39,5	-0,8	21,9
N. Act. administrativas	51,1	-5,4	-16,2	62,4	-9,3	-16,4
O. Admón. Pública y defensa	70,8	-1,3	42,5	66,7	0,9	24,0
P. Educación	22,9	5,8	3,6	56,9	27,5	-8,2
Q. Act. sanitarias y serv. sociales	16,0	-3,9	11,1	68,7	-9,9	26,3
R. Act. Artísticas y entretenimiento	31,6	0,4	26,9	20,0	1,6	13,0
S. Otros servicios	7,5	-1,8	-7,4	25,6	-1,3	-17,9
T. Actv. Hogares	7,4	-3,7	-55,7	82,6	-9,9	8,4
U. Act. organiz. y organismos extraterrit.				0,8		
Llevan desempleados más de 1 año	987,9	57,1	71,0	884,1	4,1	40,4
Buscan primer empleo	160,3	6,0	21,3	218,1	10,6	19,7
TOTAL	2.480,2	-57,8	8,3	2.094,6	-12,9	14,3

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

El desempleo se ha reducido en todos los sectores, pero no hay que olvidar que se puede asignar a los desempleados a los distintos sectores cuando éstos han perdido su puesto de trabajo hace menos de un año. De ahí que precisamente esta cifra, la de los trabajadores en paro que perdieron su puesto de trabajo hace más de un año, junto a la de las personas que buscan empleo por primera vez, sea la que continúe con la senda ascendente: en conjunto hay 77.800 personas más que en el trimestre anterior en alguna de estas situaciones, 61.200 que perdieron el empleo hace más de un año, y 16.600 que se incorporan al mercado de trabajo buscando su primer puesto de trabajo.

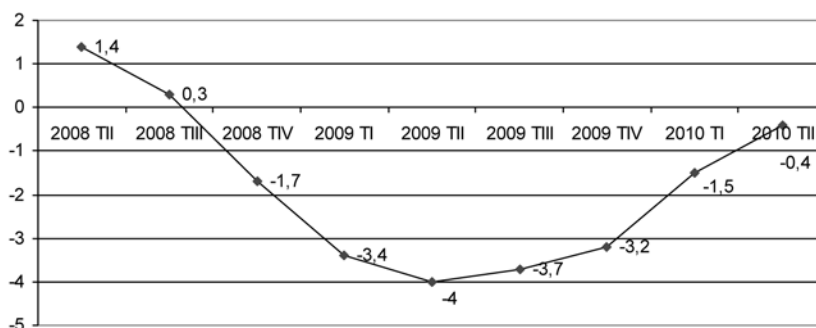
5. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

La situación del mercado de trabajo en Andalucía en el tercer trimestre de 2010 muestra unos resultados más negativos que los correspondientes al conjunto nacional, según los datos de la Encuesta de Población Activa. En las sucesivas encuestas del CIS a cerca de cuál es el problema que más preocupa a la población española, la cuestión del desempleo siempre ocupa uno de los tres primeros lugares. Si atendemos a la importancia de los problemas que afectan a la sociedad española, y observamos la evolución del desempleo, podemos afirmar que la situación de mercado de trabajo en Andalucía no es buena. El número total de desempleados se situó en este periodo en un total de 1.129.500 personas, lo que significa un aumento de 25.000 personas respecto al trimestre anterior y de 135.100 respecto al mismo trimestre de 2010. Estos datos significan que en este tercer trimestre el paro ha crecido en Andalucía en un 2,3% mientras que ha bajado en España en un 1,5%. Esta diferencia en el comportamiento del desempleo a nivel regional y nacional debe ser motivo de reflexión. El desempleo es consecuencia de una multitud de factores que afectan tanto a la oferta como a la demanda de trabajo, incluyendo factores tan variados como la demografía, la estructura demográfica, los niveles salariales, los niveles de vida y precios, los aspectos culturales y sociológicos, los aspectos institucionales, etc. Por tanto, un análisis simplificado como el que podemos hacer en un artículo de las características del que aquí llevamos a cabo no permite hacer análisis profundos, pero sí puede servir para poner de manifiesto algunas diferencias significativas entre lo ocurrido en el conjunto de España y lo acaecido en Andalucía.

En lo que respecta a la evolución de la actividad económica en el tercer trimestre de 2010, los primeros datos disponibles a nivel nacional señalan que la actividad económica ha experimentado un parón debido a que se han agotado los estímulos económicos que todavía estaban activos en la primera mitad del año, y a que a partir de comienzo del tercer trimestre del año se han

puesto en marcha las medidas de ajuste fiscal que se anunciaron en el mes de mayo. La subida del IVA y los recortes en las rentas de los grupos de funcionarios, pensionistas, etc., parecen estar detrás del frenazo del consumo interno, y por tanto del conjunto de la actividad económica, que ha experimentado la economía española, si bien, los analistas señalan que este parón puede tener características temporales. De todas formas, en términos interanuales, el PIB creció en un 0,2%. En el momento de realizar este artículo, no se dispone de datos estimativos de la evolución del PIB regional de Andalucía en este tercer trimestre, si bien es previsible que no se alejen mucho de los datos del conjunto de la economía española, como ha ocurrido en los últimos trimestres. Los datos disponibles hasta el segundo trimestre de 2010 muestra que se podrán alcanzar tasas interanuales positivas en los próximos trimestres.

Tasa de Variación interanual del PIB a precios de mercado. Datos corregidos de estacionalidad y efecto calendario. Andalucía 2008 TII-2010 TII



Fuente: Instituto de Estadística de Andalucía

Pasaremos a continuación a analizar más detenidamente las principales variables laborales en Andalucía a lo largo del tercer trimestre de 2010.

La oferta de trabajo

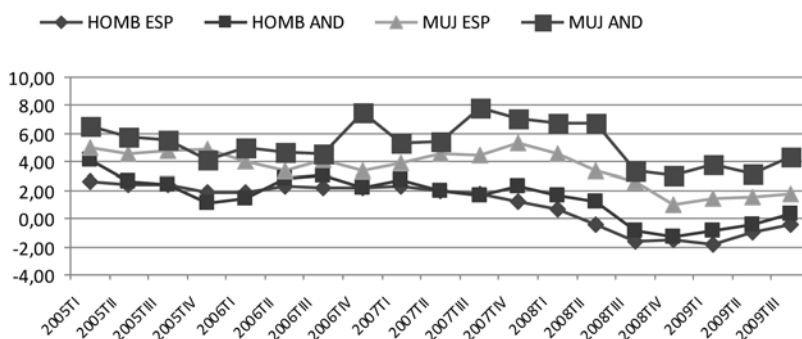
El número de personas laboralmente activas en Andalucía en el tercer trimestre de 2010 se estimó por la EPA en 3.956.300 personas, lo que significa una reducción de 17.900 personas con respecto al trimestre anterior (un -045% en Andalucía frente a un 0% en España) y un aumento de 77.600 personas respecto al mismo trimestre de 2010 (2,0% en Andalucía frente a un 0,56% en España).

La caída de la población activa en Andalucía en el trimestre afecta fundamentalmente a las mujeres, cuyo número se reduce en 14.700 personas, frente a una reducción de 3.200 hombres. No obstante, en términos interanuales, el aumento de la población activa femenina es muy significativo pues creció en

70.700 efectivos, lo que representa un aumento del 4,32% (frente a un aumento del 1,74% que se recoge el conjunto del mercado laboral español). La tendencia a la mayor participación de la mujer en el mercado de trabajo de Andalucía se mantiene a lo largo de los últimos años. En lo que respecta a la evolución de la oferta de trabajo de la población de nacionalidad extranjera, el total de población activa se situó en 432.800 personas, reduciéndose este trimestre en 14.900, o lo que es lo mismo, una reducción del 3,32%. En términos interanuales, la reducción de la población activa de nacionalidad extranjera se estimó en 1.500 personas (un -0,35%). Por el contrario, la población activa de nacionalidad española se redujo este tercer trimestre en 3.000 personas, si bien, en términos interanuales se ha estimado un aumento de 70.700 personas (un 4,32%).

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo se ha mantenido de forma estable en las últimas décadas como resultado de profundos cambios en la estructura de la sociedad española y andaluza. En los últimos trimestres, el proceso ha sido aún más intenso en Andalucía que en el conjunto de España, agudizándose en los últimos trimestres en los que el impacto de la crisis económica ha sido mayor. Entre el primer trimestre de 2006 y el tercer trimestre de 2010, la media de las tasas de variación interanual se sitúa en el 1,0% en el grupo de los hombres para el conjunto de la economía española y de 1,49% para los hombres en el mercado de trabajo andaluz. Estas tasas medias son superadas ampliamente por el colectivo de las mujeres que presenta unas tasas del 3,62% y del 5,30% respectivamente para el conjunto de España y para Andalucía. Otra cuestión que merece ser destacada también es que el colectivo de los hombres presentan tasas de variación interanual negativas desde el segundo trimestre de 2009 para el conjunto del mercado de trabajo español y para el periodo que va desde el tercer trimestre de 2009 hasta el segundo de 2010 para la economía andaluza.

Población activa. Tasa variación interanual. 2006 TI-2010 TIII

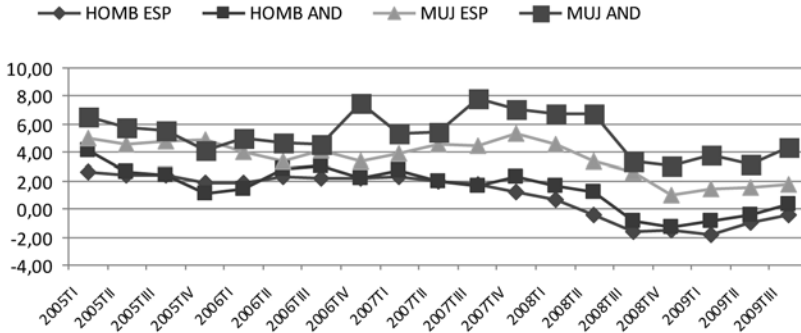


Fuente: EPA y elaboración propia

Como consecuencia de la evolución descrita de la población activa, la tasa de actividad global de la economía andaluza se ha situado en el 58,5%, 0,34 puntos menos que en el segundo trimestre, pero aumentando en 0,77 puntos respecto al mismo trimestre de 2009. En lo que respecta a la economía española, la tasa de actividad se mantuvo prácticamente inalterada este trimestre superando ligeramente el 60%. La tasa de actividad femenina nacional sigue su tendencia creciente, alcanzando un nuevo máximo del 52,22%, si bien sólo sube tres centésimas respecto al trimestre anterior. La tasa de actividad femenina en Andalucía se situó en el 49,6% bajando en casi medio punto respecto al trimestre anterior, pero aumentando en 1,74 puntos con respecto al mismo trimestre del año anterior. La tasa de actividad masculina en Andalucía se situó en el 67,68%, bajando 0,17 puntos respecto al trimestre anterior y 0,22 puntos respecto al mismo trimestre de 2009. La tasa de actividad de la población extranjera fue del 70,61%, 2,91 puntos menos que en el trimestre anterior y 3,45 punto menos que en el año anterior. La tasa de actividad de la población de nacionalidad española se estimó en el 57,28% una bajada del 0,09% en este trimestre, pero un aumento del 1,13% en términos interanuales. La diferencia entre las tasas de actividad media de nacionales y extranjeros es de 13,33 puntos en Andalucía, mientras que en el conjunto de España es de 19,58 puntos. La causa más importante de esta diferencia es la estructura de edad de ambas poblaciones.

Una forma interesante de ver el impacto de la crisis en la composición de la oferta de trabajo es considerar la evolución de las tasas de actividad separando la población por sexo y tramos de edad. Atendiendo a una diferenciación simple entre jóvenes y mayores (considerando de forma muy discutible, pero efectiva, los 25 años la frontera entre ambos grupos de población) podemos ver en el gráfico que mientras que la tasa de actividad de los hombres mayores de 25 años se ha estabilizado en torno al 70%, con independencia de la fase del ciclo económico en el que nos encontremos, el grupo de las mujeres de ese tramo de edad muestra una clara tendencia creciente ganando diez puntos en casi seis años, desde el 40% de principios de 2005 hasta el 50% de mitad de 2010. Por el contrario a estas tendencias bien fijadas en los colectivos de personas mayores, el grupo de los jóvenes presenta un comportamiento de oferta de trabajo bastante diferenciado. Los varones jóvenes tenían una tasa de actividad media que podrías fijar en torno al 58% entre 2005 y 2008 (si bien con significativas oscilaciones estacionales cada año). A partir de mitad de 2008, la tasa de actividad media de este grupo cae hasta el 50% una pérdida de 8 puntos en cuatro trimestres. Algo semejante les ocurre a las tasas de actividad del grupo de mujeres jóvenes. A destacar también que la diferencia entre las tasas de actividad de jóvenes hombres y mujeres pasan de 14 puntos de media en 2005 a 5,4 puntos de media en 2010.

Tasas de actividad según sexo y edad. Andalucía 2005 TI-2010 TIII



Fuente: EPA y elaboración propia

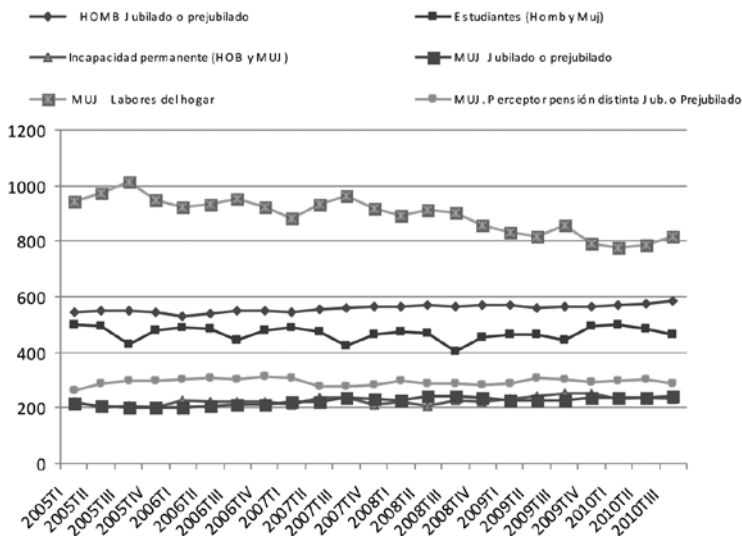
Uno de los efectos de la burbuja inmobiliaria que experimentó de forma aguda la economía española en general y la andaluza en particular ha sido la distorsión que ha provocado en el comportamiento de oferta de trabajo de los más jóvenes. El aumento de la actividad económica, en varios sectores productivos, aunque fundamentalmente en el sector de la construcción, provocó la aparición de posibilidades de empleo en sectores que ofrecían salarios elevados y no exigían alta cualificación. Como consecuencia de esta situación, un amplio colectivo de jóvenes, fundamentalmente de hombres, abandonaron el sistema educativo para ocupar puestos de trabajo y obtener rentas relativamente elevadas. Cuando la burbuja inmobiliaria estalla, la caída de la actividad y la pérdida de empleo consecuente provocan un abandono del mercado laboral generando el replanteamiento de la vuelta al sistema educativo. Estos comportamientos agregados explican la evolución descrita de las tasas de actividad de jóvenes, pero pueden completarse si observamos la evolución de la población inactiva en función de las diversas causas de inactividad laboral.

La Población Inactiva en Andalucía se estima, en el tercer trimestre de 2010 en un total de 2.808.500 personas. En el tercer trimestre de 2005 el total de la población inactiva en Andalucía era de 2.900.000 personas. La caída de la población inactiva experimentada en estos años (si bien se encuentran dientes de sierra en periodos específicos como mitad de 2009), tiene muy diversas causas pero puede ser interesante considerar los diversos colectivos que la forman. El grupo más numeroso, en términos absolutos, es el de las mujeres dedicadas a labores del hogar que la EPA estima en torno a 800.000 personas en el tercer trimestre de 2010. Este grupo presenta una tendencia decreciente desde el año 2005 en el que alcanzó más de un millón de personas en el tercer trimestre y podría considerarse un grupo desde el que se ha nutrido en parte el aumento de la población activa femenina. El siguiente colectivo en importancia en términos absolutos es el de los hombres jubilados o prejubilados que alcanza una cifra de 564.000 personas unos 20.000 efectivos más que la media de este grupo correspondiente a 2005. Este grupo se

ha nutrido de un proceso de procesos de prejubilación que se han producido en los años de bonanza económica. El siguiente grupo en términos cuantitativos es el de los estudiantes de ambos sexos, cuya cifra se estima en 463.200 en el tercer trimestre de 2010. En este grupo es interesante hacer constar que el número de mujeres es mayor que el de hombres, si bien se ha producido una convergencia acelerada entre ambos grupos en los últimos trimestres. La diferencia entre ambos grupos de estudiantes, que se estimaba en una media de 54.000 en 2005, se ha reducido en 2010 a 8.800 de media en los tres trimestres de los que disponemos información. El proceso de convergencia de ambos grupos se ha acentuado a partir de la segunda mitad de 2009 y puede explicarse por la vuelta al sistema educativo de los varones que lo abandonaron para incorporarse al sistema productivo en las épocas de bonanza económica.

Un colectivo importante entre los que componen el total de la población inactiva es el de las mujeres que perciben pensiones (jubilación, prejubilación u otra cualquiera que es fundamentalmente pensión de viudedad). En el tercer trimestre de 2010 se estima en 535.100 el número de personas que componen este colectivo, siendo el grupo más numeroso el de pensionistas por otro motivo distinto de la jubilación o prejubilación, como es lógico dada la estructura de participación en el mercado laboral español tradicional. Un último grupo de inactividad es el de las personas con incapacidad permanente que se distribuye prácticamente por igual entre hombres y mujeres, si bien a lo largo de los últimos años se ha producido un crecimiento en el grupo de los hombres cuya media en el año 2005 se situaba en un valor ligeramente superior a 80.000 personas.

Población inactiva según clase principal de inactividad. Andalucía 2005TI-2010TIII. En miles.



Fuente: EPA y elaboración propia

La demanda de trabajo

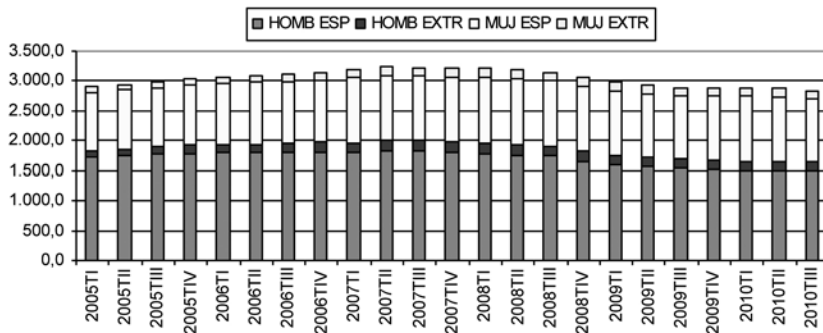
La dinámica de la demanda de trabajo puede seguirse a través del comportamiento de la ocupación que a su vez constituye un buen indicativo de la evolución de la actividad económica, de tal forma que el empleo es un indicador esencial para valorar la recuperación de la actividad económica. En el tercer trimestre de 2010 se ha estimado por la EPA, una ocupación total de 2.826,800 personas en Andalucía, lo que supone una reducción de 40.300 empleados con respecto al trimestre anterior (en términos relativos se corresponde a una reducción del 3.30%), y de 10.700 efectivos respecto al mismo trimestre del año anterior (lo que significa una tasa de variación interanual del -0,9%). La caída del empleo ha afectado fundamentalmente a las mujeres, cuyo número de ocupadas se ha reducido este trimestre en 43.300 personas (una tasa interanual del -1,51%), frente a una caída de la ocupación masculina de 3.100 personas (cuya tasa interanual ha sido del -0,89%).

En lo que respecta a la nacionalidad de los ocupados, la reducción del empleo este trimestre ha afectado fundamentalmente a los trabajadores de nacionalidad española cuyo número se ha reducido este trimestre en 31.000 personas, afectando fundamentalmente a las mujeres en una proporción prácticamente de dos a uno respecto a los varones. Por el contrario, la EPA de este trimestre recoge un aumento de la ocupación intertrimestral de los varones de nacionalidad extranjera de 4.000 personas, siendo la caída de la ocupación en términos brutos mucho mayor entre las mujeres de nacionalidad extranjera (-17.000 efectivos).

En términos interanuales, la caída de la ocupación afecta tanto a los trabajadores nacionales (43.800 personas) como a los trabajadores extranjeros (13.700 personas). Sólo el colectivo de las mujeres de nacionalidad española presenta unos niveles de ocupación ligeramente superiores a los del mismo trimestre del año anterior (2,300 personas).

La caída del empleo en Andalucía en términos absolutos viene manteniéndose desde el tercer trimestre de 2007, con un breve periodo de mantenimiento entre el cuarto trimestre de 2009 y el primero de 2010. El final de los estímulos fiscales se ha traducido en una reducción del empleo en los últimos trimestres en términos agregados.

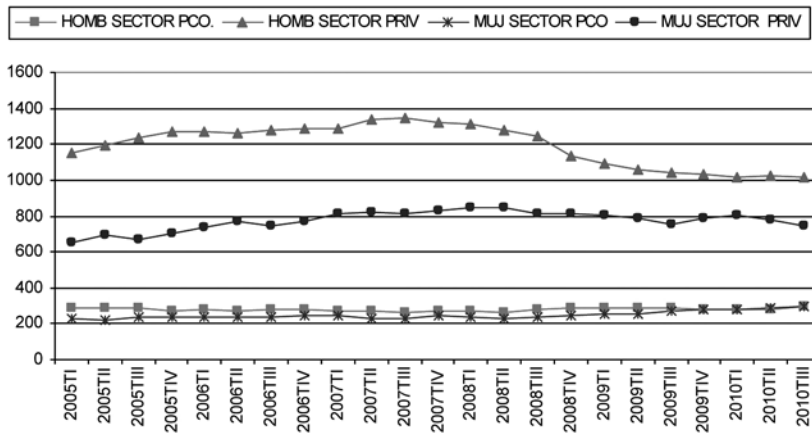
Total ocupados según nacionalidad y sexo. Andalucía 2005 TI-2010TIII. (En miles).



Fuente: EPA y elaboración propia

La caída de la ocupación, que se viene produciendo desde la segunda mitad de 2007, se ha concentrado especialmente en los trabajadores del sector privado y de forma más específica en el grupo de los hombres. Dado que la pérdida de empleo se ha centrado de forma más aguda en algunos sectores (como el de la construcción en el que la presencia masculina era mayoritario) es el grupo de los hombres el que presenta una caída más significativa de sus efectivos. El conjunto de las trabajadoras asalariadas del sector privado también se ha visto afectado por la crisis económica en si bien la pérdida neta de efectivos ha sido mucho menor que el grupo de los asalariados varones. Por el contrario, la ocupación en el sector público muestra una tendencia mucho más estable, como por otra parte es lógico, dada la menor incidencia del ciclo económico en las actividades del sector público menos ligadas al ciclo económico. Si es de destacar que en los últimos trimestres de 2009 y lo que se lleva de 2010 se observa una tendencia convergente entre el número de asalariados de ambos sexos. Esta convergencia en términos absolutos, debe a que desde el tercer trimestre de 2008, la EPA estima un aumento intertrimestral del número de mujeres asalariadas del sector público. Como consecuencia de este proceso, en términos absolutos el número de asalariados en el sector público de Andalucía presenta una tasa de variación interanual positiva desde el tercer trimestre de 2008, algo que ocurre incluso desde un trimestre antes para el conjunto de la economía española.

Asalariados en sector público y privado. Andalucía. 2005-2010 TIII. (En miles).



Fuente: EPA y elaboración propia

El deterioro de la ocupación que ha experimentado el grupo de trabajadores varones es una de las consecuencias más evidentes de la crisis económica. El deterioro de la cantidad de empleo, afecta también a la calidad del mismo. Uno de los

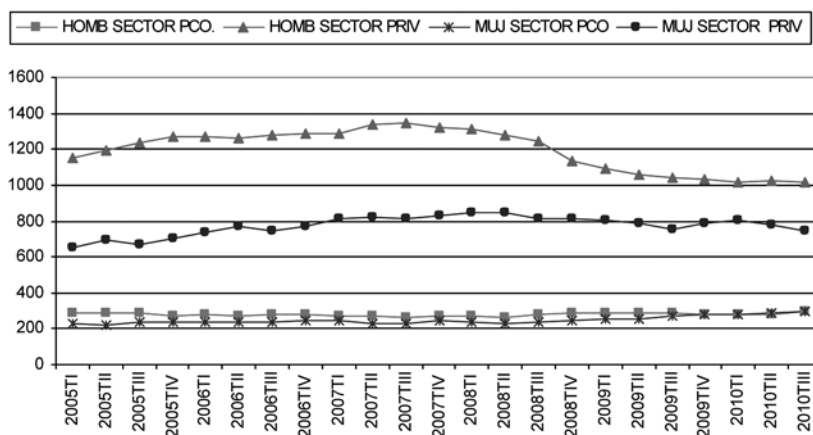
indicadores más simples de la calidad del trabajo puede ser la evolución del número de asalariados según la duración del contrato de trabajo. En trabajos anteriores se ha planteado varias veces que la caída de la tasa de temporalidad en la economía española y andaluza se ha acentuado con la crisis económica. Como se observa en el gráfico adjunto, el grupo de los varones con contrato de trabajo temporal es el que ha experimentado una reducción más intensa en el número de efectivos, pasando de 733.700 asalariados en el tercer trimestre de 2007 hasta 449.300 en el tercer trimestre de 2010. Un proceso paralelo ocurre al grupo de las mujeres con este tipo de contrato de duración temporal, si bien en un sentido mucho más atenuado, pues en el mismo periodo temporal considerado se pasa de 448.900 efectivos a un total de 352.600 en el tercer trimestre de 2010. En este sentido, es interesante comparar la evolución de los trabajadores con contrato temporal con el grupo de los asalariados con contrato indefinido. Mientras que el número de varones con este tipo de contrato se ha reducido de forma más suave, el grupo de las mujeres es el único que experimenta un aumento constante pasando desde 552.900 personas en el tercer trimestre de 2007 hasta 683.300 en el tercer trimestre de 2010. Es interesante destacar la evolución diferenciada del grupo de las mujeres asalariadas con contrato indefinido, que puede relacionarse con lo que hemos expuesto anteriormente sobre el aumento de la ocupación de las mujeres en el sector público.

El deterioro de la ocupación del grupo de trabajadores masculino es una de las consecuencias más evidentes de la crisis económica. El deterioro de la cantidad de empleo, afecta también a la calidad del mismo. Uno de los indicadores más simples de la calidad del trabajo puede ser la evolución del número de asalariados según la duración del contrato de trabajo. En trabajos anteriores se ha planteado varias veces que la caída de la tasa de temporalidad en la economía española y andaluza se ha acentuado con la crisis económica. Como se observa en el gráfico adjunto, el grupo de los varones con contrato de trabajo temporal es el que ha experimentado una reducción más intensa en el número de efectivos, pasando de 733.700 asalariados en el tercer trimestre de 2007 hasta 449.300 en el tercer trimestre de 2010. Un proceso paralelo afecta al grupo de las mujeres con este tipo de contrato de duración temporal, si bien en un sentido mucho más atenuado, pues en el mismo periodo temporal considerado se pasa de 448.900 efectivos a un total de 352.600 en el tercer trimestre de 2010. En este sentido, es interesante comparar la evolución de los trabajadores con contrato temporal con el grupo de los asalariados con contrato indefinido. Mientras que el número de varones con este tipo de contrato se ha reducido de forma más suave, el grupo de las mujeres es el único que experimenta un aumento constante pasando desde 552.900 personas en el tercer trimestre de 2007 hasta 683.300 en el tercer trimestre de 2010. A destacar por último la evolución diferenciada del grupo de las mujeres asalariadas con contrato inde-

finido, que puede relacionarse con lo que hemos expuesto anteriormente sobre el aumento de la ocupación de las mujeres en el sector público.

La evolución del empleo de la fase recesiva del ciclo económico muestra un claro deterioro que no afecta de manera uniforme a los distintos grupos de trabajadores. El conjunto de los varones que trabajan en el sector privado y que tienen contratos de trabajo de duración temporal es el grupo que más intensamente ha sufrido una pérdida de empleo. El grupo de las mujeres asalariadas con contrato indefinido va ganado peso relativo, a partir del grupo de las asalariadas en el sector público. Todavía es pronto para valorar si la reforma laboral, recientemente aprobada, tendrá efectos sobre la importante segmentación que manifiesta el mercado de trabajo español y el andaluz. De todas formas, la valoración del impacto de la crisis económica sobre la cantidad de ocupación es evidente. No tan evidente puede ser su impacto en la calidad del empleo, más allá de la propia consideración de la existencia del empleo como primer factor relevante para calificar un empleo en términos de calidad.

Asalariados por sexo y tipo de contrato (duración indefinida o temporal) Andalucía. 2005TI-2010 TIII. (En miles)



Fuente: EPA y elaboración propia

El desempleo

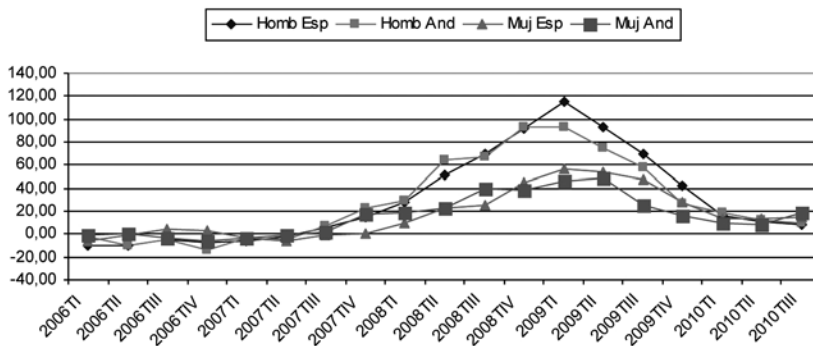
La evolución de la oferta y de la demanda que hemos descrita con brevedad anteriormente determina el comportamiento experimentado por el desempleo en Andalucía. En el tercer trimestre de 2010 la EPA estima que el número total de desempleados en nuestra comunidad autónoma se ha situado en 1.129.500 personas, alcanzando de nuevo una cifra record en este periodo de crisis. El desempleo en Andalucía creció en 25.500 personas en este trimestre, de las que prácticamente todas eran mujeres. El desempleo entre los nacio-

nales aumentó más aún entre la población de nacionalidad española (28.000 personas), mientras que los extranjeros desempleados redujeron ligeramente su número siendo el grupo que ha experimentado una reducción en el número de parados (-11.600 personas).

Si comparamos la situación con lo ocurrido en el mismo trimestre del año anterior, el aumento del desempleo en Andalucía ha sido de 135.100 personas (un crecimiento del 13,55%), de las que 81.400 fueron mujeres y 53.700 hombres. También en este periodo, el aumento del desempleo ha afectado fundamentalmente a la población de nacionalidad española cuyo número ha crecido en 123.000 personas (un 14,43%), siendo su distribución bastante equilibrada entre hombres (59.300) y mujeres (63.700). La población desempleada de nacionalidad extranjera experimentó un aumento de 12.100 personas (8,54%) siendo éste el resultado de una reducción del número de desempleados varones (-5.500 personas) y un aumento de las mujeres desempleadas (17.700 personas). Hay que destacar, que desde el tercer trimestre de 2008, en términos absolutos, el número de desempleados en Andalucía es mayor entre hombres que entre mujeres. Constituye éste otro rasgo diferenciado de la situación actual del mercado de trabajo con respecto a lo ocurrido en otros periodos de crisis anteriores.

Si prestamos atención a la evolución comparativa del desempleo en España y Andalucía según los sexos de la población, observamos que el impacto del desempleo ha sido mayor para los varones, y más acentuado a escala nacional que regional, alcanzándose los valores de las tasas de variación interanual más elevados en los últimos trimestres de 2008 y primeros de 2009. Tras unos trimestres de crecimiento más moderado, correspondientes a la segunda parte del año 2009 y primera parte del año actual, parece que vuelve a aumentar en términos interanuales en este tercer trimestre de 2010, por lo que habrá que estar atentos a la evolución de los próximos trimestres.

Tasa variación interanual población desempleada según sexo. España y Andalucía. 2006 TI-2010 TIII

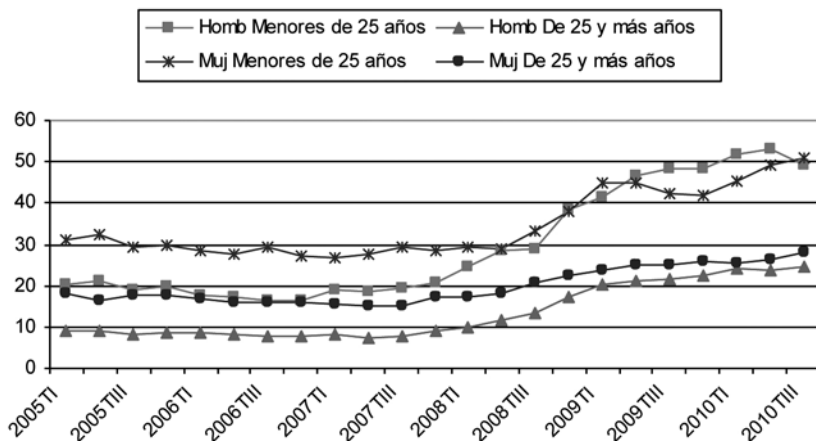


Fuente: EPA y elaboración propia

En lo que respecta a la evolución de la tasa de desempleo, en el tercer trimestre de 2010 la tasa de paro de Andalucía se situó en el 28,55% (19,79% en España), aumentando un 0,77 puntos respecto al trimestre anterior. La tasa de paro de los hombres se estimó por la EPA en el 26,34% (19,29% a nivel nacional) mientras que para las mujeres la tasa alcanzó un valor del 30,67% (20,40% en España). La tasa media de paro de la población de nacionalidad española en Andalucía se ha estimado en el 27,68% (17,98% para el conjunto de España) mientras que la tasa de paro de la población extranjera en Andalucía era del 37,77% (27,55% en España). Para todas las categorías referenciadas se observa un diferencial de tasas de paro en Andalucía respecto a la media nacional, un fenómeno que se mantiene a lo largo de un periodo de tiempo suficientemente prolongado como para pensar que el las causas de esta diferencia son estructurales y van más allá de las diferentes fases del ciclo económico que pueda experimentarse en la actualidad.

Hemos hecho referencia anteriormente a la incidencia de la crisis económica en los distintos grupos de trabajadores según su grupo de edad en relación a sus pautas de oferta de trabajo y cómo están reaccionando a la crisis. Para completar este análisis vamos a prestar atención al impacto del paro en estos grupos de edad. Como se observa en el gráfico adjunto, la tasa de paro de los menores de 25 años, tanto hombres como mujeres, crecido en los últimos trimestres, especialmente el grupo de los varones, que han pasado de tener una tasa de paro media del 20%, en el periodo de 2005 a 2007, hasta el 50% registrados en los trimestres que han trascurrido de 2010. Otro factor a destacar es la convergencia en las tasas de paro de hombres y mujeres menores de 25 años. El proceso se ha desarrollado de forma muy cambiante en los últimos cinco años ya que en 2005 la tasa de paro era de 10 puntos superior para las mujeres mientras que a final de 2009 y primera parte de 2009, la tasa de los varones era de hasta 6 puntos superior. En el tercer trimestre de 2010 ambas tasas se han igualado prácticamente. En lo que respecta a los mayores de 25 años, las tasas de paro de las mujeres se han mantenido superiores a las de los hombres todo el periodo considera, pero en los últimos trimestres la diferencia se ha reducido a significativamente.

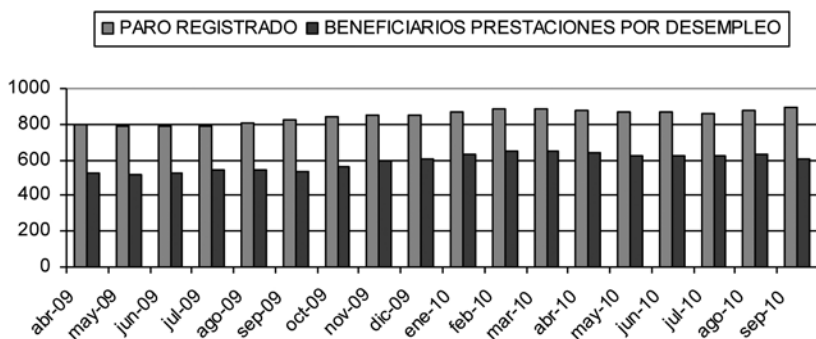
Tasa de paro según sexo y edad. Andalucía 2005 TI-2010 TIII



Fuente: EPA y elaboración propia

La evolución del desempleo que presenta la EPA puede completarse con la información complementaria que ofrece el Ministerio de Trabajo e Inmigración a través de los registros de paro registrado y de beneficiarios de prestaciones contributivas. La cifra del paro registrado en Andalucía, correspondiente a septiembre de 2010, alcanza la cifra de 897.645 personas. Esta cifra es menor en unas 115.000 personas a la que estima la EPA para el tercer trimestre de 2010. Una evolución paralela se encuentra en la serie del total de beneficiarios de prestaciones por desempleo cuya cifra era de 609.479 personas, lo que representa un 67,90% del total del paro registrado.

Paro registrado y beneficiarios de prestaciones por desempleo. Andalucía. (En miles). Abril 2009-septiembre 2010



Fuente: MTIN y elaboración propia

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Tercer trimestre de 2010

	Unidad	Periodo	Dato	ESPAÑA		ANDALUCÍA		
				VA(*)	VB(*)	Dato	VA(*)	VB(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	3er Trim. 10	23.121'5	0'0	0'6	3.956'3	-0'5	2'0
Tasa de actividad	Porcentaje	3er Trim. 10	60'1	0'0	0'3	58'5	-0'3	0'8
Hombres	68'3	-0'1	0'2	67'7	-0'2	-0'2
Mujeres	52'2	0'0	0'7	49'6	-0'5	1'7
16-19 años	22'6	-0'3	-4'1	22'1	-1'9	-4'4
20-24 años	66'8	2'4	-1'4	65'6	0'9	0'0
25-54 años	85'3	-0'3	1'1	81'8	-0'4	1'6
Más de 55 años	21'4	0'1	0'4	19'1	-0'2	0'7
Ocupados	Miles	3er Trim. 10	18.546'8	0'4	-1'7	2.826'8	-1'5	2'0
Agricultura	754'0	-3'1	2'3	177'6	-14'0	-1'2
Industria	2.600'6	-0'7	4'4	256'4	-2'5	-4'2
Construcción	1.668'1	-1'9	-9'8	247'6	-2'9	-10'4
Servicios	13.524'1	1'1	-0'3	2.145'2	0'0	-0'7
Asalariados del sector público	..	3er Trim. 10	3.175'9	2'9	2'4	587'0	3'6	4'8
Asalariados temporales	..	3er Trim. 10	3.949'9	3'3	-2'4	801'9	-1'8	-4'7
Parados encuestados	..	3er Trim. 10	4.574'7	-1'5	10'9	1.129'5	2'3	13'6
Hombres	2.480'2	-2'3	8'3	606'5	0'0	9'7
Mujeres	2.094'6	-0'6	14'3	523'1	5'2	18'4
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	3er Trim. 10	19'8	-0'3	1'9	28'5	0'8	2'9
Hombres	19'3	-0'4	1'5	26'9	0'0	2'3
Mujeres	20'4	-0'2	2'2	30'7	1'8	3'7
16-19 años	59'9	-2'4	6'6	70'5	2'1	12'7
20-24 años	36'2	-0'9	1'5	44'9	-1'9	2'8
25-54 años	18'3	-0'3	2'1	26'6	1'0	3'0
Más de 55 años	13'5	0'1	1'9	21'3	1'4	2'7
Parados de larga duración	43'1	0'7	13'5	43'2	0'3	11'7
Parados registrados	Miles	3er Trim. 10	3.965'3	-2'4	9'3	879'4	0'9	-11'6
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	3er Trim. 10	633'3	0'0	1'5
Coste laboral por trabajador	€/mes	2º Trim. 10	2.578'1	4'5	1'1	2.403'2	6'7	3'8
Industria	2.866'9	4'1	2'5	2.627'3	6'0	0'2
Construcción	2.642'7	7'5	0'4	2.517'6	6'1	4'1
Servicios	2.509'3	4'3	1'1	2.347'9	6'9	4'8
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	2º Trim. 10	135'3	-1'1	0'3	159'1	0'3	-1'4
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	Jul-Ago. 10*	2.551	-31'8	-42'0	208	-22'4	-20'6
Trabajadores	Extinción de empleo	..	8.665	-32'8	-38'0	475	-53'8	-29'8
	Suspensión de empleo	..	27.725	-46'6	-69'0	1.687	-7'4	-45'1
	Reducción de jornada	..	6.163	151'4	9'3	226	-18'1	-39'7
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	Julio. 10	90'0	-71'9	-66'2
Participantes	Miles	..	18'8	-91'3	-66'9	0'1	-96'2	-99'9
Jornadas no trabajadas	41'2	-87'4	-84'4	0'2	-98'0	-99'8
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	2º Trim. 10	-0'1	1'2	4'3
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	2º Trim. 10	-14'8	0'7	-2'1
Inflación	Porcentaje	2º Trim. 10	1'5	0'1	2'5
Tipo de interés (Euribor 12) meses)	Porcentaje	2º Trim. 10	1'25	0'0	-0'4

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

Comentarios de Jurisprudencia

EFICACIA JURÍDICA DE LOS PREACUERDOS CONVENCIONALES: LA ASAMBLEA DE EMPRESARIOS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2010

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Tras la negociación de un nuevo convenio colectivo provincial para las industrias siderometalúrgicas de la provincia de Granada por los sindicatos UGT y CCOO y las cuatro Asociaciones empresariales de dicho sector, las partes firman un acuerdo en la sede de la Delegación de Empleo que implica la suspensión de la huelga que ya había sido convocada, al tiempo que dicha Delegación dicta Resolución por la que se decide su publicación en el BOP. No obstante, la parte empresarial no lo ratifica, tras demorar su firma definitiva hasta el sometimiento del acuerdo a sus respectivas asambleas. Las organizaciones sindicales interponen ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía reclamación de conflicto colectivo contra las asociaciones empresariales, alegando el incumplimiento de lo pactado en el proceso negociador y el carácter normativo y vinculante del contenido del Preacuerdo.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía rechaza el recurso presentado por las organizaciones sindicales al estimar que el acuerdo impugnado es un simple preacuerdo que carece de efectos vinculantes al estar supeditado por los firmantes a la posterior ratificación y declarando, en consecuencia, su ineficacia. Al mismo tiempo, considera que la desconvocatoria de la huelga no altera en nada la naturaleza del preacuerdo, no encuadrable en el art. 8.2 RDLRT, dada la clara especificación de la voluntad de subordinar su entrada en vigor a un hecho posterior, determinante de su eficacia. Ante tal resolución, las organizaciones sindicales interponen recurso alegando la infracción por parte de la sentencia los art. 28.1 y 2 CE, art. 8.2 RDLRT, art. 89.1 ET y los art. 7, 11, 13 y ss, 1261 y 1268 Cc. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto afirmando que tal preacuerdo no tiene eficacia normativa al estar condicionado a la posterior ratificación y tampoco cabría incluirlo en el ámbito del art. 8.2 RDLRT desde el momento en que no hubo tal acuerdo de finalización de huelga ya que, según este Tribunal, en el conflictivo preacuerdo no se menciona en ninguna ocasión a la citada huelga.

* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. PROCEDIMIENTO NEGOCIADOR Y MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DIRECTA DE LOS REPRESENTADOS
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO NO RATIFICADO POR LAS ASAMBLEAS DE TRABAJADORES Y EMPRESARIOS
3. GENEROSO RECONOCIMIENTO DE LAS FACULTADES DE LA ASAMBLEA DE EMPRESARIOS FRENTE A OTROS PRECEDENTES
4. SIGNIFICADO PRÁCTICO DE LA DEMOCRACIA DIRECTA DE LOS EMPRESARIOS
5. CONCLUSIONES

1. PROCEDIMIENTO NEGOCIADOR Y MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DIRECTA DE LOS REPRESENTADOS

El Estatuto de los Trabajadores en el marco del respeto a la autonomía de las partes negociadoras del convenio colectivo no despliega una exhaustiva regulación del procedimiento de negociación colectiva. Al margen de aspectos tales como los requisitos de legitimidad de los representantes de trabajadores y empresarios, u otros como el plazo de inicio del proceso negociador o el necesario depósito de los mismos, apenas entra a establecer otros muchos aspectos. De este modo, cuestiones relativas a la actitud de las partes negociadoras en el marco de tal proceso quedan enmarcadas en la difusa expresión del deber de negociar de buena fe.

En esta misma anomia se mantienen cuestiones como las que nos ocupa, esto es, cuándo se considera formada la voluntad de las partes involucradas en la negociación de un convenio colectivo y cuáles son los requisitos para que tal voluntad se entienda perfeccionada. Partiendo de esta consideración, la sentencia que nos ocupa plantea la posibilidad de que la inicial voluntad ratificadora de una de las partes negociadoras pueda verse afectada por la posterior oposición de los representados manifestada a través de mecanismos de participación directa.

En este contexto, es evidente que de no permitirse la suspensión de la definitiva ratificación de un convenio colectivo a la posterior ratificación de las bases, los procedimientos de participación directa, tales como la asamblea o el referéndum, quedarían imposibilitados como controles, en última instancia, de los poderes concedidos por nuestro ordenamiento a los representantes institucionales de los trabajadores y empresarios. Dicho esto, habría que advertir que éste ha sido un objetivo claramente perseguido por el ordenamiento jurídico a la hora de perfilar tales mecanismos de control y participación directa de los representados en los procesos de negociación.

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 reunión. 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 colectivos¹. Embarcados en una huída del asambleísmo² 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 derechos cuya finalidad consistiría en la posibilidad de que a través de los mismos pudiera conformarse la voluntad colectiva de los representados 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»³.

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 negociadores⁴.

En el caso que nos ocupa, la asamblea no se configura como un instrumento de participación directa de los trabajadores sino de los empresarios re-

¹ Cfr. Gallardo Moya, R., «Asamblea y referéndum, posibles válvulas de seguridad del sistema de representatividad», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 1, 1992, p. 50.

² Cfr. García Becedas, G., «Asambleísmo o representatividad sindical», *D.L.*, nº 25, 1988, pp. 7 y ss.

³ 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.

⁴ Véase, Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, CES, Madrid, 2000.

presentados en la mesa de negociación. Es decir, que buena parte de las restricciones que se plantean a estos instrumentos cuando son utilizados por los trabajadores, no tienen cabida en este momento. No obstante, a parte de esta evidente diferencia, cabe plantearse si tales disimilitudes van más allá de la protección de los trabajadores frente a un colectivo que no requiere tal plus de protección, cuestión que queda especialmente evidenciada si la comparamos con la posición mantenida por este mismo tribunal en su sentencia de 30 de octubre de 2007.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO NO RATIFICADO POR LAS ASAMBLEAS DE TRABAJADORES Y EMPRESARIOS

La Sentencia ahora comentada de 9 de febrero de 2010 (Ar. 100782) se circunscribe básicamente al análisis de la naturaleza jurídica de un preacuerdo de convenio colectivo, así como la trascendencia de la previsión de su posterior ratificación por las respectivas asambleas de trabajadores y empresarios representados. En definitiva, se trata de dilucidar el grado de vinculabilidad que tal preacuerdo posee para las partes negociadoras en defecto de la posterior ratificación asamblearia, así como la posible alteración de su naturaleza como consecuencia de su posible relación con fenómenos huelguísticos.

En relación a la primera cuestión, cabrían dos posibles soluciones. La primera estaría centrada en destacar el único momento procesal previsto por el legislador: el momento de la ratificación del fruto de la negociación por aquellos que están legitimados legalmente para ello. Por el contrario, la segunda opción estaría en admitir la posibilidad de que dicha manifestación de voluntad estuviera sujeta a la condición resolutoria consistente en su posterior ratificación por la asamblea de trabajadores o empresarios.

A este respecto, la Sentencia que nos ocupa admite, sin ningún tipo de restricción, la posibilidad de someter el acuerdo que pone fin a la negociación de un convenio colectivo a una condición resolutoria, en concreto, a la correspondiente ratificación por parte de la asamblea de empresarios representados por los negociadores. Se trataría de una decisión voluntaria, pues los representantes de los empresarios gozan de una representación institucional otorgada por el art. 87 ET para la negociación de convenios colectivos.

Para justificar tal posición, el Tribunal Supremo elabora una teoría sobre la especial naturaleza jurídica del Preacuerdo. Según los recurrentes, esto es, las organizaciones sindicales, tal naturaleza jurídica habría de encuadrarse en el ámbito de eficacia del convenio colectivo, por aplicación de lo dispuesto en el art. 8.2 RDL 17/77 ya que ese pacto fue fruto de la negociación habida para poner fin a la huelga. Por el contrario, las organizaciones patronales consideran

que la eficacia de tal Preacuerdo no puede vincularse con la huelga, de manera que su contenido es una simple obligación sujeta a condición que nunca llegó a tener virtualidad ni eficacia, al no llegar a cumplirse porque las Asociaciones Patronales no ratificaron su contenido.

Partiendo de estas dos posiciones enfrentadas, el Tribunal Supremo entiende que la naturaleza jurídica del Preacuerdo hay que deducirla básicamente de la literalidad de los términos del mismo. A tenor de la misma, este Tribunal, como así hizo el Tribunal de instancia, considera que la voluntad libremente expresada por los firmantes en el texto y plasmada en el propio texto implicaba que la eficacia de lo pactado quedaba condicionada a su aprobación por las asambleas no sólo de los empresarios, sino también de los trabajadores. Como tal aprobación no llegó a producirse, sin que sea relevante, continua el Supremo, que tal rechazo o no aprobación se produjera, tampoco gozó en ningún momento de plena eficacia el propio preacuerdo. Es decir, que sólo basta con que las organizaciones patronales afirmen que sus bases no han ratificado para que no surta efectos jurídicos algunos.

A pesar de esta falta de interés pretendida por el Supremo, es aquí donde se encuentra en nudo de la cuestión más conflictiva, dado que, según la demanda formulada por las organizaciones sindicales, la representación patronal demoró la prevista ratificación hasta que consiguió desactivar la huelga convocada. Una vez conseguido este objetivo, las Asociaciones Patronales ni tan siquiera sometieron, parece deducirse de la parca redacción de los antecedentes de hecho, a sus asambleas la aprobación, retractándose de lo inicialmente firmado. Por el contrario, para el Tribunal Supremo tal pretendido objetivo -desactivar la huelga convocada- no puede ser acreditado a pesar de que las partes ratificaron en el SERCLA (Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos) que la aprobación de tal Preacuerdo se encuentra en la base de la desconvocatoria de la huelga. A pesar de ello, este Tribunal entiende que no queda acreditada la relación directa entre la aprobación del preacuerdo y la desconvocatoria de la huelga ya que este extremo no se incluyó expresamente en su texto, como porque «el contenido condicional de lo pactado es muy claro, teniendo en cuenta que la eventual no ratificación de lo pre acordado podía haberse producido en el banco social, en la asamblea de trabajadores, con el mismo resultado de no obligar a ninguna de las partes por esta razón». En definitiva, se acude a una defensa del papel de la asamblea de trabajadores para justificar la no vinculabilidad del convenio preacordado por las organizaciones patronales.

3. GENEROSO RECONOCIMIENTO DE LAS FACULTADES DE LA ASAMBLEA DE EMPRESARIOS FRENTE A OTROS PRECEDENTES

Como acabamos de desarrollar, según la STS ahora comentada, la ratificación del acuerdo alcanzado en el marco de una negociación colectiva se produce en el momento en el que se cumple la condición introducida por los negociadores en el propio acuerdo. En este caso, dicha condición consistía en su posterior ratificación por las asambleas de trabajadores y empresarios. Para justificar su posición no duda en traer a colación la STS de 11 de julio de 2000, en la que, por otro lado, tal condición no consistía en su sometimiento al parecer de asamblea de empresarios sino, por el contrario, a la ratificación de los trabajos realizados por el representante del empresario por la dirección de la empresa y a efectos, exclusivamente, de precisión de la fecha de inicio de la eficacia de tales preacuerdos.

Pues bien, tanta generosidad en el reconocimiento de los instrumentos de participación directa de empresarios y trabajadores, contrasta con el restrictivo reconocimiento que tradicionalmente se le ha otorgado a tales instrumentos cuando su uso beneficia a la participación directa de los trabajadores representados en los procesos negociadores. En concreto, la STS de 30 de octubre de 2007 estableció una línea de jurisprudencia de marcado carácter restrictivo en línea con la 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.

En aquella sentencia, a pesar de no juzgarse la virtualidad de los 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 ne-

cesidad 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. 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.

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 convocatorias se produce en el contexto de situaciones conflictivas y de alejamiento entre la voluntad de representantes y representados.

Trayendo esta jurisprudencia al caso ahora tratado, cabría hacer la siguiente consideración: ¿cuál es la eficacia jurídica de una condición consistente en tomar el pulso de la opinión de las bases representadas cuando tal opinión no es vinculante para aquellos que plantean la cuestión?

4. SIGNIFICADO PRÁCTICO DE LA DEMOCRACIA DIRECTA DE LOS EMPRESARIOS

Uno de los pilares sobre los que pivota la argumentación de nuestro Tribunal Supremo consiste en pretender justificar la ineficacia de un preacuerdo no ratificado en un hipotético paralelismo de las armas de las partes negociadoras. No supone, a su entender, ningún abuso el reconocer la potestad de las asambleas de empresarios para ratificar un preacuerdo cuando dicha posibilidad también le ha sido reconocida a los trabajadores. Dejando ahora al margen las dificultades que estos instrumentos tienen para ser realmente efectivos para los trabajadores, nos centraremos en la realidad de tal equiparación.

Desde nuestro punto de vista, los instrumentos de participación directa de los trabajadores no sólo son mecanismos de control del mandato otorgado a sus representantes y de incremento de la democracia en el marco de dicha representación. Por el contrario, también poseen un importante componente de garantía de un proceso negociador de mayor equilibrio. En muchos procesos negociadores, la llamada a participar al conjunto de los trabajadores destinatarios del convenio no está justificada por un afán democratizador de los negociadores, sino como vehículo de respaldo de sus posiciones en el marco de una negociación colectiva que viene rodeada por un desequilibrio de poder de las partes negociadoras. Ante la imposibilidad de llegar a acuerdos equilibrados, los representantes de los trabajadores acuden a sus bases buscando apoyo para el inicio de otras vías de negociación reequilibradoras.

Por el contrario, de nuevo desde nuestro punto de vista, el generoso otorgamiento de la posibilidad de incluir como condición resolutoria del preacuerdo negocial la posterior ratificación por las asambleas de empresarios, se convierte en un mecanismo de desequilibrio de la posición de las partes. Es, precisamente, este desequilibrio el que es resaltado por las organizaciones sindicales recurrentes al considerar vulnerado el art. 8.2 del RDL de Relaciones de Tra-

bajo. Según este precepto, «desde el momento del preaviso y durante la huelga, el comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquella. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo». No cabe duda de que el elemento objetivo de tal precepto acaecía en el supuesto en cuestión, como quedó suficientemente acreditado en el acta de comparecencia de las partes ante el SERCLA, en el que expresamente se mencionaba al preacuerdo como causa de la desconvocatoria de la huelga cuya fecha se avecinaba. Es decir, que a pesar de la fácil ruptura del nexo causal planteado por el Supremo, éste debería haberse planteado, al menos como hipótesis, tal posibilidad aunque no estuviera expresamente contemplada en la literalidad del preacuerdo.

El Tribunal Supremo elude, en todo momento, el que pudiera ser el elemento clave de este litigio y que no es otro que dilucidar si el acudir a tal ratificación asamblearia es una estrategia dilatoria que contradice el necesario deber de buena fe⁵ que ha de presidir el proceso negociador. En este sentido, se ha de advertir que, al contrario de lo que ocurre en el banco social, no siempre la asamblea de empresarios es necesaria para el que debería ser su objetivo fundamental, esto es, el conocer la voluntad de las bases respecto al convenio colectivo negociado. Como consecuencia de ello, son imaginables supuestos en los que la convocatoria de asambleas de empresarios se conciban más bien como fórmulas dilatorias de la entrada en vigor de un convenio colectivo que como mecanismos de democracia directa.

En el caso de que constatemos esta última finalidad, la actitud empresarial sería plenamente encuadrable en el supuesto previsto en el art. 89.1 ET, ya que el banco empresarial, lejos de pretender alcanzar un acuerdo, utilizó la previsión contenida en la preacuerdo como estrategia dilatoria de cara a evitar una huelga previamente convocada, como parece demostrar el hecho de que, una vez desconvocada, anunciaran la no ratificación, no pudiendo constatarse, ni tan siquiera, la convocatoria de las correspondientes asambleas ratificadoras.

5. CONCLUSIONES

Los mecanismos de participación directa de trabajadores y empresarios aumentan los márgenes de democracia que un estricto sistema de representación como el previsto en el Estatuto aporta. Evidentemente, tales instrumen-

⁵ En relación a tal principio, véase Sánchez Torres, E., *El deber de negociar de buena fe en la negociación colectiva*, CES, Madrid, 1999.

tos de participación directa no se contemplan, a efectos de ratificación de un convenio colectivo, en el propio Estatuto, donde sólo se menciona que los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones.

Desde nuestro punto de vista, la protección dispensada por la Sentencia comentada a los mecanismos de participación directa de los empresarios es de todo punto excesiva y genera una clara distorsión en el necesario equilibrio que ha de existir entre las capacidades de las partes negociadoras. En especial, como consecuencia de la práctica anulación de las posibilidades de la huelga anteriormente convocada. Efectivamente, como consecuencia de la aprobación del preacuerdo, los trabajadores deciden la desconvocatoria de la huelga con la complacencia de los representantes de los empresarios ante el correspondiente órgano de la Administración pública. Por otra parte, como consecuencia de la lógica confianza que genera la consecución de un acuerdo en el marco de una negociación colectiva, una vez alcanzado el preacuerdo no es lógico suponer que no terminará desplegando todos sus efectos y, por ello mismo, mantener la huelga con todas las consecuencias negativas que ello implica se hace innecesario.

A pesar de lo manifestado por el Tribunal Supremo en la sentencia ahora comentada, sí que existe una clara implicación del derecho de huelga y una conculcación del art. 8 RDLRT, y ello, simplemente, siendo respetuosos con la jurisprudencia anteriormente elaborada por el Supremo y que más arriba detallamos. La representación legal de los empresarios, conforme a dicha jurisprudencia, tiene plena capacidad para alcanzar los acuerdos colectivos que estime oportunos, no encontrándose vinculada ni por la inclusión de la necesaria ratificación en el preacuerdo ni tan siquiera por el resultado de la decisión asamblearia. Dicha inclusión en el preacuerdo sólo vincula, como se encarga de afirmar nuestra sentencia de referencia, a las partes negociadoras como condición resolutoria. Por ello, a pesar de la existencia de dicha cláusula no podemos afirmar que ello inmune a la parte empresarial de una posible vulneración del derecho de huelga y de negociación colectiva conforme al art. 8.2 RDLRT. En el caso que nos ocupa con más razón ya que, en tanto se somete a dicha ratificación (que ni tan siquiera consta que exista voluntad de hacerlo o que terminara haciéndolo), se consiente en acudir ante el órgano administrativo encargado de constatar el acuerdo de fin de huelga. Consideramos que, desde ese mismo momento, los representantes de los empresarios actuaron como si el acuerdo hubiera sido ya ratificado, yendo mucho más allá de considerar el texto aprobado como un simple preacuerdo en la propia definición dada a esta institución por el propio Tribunal Supremo: «...los acuerdos parciales que se hayan podido ir obteniendo durante las deliberaciones carecen de valor jurídico por sí mismos y considerados aisladamente puesto que en

todo caso tienen carácter provisional y son susceptibles de ser modificados en reuniones posteriores, siguiendo la mecánica del propio proceso negociador, abierto siempre a la posibilidad de nuevas ofertas y contraofertas sobre todos los extremos objeto de las conversaciones; siendo lo único válido, dotado de eficacia normativa..., el pacto final que se plasme en el texto definitivo suscrito por las partes como culminación del proceso negociador, una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 90 ET»⁶.

Así pues, la inexistencia de tal ratificación sólo generará consecuencias en el marco de la relación entre representantes y representados, pero no así en el marco de la eficacia del preacuerdo, con más razón si recordamos que nuestros tribunales se han encargado de negar eficacia vinculante al resultado alcanzado en las asambleas convocadas a tales efectos⁷. Por otro lado, el propio Tribunal Supremo parece intuir esta conclusión al calificar en todo momento la ratificación posterior en asamblea como condición resolutoria. Es decir, que según éste, el acuerdo se perfeccionó con la manifestación de voluntad de los representantes de los trabajadores que quedaba sujeta a una futura posibilidad de resolución. No lo consideró, por el contrario, como condición suspensiva, pues el Tribunal, a tenor de su propia doctrina, conoce el efecto no vinculante que para los firmantes posee la no ratificación de lo previamente acordado.

En definitiva, consideramos que el Tribunal Supremo mantuvo un exceso de celo y generosidad en el reconocimiento de los órganos de participación directa de los representados del banco empresarial en los procesos negociadores, mucho más generoso, por otra parte, que el tradicionalmente otorgado a estos órganos infravalorados.

⁶ SSTS de 19 de junio de 1991 (Ar. 5155) y de 14 de junio de 1998 (Ar. 4899).

⁷ Véase, Cuenca Alarcón, M., «Procedimiento de negociación estatutaria», en AA.VV., *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2008, p. 375.

**PODER DE DIRECCIÓN, AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y
NEGOCIACIÓN COLECTIVA. A PROPÓSITO DE UNA
REVISIÓN SALARIAL UNILATERAL**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2010

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES*

SUPUESTO DE HECHO: La Federación Estatal Minerometalúrgica de CCOO interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2009. La empresa demandada, que cuenta con centros de trabajo en distintas Comunidades Autónomas, tiene convenio colectivo estatutario con una vigencia prevista para el año 2006. En el mismo no se prevén incrementos o revisiones salariales anuales. Denunciado dicho convenio y en ultraactividad, se constituye la mesa negociadora el 10 de enero de 2007. En la negociación de las subidas salariales para el año 2007 surgen las dificultades de alcanzar acuerdo, que se mantendrán durante tres años consecutivos. Dichas divergencias se refieren tanto a la cuantía del incremento como a si éste debe ser lineal o por méritos. A tal efecto, la empresa propone una subida salarial lineal del 1%, destinando el resto de la disponibilidad al concepto de méritos. La representación sindical hizo contrapropuesta de incremento del 4,4%, más otros incrementos para revisión individual por méritos. Ante la ausencia de acuerdo y manteniendo abiertas las negociaciones, el 1 de marzo de 2007 la empresa procede a aplicar “a cuenta” el incremento salarial del 1%. Y el 3 de mayo de 2007 pasa a adicionarle una revisión discrecional en concepto de méritos, negándose en cualquier caso a sumar un incremento salarial de carácter general al ya aplicado. Surge ahora un nuevo ámbito de disensión, en tanto los sindicatos solicitan a la empresa la relación nominal de los trabajadores con el incremento porcentual aplicable a cada trabajador y la empresa se niega a trasladársela a los negociadores.

El 14 de noviembre de 2007 se constituye la Comisión Negociadora para la revisión salarial del año 2008. En esta ocasión el banco sindical propone una subida salarial general de un 5,6%. La empresa, tras ser descartadas otras

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

propuestas, se muestra dispuesta a ceder hasta un 3% de incremento salarial general, lo que es igualmente rechazado por el banco social el 16 de enero de 2008. El 4 de marzo de 2008 la empresa ofrece una subida lineal del 1,5%, más los incrementos que pudieran reconocerse individualmente por méritos y que se estiman alcanzarán al 76% de la plantilla. Ante la negativa sindical, finalmente esta última propuesta fue puesta en práctica unilateralmente por la empresa a mediados de abril, produciéndose con la suma de ambos componentes una subida del 3,245% para el personal de convenio y del 3,06% respecto del global de la plantilla. En esta ocasión y en función de Auto del Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid, los datos individualizados sí son trasladados a los negociadores, pero no en relación nominal sino con el número de identificación global en la corporación.

Se inician las negociaciones de la subida salarial de 2009, acreditándose que la dirección en España se encuentra limitada en sus ofertas por las directrices marcadas por la empresa matriz ante la ausencia de beneficios de la empresa nacional. Es más, según reconoce la sentencia de la Audiencia Nacional, la empresa cuenta con pérdidas desde el 2002, y la plantilla ha sufrido una tremenda reducción (de 1.500 a 289 empleados). No obstante, se logra por la dirección nacional, un cierto margen (1,5%). Rechazado por el banco social –que propone un 4%- el ofrecimiento de un incremento del 1,5% exclusivamente en función de méritos, la empresa lo oferta a cualquiera de las representaciones sindicales o unitarias con objeto de llegar a un acuerdo de eficacia limitada. La Sección Sindical de CTI lo somete a votación, con resultado de 106 votos a favor y 35 en contra, con lo que suscribe el Acuerdo de eficacia limitada el 26 de marzo de 2009, cerrándose el 27 de mayo de 2009 el proceso negociador que mantenía con las otras representaciones sindicales. Finalmente, el referido acuerdo de eficacia limitada ha sido objeto de adhesión mayoritaria por 228 trabajadores, siendo la plantilla de 244.

RESUMEN: El recurso se articula en dos motivos diferenciados de aspectos complementarios de la libertad sindical (art. 28.1 CE) puesta en relación con el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), a saber: el derecho a la información y la sustitución intencionada e ilícita de la autonomía colectiva por una decisión unilateral del empresario, ambas durante las negociaciones de la subida salarial de 2008. Respecto del primero, el Tribunal Supremo legitima que el traslado de la información sobre los datos individualizados de los trabajadores con el incremento porcentual aplicable se haya hecho con el identificativo numérico global pero no en relación nominal. Y ello por tres motivos: la empresa no niega, sino tan sólo condiciona la entrega de dichos datos nominales al consentimiento de los afectados; no se aprecia que con la forma en que se entrega la información se esté incumpliendo del mandato del Auto del Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid; y, finalmente, porque en cualquier caso

no puede asegurarse que con la hipotética negativa de la empresa a entregar la información solicitada –nominal o no- se esté atentando contra las facultades negociadoras de los sindicatos. En cuanto a lo segundo, tampoco cabe apreciar una actividad antisindical de la empresa deducida del hecho de que la subida salarial finalmente aplicada fuese 0.245% superior a la ofertada inicialmente a los sindicatos. Y ello por cuanto deriva de la aplicación de los parámetros de una segunda oferta que también fue rechazada y porque, en cualquier caso, la diferencia puede ser atribuida a la lícita facultad empresarial de incrementar las retribuciones en función de los méritos de sus destinatarios.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. PODER DE DIRECCIÓN, AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

3. Y AHORA, EL CASO PARTICULAR

1. INTRODUCCIÓN

Respecto al tema que nos ocupa, la sentencia del Tribunal Supremo se limita a abordar, en correspondencia con el planteamiento del recurso de CCOO, la problemática suscitada en la negociación y aplicación de la subida salarial de 2008. Deja al margen, tanto lo acontecido en 2007 como en 2009. Sin embargo, en la demanda planteada tanto por UGT como por CCOO y resuelta por la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, se cuestionó igualmente la licitud del pacto de eficacia limitada alcanzado entre la empresa y CTI por considerar que supuso una ruptura del proceso negociador con objeto, por lo demás, de convertirse aquél en un acuerdo de eficacia general mediante adhesiones individuales. Además, han quedado al margen desde su inicio las cuestiones de legalidad ordinaria, habida cuenta de la modalidad procesal de tutela del derecho fundamental de libertad sindical que se sigue ante la Audiencia Nacional y que supone en principio una cognición limitada a dicha perspectiva.

2. PODER DE DIRECCIÓN, AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Los argumentos que utiliza el Tribunal Supremo para convalidar la fijación unilateral por la empleadora del incremento salarial de 2008 son ciertamente sucintos y, aparentemente, de escasa transcendencia dogmática. No trae a

colación cita alguna de la doctrina judicial ni se apoya en pronunciamientos anteriores propios o del Tribunal Constitucional, limitándose a resolver el caso de manera directa y concisa. Ello no obsta sin embargo y en mi opinión, a su coherencia con aquéllas ni a la corrección de su decisión. Y ello, pese a que en una primera lectura podría parecer que viene a apartarse de la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional 107/2000, de 5 mayo, que resuelve un supuesto también aparentemente muy similar.

La delimitación del ámbito de las facultades de gestión del empresario y de la autonomía individual frente al derecho a la negociación colectiva es uno de los grandes temas abiertos y no del todo resueltos de las relaciones laborales. Ello se manifiesta tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial donde, por lo demás, tiene un enorme peso el casuismo de los pronunciamientos.

El amparo constitucional del derecho a la negociación colectiva se ha articulado, habida cuenta de la ubicación del art. 37.1 CE, sobre la base del derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE. Se erige así en contenido esencial de la libertad sindical en tanto es impensable que pueda privarse a un sindicato de tal capacidad de negociación, medio esencial de acción sindical para la consecución de los fines que le son atribuidos constitucionalmente (art. 7 CE y 2.2.d LOLS)¹. Ahora bien, la atribución por Ley del valor normativo y eficacia general al convenio colectivo estatutario así como el deber de negociar, desde la perspectiva del derecho de libertad sindical no puede sino considerarse vinculado a su contenido adicional². De hecho, ello permite a su vez, junto a la valoración de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, la selección de sindicatos que puedan dar lugar a tales productos negociales (art. 6.3.d.

¹ Por todas: SSTC 23/1983, 25-3; 61/1989, 2-4; 105/1992, 208/1993, 28-6; 1-7; 127/1995, 25-7. También, por ejemplo: SSTC 98/1985, 29-7; 39/1986, 31-3; 187/1987, 24-11; y 108/1989, 8-6. Por la doctrina, por ejemplo: J. García Blasco, “La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, n° 76, 2004, pág. 69; F. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, “Contenido y alcance de la acción sindical”, en *AAVV –coords. M^{re} E. Casas, F. Durán, J. Cruz-*, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española”, *La Ley*, Madrid, 2006, pág. 285.

Consiguientemente, el recurso de amparo no alcanza a la tutela de la representación unitaria en un supuesto de negociación individual en masa que modifica las condiciones del horario fijado en Convenio sectorial para cuya alteración se remite, a su vez, a dicho acuerdo con la representación en la empresa [STC 74/1996, 30-4].

² A.M^a Carmona Contreras, “La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva”, *Tecnos*, Madrid, 2000, por ejemplo en págs. 68, 69, 72, 73 a 75 –en especial en la pág. 74–; A. Ojeda Avilés, “Derecho sindical”, *Tecnos*, Madrid, 1995, págs. 222 y 609. También en este sentido, véase: F. Durán López y C. Sáez Lara, “Libertad sindical y acción sindical en la empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, REDT, n° 52, 1992, pág. 169; M^{re} F. Fernández López, “El contenido esencial de la libertad sindical y la negociación colectiva: una aproximación clásica a un antiguo problema”, *REDT*, n° 54, 1992, págs. 604 y 605.

LOLS)³. Se erige así, el convenio extraestatutario en una auténtica válvula de escape de la constitucionalidad de la opción del legislador estatutario⁴.

A la luz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que veremos sobre las relaciones entre el derecho fundamental, los poderes de dirección del empresario y la autonomía individual, podríamos pensar que se apoya en exceso en el valor normativo del convenio⁵, carácter en todo caso derivado del art. 37.1 CE y no del art. 28.1 CE. Es más, conforme a los postulados de un sector doctrinal dicho valor normativo ni tan siquiera se desprende de aquél sino, de admitirse, de la legislación infraconstitucional⁶. Así, al marginarse la perspectiva estrictamente vinculada al derecho de libertad sindical, se dejan en el aire sino resueltamente desprotegidos otros productos de la negociación colectiva y, significativamente, el convenio extraestatutario⁷ que, en coherencia desde dicha perspectiva merecería similar tutela en el limitado ámbito subje-

³ Véanse, por ejemplo: SSTC. 4/1983, 28-1; 12/1983, 22-2; 73/1984, 27-6; 98/1985, 29-7; 108/1989, 8-6. Un análisis de las citadas sentencias en: F. Durán López, *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1992, págs. 196 a 201.

⁴ F. Valdés Dal-Ré, “El paradigma legal en la negociación colectiva”, RRLI, T.I, 1990, págs. 272 y 276.

⁵ Por todas: SSTC 105/1992, 1-7; 238/2005, 26-9. Más coherente, por su vinculación y valoración fundamental sobre el derecho de libertad sindical –acción sindical- y la posición del sindicato como representación institucional: STC 225/2001, 26-11. Observa una evolución en la doctrina constitucional desde una prevalencia del tratamiento normativo del convenio hacia la visión de éste como resultado de una acción colectiva por encima de su valor o no como fuente del derecho: M^aF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., pág. 169.

⁶ Como señala Durán López, el carácter normativo del convenio no deriva de la Constitución, sino, todo caso de la Ley. Por tanto, es necesario distinguir entre su valor como norma o como contrato, que supone dos opciones legales constitucionalmente lícitas que permiten –ambas- la articulación general o limitada de su eficacia, y la fuerza vinculante del convenio que impone la Constitución, y que a su vez también es distinto de su ámbito subjetivo. La eficacia vinculante del convenio colectivo, que por naturaleza es un contrato, implica desde el mandato constitucional que aquél se aplique a las relaciones individuales incluidas en su ámbito subjetivo, general o limitado, sin necesidad de que los contratos de trabajo lo incorporen expresamente o se remitan al mismo (F. Durán López, “Los convenios colectivos”, en AAVV, “El modelo social en la Constitución española de 1978”, MTAS, Madrid, 2003, págs. 175 y ss.). En similar sentido, por ejemplo: F. Valdés Dal-Ré, “El paradigma legal...”, cit., págs. 270 y ss. y en “El modelo español de negociación colectiva” en AAVV –coords. F. Pérez de los Cobos y JM^a Goerlich-, “El régimen jurídico de la negociación colectiva en España”, TB, Valencia, 2006, págs. 47, 52, 58 a 62, 75 y 77.

⁷ M^a F. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., pág. 177.

tivo al que extienda sus efectos⁸. La normativa infraconstitucional resulta ser así un transfondo decisivo en la construcción de las citadas relaciones. Y hasta cierto punto no podía ser de otra forma en tanto integra en parte el contenido, los medios, de acción sindical de que está dotado el Sindicato⁹. No obstante, el sustrato propio de la libertad sindical, en definitiva el respeto al papel institucional que corresponde al sindicato y a la efectividad de sus medios de acción, implica la necesidad de que se supere tal visión material y a la postre legalista, para solventar los supuestos patológicos que también pueden darse respecto de los instrumentos de negociación distintos del convenio estatutario. Así, la inaplicación respecto de tales acuerdos del art. 3.5 ET, o la exclusión de los acuerdos plurales del régimen del art. 41 ET para la modificación de las condiciones fijadas por acuerdo de empresa o por convenio colectivo extraestatutario, deben ser igualmente analizados desde una perspectiva menos formal y más esencial del derecho fundamental de libertad sindical¹⁰ –marginando ahora los argumentos que también puedan derivar de y a pesar de su posible naturaleza contractual que, no obstante, exigiría igualmente el cumplimiento de un compromiso adquirido–, salvo que se quiera decididamente reconducir su tutela prevalentemente al ámbito del conflicto de intereses y al ejercicio sistemático del derecho de huelga y restringir potencialmente el concepto de antisindicalidad al de representatividad.

En lo que se refiere a la relación entre el poder de dirección, autonomía individual y negociación colectiva, podría decirse que el Tribunal Constitu-

⁸ M^aF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., págs. 189 y 190. Por otra parte, también si la Constitución garantiza la eficacia real del convenio colectivo, lo hace o lo impone tanto respecto de los convenios estatutarios como de los extraestatutarios, con la única diferencia de sus respectivos ámbitos subjetivos (F. Valdés Dal-Ré, “El modelo español...”, cit., págs. 70 a 75).

No obstante, así lo ha reconocido en alguna ocasión el Tribunal Supremo. Es el caso de la STS 30-4-1994, RJ 1994\3475, en que ha afirmado respecto de un acuerdo extraestatutario: <<La reserva de negociación colectiva que establece la cláusula 8ª del pacto de 1989 para poder modificar su contenido no introduce un factor de mayor intensidad a la intangibilidad del pacto, ya que ésta le viene reconocida por la naturaleza de convenio colectivo que tiene y no se podría modificar a través de pactos individuales aunque aquella cláusula no se hubiera acordado>>.

⁹ Con los límites derivados de su carácter adicional y que supone un condicionamiento de su acceso al recurso de amparo y una restricción de la competencia fiscalizadora del Tribunal Constitucional (por todos: A.M^a Carmona Contreras, “La conflictiva...”, cit., págs. 77 y ss.; M^aF. Fernández López, “El contenido...”, cit., págs. 602, 610 y 611). Más abiertamente proponen la limitación del recurso de amparo al contenido esencial de la libertad sindical, manteniendo a su vez como derecho autónomo el de negociación colectiva: F. Durán López y C. Sáez Lara, “Libertad sindical...”, cit., págs. 167 y ss. y en F. Durán López, “Jurisprudencia constitucional...”, cit., págs. 124 y ss.).

¹⁰ M^aF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., págs. 175 a 179. Desde otra perspectiva, pero con similares consideraciones: F. Navarro Nieto y C. Sáez Lara, “La flexibilidad en la nueva relación de trabajo”, CGPJ, Madrid, 1998, págs. 84 y 85.

cional ha marcado tres grandes trazos que deben servir de criterios guía en la valoración casuística de la adecuación constitucional de la conducta, acuerdo o precepto de que se trate. Uno, que podríamos considerar <<límite>>, conforme al cual la negociación colectiva no puede anular plenamente el espacio de la autonomía individual ni negar la libertad de empresa¹¹. Esta frontera, por más que conocida, por sí sola es escasamente esclarecedora a nivel pragmático para el intérprete. Es difícil ir mucho más allá de afirmaciones genéricas como que los derechos personalísimos no son disponibles por convenio colectivo¹² o, como insistiremos más adelante, que las facultades de gestión del personal y la autonomía individual, incluso en masa, pueden actuar –si bien bajo determinados condicionantes– más allá del convenio. Realmente, su formulación como principio general del derecho, le confiere una nula o extraordinariamente reducida capacidad para servir de límite a las diferentes opciones legales en tanto es precisamente el legislador ordinario el que parece fijar los parámetros de valoración¹³. También resultan en exceso evanescentes los límites derivados de la posible vulneración de los arts. 35, 38, e incluso art. 10 CE, en el conflicto que pueda suscitarse con el derecho fundamental de libertad sindical¹⁴. La negociación colectiva, en definitiva y por definición, es garantía y límite de los derechos individuales, siendo consustancial a la misma la prevalencia de los primeros sobre éstos¹⁵.

Las otras dos reglas son mucho más concretas, aún cuando en un primer acercamiento parezcan en exceso apegadas a la legalidad ordinaria. Una, muy concisa, conforme a la cual el ejercicio del poder de dirección y en general la autonomía individual no pueden vulnerar el convenio colectivo, encontrándose aquélla en relación jerárquicamente subordinada¹⁶. Lo contrario supondría un vaciamiento de las facultades negociadoras del sindicato y un atentado contra el papel institucional que a éste le corresponde desempeñar. Otra, más angulosa según la cual, aún sin existir norma convencional que regule la cuestión, bajo ciertas condiciones el empleador no puede fijar unilateralmente condiciones de trabajo de transcendencia colectiva. Es esta última regla en la que nos interesa

¹¹ SSTC 58/1985, 30-4; 208/1993, 28-6.

¹² Véase: J. Escribano Gutiérrez, “Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo”, CES, Madrid, 2000, págs. 117 y ss.

¹³ STC 58/1985, 30-4 –sobre jubilación forzosa pacta en convenio colectivo–.

¹⁴ Véase: M^ºF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, *Temas Laborales*, n^º 76, 2004, págs. 180 y ss., y muy en particular respecto de la libertad de empresa y las posibles limitaciones de la capacidad negociadora de las asociaciones patronales a partir de la pág. 183.

¹⁵ M^ºF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, *Temas Laborales*, n^º 76, 2004, pág. 166.

¹⁶ M^ºF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., pág. 166. En este sentido, por ejemplo: STSJ Andalucía/Sevilla 2-12-2008, AS. 2009/632.

profundizar, pues en el caso analizado la revisión salarial no estaba prevista en el convenio ultraactivo con lo que, evidentemente, no era posible la apreciación de vulneración de la norma colectiva por la fijación unilateral de aquélla. Pero realmente, ambos supuestos de hecho tienen como mínimo un elemento común vinculado a la libertad sindical. Y es que en ambos casos, la posible conducta antisindical puede ser analizada desde la perspectiva del deber de negociar y, por supuesto, de negociar de buena fe. Y ello es tan elemental como que, de no existir, de no concurrir dicho deber, en términos generales, salvo un comportamiento particularmente insidioso, no podría vulnerarse la libertad sindical desde la perspectiva de los derechos de negociación del sindicato.

Por tanto, la concurrencia del deber de negociar y la consiguiente vulneración de la libertad sindical se suscitan a partir de dos datos fundamentales que tienen que ser examinados caso por caso y que necesariamente están <<contaminados>> por la normativa infraconstitucional. Uno, consistente en averiguar si realmente la medida supone una alteración de la norma colectiva y no un suplemento, complemento, especificación o adaptación de aquélla. En tal caso, viene exigido el acuerdo colectivo para su implantación, surgiendo, consiguientemente, un deber de negociar que se traduce a su vez en el seguimiento del procedimiento ordinario para su modificación y denuncia, así como de otras fórmulas o técnicas de composición de conflictos previstas en el ordenamiento jurídico laboral o por la autonomía colectiva (ej. Comisión paritaria)¹⁷. Entonces, la capacidad de actuación unilateral o de negociación directa del empresario, más allá del estricto ámbito individual, es ciertamente marginal si existe convenio y, en última instancia, está definida por éste¹⁸. Y desde luego, es indiferente la intencionalidad de la empresa, no hay que ahondar en subjetividades; basta la apreciación del resultado lesivo. También carece de trascendencia si con la medida o con los pactos en masa se alcanzan condiciones más favorables que puedan efectivamente responder al interés de los trabajadores afectados¹⁹; aquí no se trata exclusivamente de tutelar al trabajador individual de posibles abusos, sino de proteger aparte de un derecho esencial de actividad sindical, la posición del sindicato como representación institucional o contrapoder colectivo incluso de los ataques provenientes de los

¹⁷ STC 225/2001, 26-11. En esta línea, desde una perspectiva de legalidad ordinaria: STSJ Madrid 4-4-2001, AS. 2001/2951.

¹⁸ M^aF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., pág. 168.

¹⁹ Si bien en opinión de un sector doctrinal, y atendiendo al papel que corresponde a la autonomía individual respecto al convenio colectivo, en tales casos la antijuridicidad de la mejora de éste mediante los acuerdos en masa exige una intención de suplantación (J.M^a Galiana Moreno, “Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo”, RMTAS, n^o 68, 2007, págs. 19 y 20).

representados²⁰. Más que de «autodeterminación», por su alcance realmente colectivo tendríamos que referirnos en todo caso a «disensión» y ello supondría aceptar la ruptura del principio de solidaridad. Finalmente, al concurrir una pretensión de alteración del convenio, a la luz del art. 28.1 CE, puesto en relación con el art. 37.1 CE y su desarrollo legal, no sólo es insoslayable la negociación sino el acuerdo, de manera que ante el fracaso de las negociaciones no cabe su realización o suplencia mediante actuación unilateral, acuerdos individuales plurales²¹ y ni aún a través del convenio extraestatutario²².

Según venimos exponiendo y desde la perspectiva opuesta, no hay vulneración de convenio y, consiguientemente, no es predicable un deber de negociación puesto que no hay modificación, cuando éste no existe, cuando no regula la materia, o cuando se trata de una regulación abierta, es decir, no blindada expresa o implícitamente por la representación²³. Es en éste último supuesto donde reside la mayor dificultad de valoración y el campo de batalla de las distintas posiciones encontradas. Si no suele haber grandes inconvenientes en admitir mejoras sumatorias o cuantitativas sobre los conceptos previstos²⁴, no sucede lo mismo cuando de lo que se trata es de una regulación distinta cualitativamente, en tanto supone la comparación de conceptos difícilmente cuantificables, no homogéneos, y la posible contradicción con la intención de

²⁰ STC 225/2001, 26-11.

²¹ Véase: STC 238/2005, 26-9.

²² Conforme a la doctrina judicial sentada respecto de la naturaleza y eficacia de éstos y puesto que se les equipara y ubica extrañamente en el ámbito de la autonomía individual de la voluntad: «pues los pactos o convenios extraestatutarios no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral al no estar incluidos en el art. 3.1 ET, carecen de eficacia normativa y únicamente surten efecto entre quienes los concertaron y, finalmente, dado que de estimarse lo contrario prevalecería la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, con lo quebraría el sistema negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios ex art. 37.1 CE» (STS 12-4-2010, JUR 2010\192781). Véase: M^oF. Fernández López, «Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones», cit., págs. 170 a 173, 189 y 190.

²³ Por el contrario, una regulación muy detallada del horario y de las jornadas singulares en el convenio colectivo sectorial es demostrativo de la importancia que le confirieron los negociadores e indicio de la exclusión de ordenaciones distintas para supuestos no previstos en ellas [STC 238/2005, 26-9]. En similar sentido, supone un atentado contra la libertad sindical la utilización de la autonomía individual en masa para lograr la obligatoriedad de las horas extraordinarias, cuando de la prolija regulación de la jornada en el convenio se extrae una dirección a la reducción, eliminación y voluntariedad de aquéllas (STSJ Aragón 8-1-2008, AS 2008\1083).

²⁴ No obstante no es ni mucho menos pacífico. Así, como veremos más adelante, también se discuten las mejoras que pueda introducir el empresario unilateralmente en el salario, incluso cuando consisten tan sólo en crear un nuevo complemento que premie el rendimiento y que se añade a los previstos en el convenio. En tales casos podrían considerarse por algunos alteraciones de la estructura salarial, aparte de potenciales discriminaciones y de la discusión sobre la participación en su control.

los negociadores de realizar una regulación completa y homogénea de las materias afectadas²⁵. No obstante, y pese a que efectivamente la evaluación de su adecuación al convenio puede ser más compleja, no existe motivo alguno para rechazar de plano y en base a generalismos toda medida o pactos en masa que supongan condiciones diferentes a las previstas en el convenio, en tanto como cuales quiera otras pueden llegar a ser supletorias, complementarias, o suplementarias de aquél. Condiciones distintas en definitiva pero compatibles consiguientemente, con el convenio al que se añaden o sustituyen conforme al espíritu del propio convenio sin alterarlo²⁶. Por otra parte, como veremos, también en estos casos puede interferir el segundo factor al que nos referíamos, en definitiva, la trascendencia colectiva de la materia.

Así es, retomando la segunda de las condiciones, teóricamente una vez que el convenio no se ve afectado, tendríamos que analizar si concurre un interés de trascendencia colectiva. Podríamos afirmar, que en estos casos el deber de negociar está motivado por la trascendencia colectiva de la medida.

²⁵ Vid. fundamento jurídico 6º de la STC 225/2001, 26-11. Así, llega a afirmarse sin más por alguna sentencia que sólo es posible fijar unilateralmente mejoras cuantitativas, pero no cualitativas respecto del Convenio Colectivo: STSJ. Andalucía/Sevilla 12-12-2002, AS. 2003/1069. Aún más exorbitadas, se hacen afirmaciones como las de la STSJ Andalucía/Sevilla 30-10-2007, AS. 2008/1134, conforme a las que se rechaza cualquier fijación de condiciones de trabajo colectivas por la empresa, unilateral o a través de pactos en masa, ya que se consideran contrarias a la libertad sindical por ser potencialmente parte integrante del Convenio Colectivo. Lo más llamativo de todo ello es que el convenio colectivo admitía el acuerdo con el trabajador para trabajar en sábados.

Por el contrario, y aún cuando en ello se haya observado un endurecimiento de la postura mantenida inicialmente por el Tribunal Constitucional, un ejemplo de la distinta valoración que circunstancialmente puede suponer una nueva condición como mejora de los “mínimos” previstos en el convenio frente a una auténtica alteración de las condiciones previstas en aquél: ATC 1074/1988, de 26-9 (de jornada continua a partida con menos horas) frente a la STC 105/1992, 1-7.

²⁶ STC 208/1993, 28-6, respecto de gratificaciones adicionales a las previstas en la normativa colectiva, no contrarias a éstas y que, por ello, operan en un espacio libre de regulación legal o contractual colectiva, y por ello abierto al ejercicio de la libertad de empresa y de la autonomía contractual. En similar sentido, respecto también de complemento salarial creado por la empresa y añadido al salario conforme a convenio: STS 30-4-1994, RJ 1994\3475. En este sentido abogan por la admisión de acuerdos individuales que recojan condiciones distintas y no contrarias a las previstas en el convenio y por el abandono de una visión de la autonomía individual limitada a la mejora del convenio: F. Durán López y Sáez Lara, “Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo”, RRL, T. II, 1991, págs. 391 y 392; J.M^a Galiana Moreno, “Autonomía ...”, cit., págs 211 a 23; C. Moreno de Toro, “Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad”, RRL, T. I, 1996, págs. 649 a 651. En similar sentido: M. Castro Conte, “El sistema normativo del salario: Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario”, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2007, pág. 420. También Cavas Martínez parece hacer bascular la valoración casuística sobre el concepto fundamental de mejora: F. Cavas Martínez, “Contratación plural de condiciones de trabajo y autonomía colectiva: ¿antisindicalidad o normalidad en la articulación entre las fuentes jurídico-laborales?”, Aranzadi Social, nº 4, 2002.

Si es contraria a la libertad sindical la negociación en masa de unas jornadas singulares distintas de las previstas en el convenio (STC 238/2005, 26-9).

Sin embargo nuestro planteamiento es inverso; en la valoración de la anti-sindicalidad de la conducta, realmente puede alcanzar a tener transcendencia colectiva porque existe previamente un deber de negociar actualizado que en su caso es vulnerado. De lo contrario y llevado a sus últimas consecuencias, se estaría imponiendo una iniciativa negociadora en supuestos no previstos en el ordenamiento jurídico. En estas situaciones, en que las facultades de gestión del empresario y de la autonomía individual topan con el derecho de libertad sindical sin vulneración del convenio²⁷, el dato que subyace en los supuestos analizados es, aún con más claridad, el de concurrir un deber de negociación²⁸. Tanto más teniendo en cuenta que «la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión, al margen del alcance cuantitativo de la medida»²⁹. Es sobre el presupuesto de este deber o si se prefiere, concurriendo necesariamente con éste, en el que se asientan el resto de los aspectos que terminan por configurar dicha dimensión colectiva. Se trata de casos en los que aún cuando con la medida no se alterase el contenido del convenio colectivo, con el ejercicio del poder de dirección y con la negociación en masa se está obstruyendo, obstaculizando, suplantando, intencionadamente o no, el papel que le corresponde a la negociación colectiva con vulneración de los derechos del sindicato. También en estos supuestos resulta indiferente, como en el caso en que se aprecie con la medida o con los pactos en masa una alteración del convenio, que sean más favorables o que hayan sido aceptadas por una pluralidad trabajadores³⁰.

En cuanto a esa «transcendencia colectiva» el Tribunal Constitucional tan sólo ofrece algunas orientaciones para su apreciación. Desde luego es fundamental la naturaleza de la materia sobre la que recae, gozando en principio de tal carácter las condiciones de trabajo más importantes para el colectivo, cuales son las condiciones esenciales –no accesorias o secundarias- referidas al salario, jornada y horario. Pero realmente esa dimensión colectiva desde la doctrina constitucional deriva con más seguridad del impacto general de la medida³¹. En definitiva, si puede o no ubicarse, en un ámbito propio de la libertad individual, lo que en términos más concretos se traduce en la valoración a

²⁷ El caso más puro, el único, sería, precisamente, el de la STC 107/2000, de 5 de mayo en la que más adelante nos detenemos.

²⁸ Abiertamente, utiliza este argumento en la desestimación del recurso la STC 208/1993, 28-6, en tanto el sindicato recurrente carece de legitimación para negociar el convenio supuestamente conculcado.

²⁹ STC 208/1993, 28-6.

³⁰ STC 208/1993, 28-6. También es indiferente tal aceptación o el posible interés particular de los trabajadores en caso de vulneración de convenio colectivo: STC 225/2001, 26-11.

³¹ STC 225/2001, 26-11.

modo de indicio en el porcentaje de plantilla afectado³², o de la absoluta prevalencia o no de la causa organizativa, productiva, etc., de la medida concretado en la intencionalidad de fijación de unas condiciones generales de trabajo para un determinado colectivo, contrarias al convenio³³.

Como vemos no están total y claramente delimitados unos argumentos respecto de otros según se trate de una u otra de las situaciones referidas, es decir, vulneración de convenio y suplantación de la autonomía colectiva en supuestos en que se aprecie una trascendencia colectiva. Incluso cuando se parte de la existencia de una regulación colectiva también el Tribunal Constitucional se refiere en ocasiones a los elementos configuradores de esa «trascendencia colectiva», en definitiva a si se trata de materias fundamentales del convenio [por ser típicas de éste y por lo incisivo de su regulación –que trasluce, por otra parte, la voluntad de las partes] en un contexto de negociación individual en masa³⁴. Por consiguiente, desde la perspectiva constitucional de la libertad sindical, quedarían potencialmente al margen aquéllos acuerdos auténticamente individuales aún plurales, es decir, que pretendan atender –además del interés de la empresa, puesto que en mi opinión, excluir las causas relativas a la gestión queda fuera de lugar cuando se trata de aunar intereses- al particular interés del trabajador desde la plena libertad para su aceptación. Ello pondría en cuestión a lo sumo la eficacia del convenio (art. 37.1 CE), y con más seguridad podría suponer en su caso una vulneración de la normativa infraconstitucional al respecto, pero no constituiría, al menos en términos generales y necesariamente, un atentado con-

³² STC 208/1993, 28-6 –respecto de complementos salariales, ni hay vulneración de convenio, tan sólo mejora, ni goza de trascendencia colectiva por afectar la pluralidad de acuerdos tan sólo a 220 trabajadores en una plantilla de 50.000-

³³ Esto último puede suponer, por ejemplo y como hemos aclarado en un contexto en que los acuerdos se valoran como una modificación del convenio, en que pese al escaso número de trabajadores implicados en el global de la empresa, por ir dirigido específicamente a un departamento o servicio corresponda su configuración como medida estrictamente organizativa que lo cualifique como de carácter colectivo con independencia de que se cumplan o no los límites numéricos del art. 41 ET (STC 238/2005, 26-9). Véase su comentario por J. Escribano Gutiérrez, “Convenio colectivo y autonomía individual en masa”, *Temas Laborales*, nº 84, 2006, págs. 155 y ss.

³⁴ «la autonomía individual –o la decisión unilateral de la empresa– no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio» (SSTC 208/1993, 28-6; 225/2001, 26-11; 238/2005, 26-9).

tra la libertad sindical³⁵. En esta dimensión, creo que la individualización de los horarios, aún a través de pactos en masa, sería la gran asignatura pendiente en la farragosa pugna entre la autonomía individual y la colectiva, en tanto el valor y naturaleza de los particulares intereses del trabajador y su conjunción con los de la empresa, son en este ámbito especialmente dignos de consideración desde la perspectiva del art. 10 CE. Debería recuperarse en estos casos la valoración de la voluntariedad y mayor favor de la condición, y como elemento esencial determinante de la antisindicalidad la intencionalidad de la empresa derivada de sus conductas circundantes³⁶. Teóricamente también podrían quedar al margen las modificaciones unilaterales y plurales del convenio carentes de trascendencia material. Nuevamente y salvo que concurra un ánimo antisindical, la infracción sería de la legalidad ordinaria, no de la constitucional.

De la conjunción de estas ideas y sólo en estos espacios es donde tienen cabida los debates sobre la conveniencia o no de introducir en la reforma de la negociación colectiva la disponibilidad mediante acuerdo individual de los derechos derivados del convenio colectivo cuando ello esté justificado. En de-

³⁵ M^ºF. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, cit., pág. 170. Resulta llamativa la argumentación de la STS 7-10-2004, RJ 2004\6553, conforme a la que se admite la contratación individual sistemática de los nuevos trabajadores en condiciones distintas a las previstas en el convenio colectivo ultraactivo. Más concretamente se basa en que no se aprecia vulneración de la libertad sindical y del consiguiente derecho a negociar puesto que las negociaciones están abiertas sin que se pueda impedir a la empresa, a falta de acuerdo, dicho ejercicio de autonomía individual. Prescinde el Tribunal de valorar la aplicabilidad del convenio, que se encuentra en ultraactividad desde hace ya bastantes años, resultando las negociaciones infructuosas hasta la fecha, así como la adecuación de los contratos al convenio, en tanto considera que queda al margen del proceso de libertad sindical, limitándose a señalar que en ningún momento se ha denunciado que sus condiciones sean abusivas o ilícitas. Aquí se observan, por tanto, dos grandes cuestiones que son resueltas de manera muy pragmática a favor de las facultades de gestión empresarial. Una, piénsese que ante la ruptura de las negociaciones del convenio ultraactivo –durante largos años, por lo demás–, podría haber supuesto el punto final a su eficacia. Por consiguiente, el mantenimiento de las negociaciones no puede derivar en una restricción de la autonomía individual y de los poderes de dirección que vengán a dar respuesta a nuevas situaciones y a necesidades de adaptación para las que no estuvo pensado ni el convenio denunciado ni persigue solventar –indefinidamente– la institución de la ultraactividad. Otra, en la línea que ahora nos interesa, parece delimitar lo que es la vulneración del derecho fundamental, de lo que es la eficacia del convenio en tanto considera que el análisis de la contratación individual debe quedar al margen del proceso de tutela.

Por el contrario, mantiene la aplicación del convenio ultraactivo y el sometimiento de los poderes de dirección a las cláusulas normativas del mismo: (SAN 24-4-2006, AS 2006\1515).

³⁶ Distinto no es igual que contrario (por todos: F. Cavas Martínez, “Contratación plural de condiciones de trabajo...”, cit., págs. 14 y 15; F. Durán López, “Los convenios colectivos”, cit., págs. 183 y 184. Véase también: F. Durán López y Sáez Lara, “Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo”, cit., págs. 391, 392, 393 y 397 a 399). En esta línea, Moreno de Toro propone la valoración subjetiva de la mejora cualitativa distinta de las condiciones previstas en el convenio: C. Moreno de Toro, “Contrato de trabajo y autonomía...”, cit., págs. 648 a 652.

finitiva, sobre materias no esenciales, que a su vez no impliquen una alteración colectiva de la norma a través de decisiones unilaterales o de contratos de trabajo, si bien teniendo en cuenta, como acabamos de decir, que una regulación «diferente» no necesariamente supone «contraria»³⁷. Quizá con la reforma por la L. 35/2010, de 17 de septiembre, de los arts. 41, 82 y 85 ET el legislador consciente o inconscientemente haya dejado una puerta abierta –al menos, y en algunos aspectos ha ido desde luego más lejos– para el desarrollo parcial de estas tesis, al admitir en los supuestos de vacío de representación la aceptación de la modificación colectiva o el descuelgue salarial –ambos– del convenio, por la comisión designada por la voluntad mayoritaria de los trabajadores. Es verdad que al no haber representación no hay obstrucción del desarrollo su papel institucional. Pero, en lo que a nosotros interesa, cabría cuestionarse si nuestros Tribunales, cuando concurren las causas previstas en tales preceptos y la medida sea razonable, se situarán por encima de los formalismos de dichos procedimientos y alcanzarán a aceptar como manifestación implícita colectiva, por ejemplo, la expresada de forma masiva mediante transacciones individuales plenamente voluntarias y con eficacia limitada a los que la hayan acordado. Por otra parte, si justificadamente también sin intervención de representantes legales o sindicales, se puede afectar al convenio *in peius*, ¿qué sentido tiene, cuando la medida esté justificada, seguir poniendo graves obstáculos –haya o no representación– a regulaciones individuales diferentes *in melius*? Esta nueva relativización de la eficacia general del convenio y de su valor normativo parece dejar en evidencia la necesidad de retomar como concepto clave el de «antisindicalidad» y marginar progresivamente las tesis legalistas.

Por último, retomando esas dos posibles situaciones, vulneración de convenio y deber de negociar sin que concorra dicha circunstancia, hay una clara diferencia, no obstante, entre ambas: si no se trata de alteración de convenio el fracaso de las negociaciones dejaría abierta la puerta a cualesquiera otros medios de intervención ya sea unilateral, plural o colectiva de eficacia limitada³⁸. Y otra más que en cierto modo ya hemos anticipado, en tanto para la alteración del convenio colectivo a la luz de su desarrollo constitucional siempre se predica un deber de negociar, para la adopción por el empresario de medidas de carácter colectivo obviamente no surge dicho deber en todo caso sino en principio –y salvo supuestos hipotéticos en los que efectivamente sí quepa acreditar materialmente

³⁷ La esencialidad que podría limitarse a cuantía de salario y duración de jornada para un sector doctrinal (F. Durán López, “Los convenios colectivos”, cit., págs. 183 y 184). Respecto del salario, también parece limitar la esencialidad a su cuantía, y no necesariamente a la estructura: F. Cavas Martínez, “Contratación plural de condiciones de trabajo...”, cit., pág. 15.

³⁸ En este sentido, una vez concluido el periodo de consultas previsto en el art. 41 ET sin acuerdo: SSTSJ Galicia 5-10-2001, AS 2001\2950; Andalucía/Sevilla 19-1-2004, JUR 2005/75034. También parece admitirlo: STSJ Castilla y León, Valladolid, 23-3-2005, AS 2005\548 –véase nota siguiente–.

una particular insidia o intención objetivada de grave menoscabo del sindicato-, y pese a que el Tribunal Constitucional se resista a descender a la normativa infraconstitucional, cuando una norma o acuerdo lo imponga³⁹.

El Tribunal Constitucional también parece dejar clara otra cuestión que nos afecta directamente al caso; el control y asignación de los complementos relativos a la productividad entra dentro de las facultades directivas⁴⁰. Y también respecto de similares complementos que vienen a premiar el rendimiento o, más ampliamente, la consecución de metas, el Tribunal Supremo alcanza a afirmar en coherencia con lo expuesto que la creación de un nuevo complemento salarial que se suma a lo previsto en el convenio colectivo sin afectar en absoluto a éste, ni altera la estructura del salario ni supone una «modificación de los sistemas de retribución y de trabajo y rendimiento [artículo 41.2,d) y e) ET], pues las condiciones generales del convenio siguen vigentes y el nuevo complemento se rige por otros criterios que no tienen por qué coincidir con los del pacto al quedar al margen del mismo»⁴¹. Es más, esta facultad de mejora o suplementación del convenio no puede cercenarse por la autonomía colectiva, puesto que, como se dijo al inicio, ello supondría tanto como eliminar totalmente la autonomía individual y hurtar un espacio que es esencialmente propio de las facultades de gestión y dirección del empresario como manifestación del derecho de libertad de empresa⁴², tan sólo limitadas en este ámbito material por la prohibición de discriminación⁴³.

³⁹ Como es el caso de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, respecto de las que el art. 41 ET establece un procedimiento indisponible mediante acuerdo individual, y cuya elusión, caso de ser de carácter colectivo, constituye una conducta contraria a la libertad sindical (STSJ Castilla y León, Valladolid, 23-3-2005, AS 2005\548). En cambio, no es necesario seguir el procedimiento del art. 41 ET para la aplicación de un plan retributivo para el personal excluido del convenio (STS. 17-11-2008, RJ 2008/7665). Ni la contratación individual plural asumida por los trabajadores voluntariamente de condiciones de trabajo más favorables (jornada, horario y salario) distintas de las previstas en el convenio colectivo es contraria a la libertad sindical ni al derecho a la negociación colectiva cuando es el propio convenio colectivo el que admite dicha exclusión (STSJ Madrid 26-1-2000, AS 2000/1294).

⁴⁰ STC 208/1993, 28-6. En similar sentido, respecto de las gratificaciones extraordinarias no previstas en el convenio colectivo, justificadas por los resultados de la empresa en un contexto de bloqueo de negociación del convenio denunciado (SAN 24-4-2006, AS 2006\1515 confirmada).

⁴¹ STS 30-4-1994, RJ 1994/3475. En similar sentido: STSJ Andalucía/Sevilla 12-12-2002, AS. 2003/1069. También en esta línea, respecto de régimen salarial más favorable extramuros del convenio colectivo: STS. 17-11-2008, RJ 2008/7665.

⁴² De nuevo, véase: STS 30-4-1994

⁴³ STC 107/2000, 5-5: «resulta que en el primero de los casos, quebraría la identidad de supuestos, toda vez que el incremento salarial se debe a una evaluación individualizada hecha por expertos... Parece, pues que el incremento salarial para los trabajadores obedece a una justificación razonable, siendo por otro lado incontestable que el art. 14 CE no impone una solución igual para supuestos no idénticos, amén de que es doctrina de este Tribunal que en materia de relaciones laborales no es exigible «una igualdad de trato en el sentido absoluto» (STC 34/1984, 9-3), al existir margen, siquiera sea limitado, para el juego de la autonomía de la voluntad e incluso para la determinación unilateral del empresario (SSTC 45/1984, 2-7-3; 105/1992, 1-7; y 208/1993, 28-6)».

3. Y AHORA, EL CASO PARTICULAR

Sentadas estas bases, nos encontramos en disposición de abordar la comparación que anunciábamos al principio entre la sentencia objeto de comentario y la del Tribunal Constitucional 107/2000, de 5 mayo. Como dijimos se trata de un caso muy similar en el que, constituida la comisión negociadora del Convenio colectivo de la empresa el 30 de diciembre de 1992, se celebran diversas reuniones, concretamente cinco, en el espacio de poco más de un mes. Al no obtenerse acuerdo, la empresa formuló una última propuesta, con el carácter de definitiva e irrevocable, fijando como plazo máximo para su aceptación el día 31 de marzo. No obteniendo respuesta a dicha propuesta, la empresa da por concluidas las negociaciones y procede a realizar unilateralmente la revisión salarial para 1993, partiendo de un sistema de valoración sobre el desempeño del trabajo, resultando que, en porcentajes que van desde el 3 al 6 por 100, 416 trabajadores vieron incrementados sus salarios, mientras que 63 no obtuvieron incremento alguno. Al año siguiente se aprobó el convenio colectivo para 1994, en el que se acordó que todos los trabajadores que no tuvieron incremento salarial en 1993 tuvieran una subida del 3 por 100 de su salario fijo de tablas vigentes en 1993, con efectos de 1 de enero de 1994. Las similitudes son evidentes. Pero, ¿cuáles son las discrepancias materiales que puedan justificar una solución distinta y no obstante coherente en uno y otro supuesto?

La diferencia material reside exclusivamente en la valoración del cumplimiento del deber de negociar del convenio denunciado⁴⁴. Y hemos de advertir, que la STC 107/2000 que ahora nos sirve de contraste es el supuesto más puro, más claro, de los abordados por dicho Tribunal en los que no hay contradicción con el convenio y sin embargo sí se aprecia vulneración del derecho de libertad sindical. Pero, de haber existido una cláusula de revisión salarial en el citado convenio, ¿habría cambiado en algo la argumentación del Tribunal? ¿Podría haberse basado en consideraciones vinculadas al carácter normativo del convenio o al quebrantamiento del sistema de negociación colectiva? Pues probablemente se plantearían dificultades que harían necesaria o más conveniente una argumentación como la que se hizo. Piénsese que si bien es verdad que a nivel de legislación ordinaria hipotética y formalmente podría cuestionarse si con la ruptura de las negociaciones el convenio había perdido totalmente su vigencia, lo cierto es que tanto el contexto en que actúa la empresa como los

⁴⁴ Un deber de negociar que, en opinión de Elorza Guerrero, se extiende no sólo al convenio colectivo sino también cuando éste no sea posible al acuerdo de empresa. Parte el autor de una interpretación del término «negociación colectiva» de los arts. 26.3 y 36.2 ET que abarca tanto al convenio como al acuerdo estatutario –no así a los extraestatutarios- (F. Elorza Guerrero, “El poder del empresario y la fijación de salarios”, Aranzadi Social, Vol I, 2001, pág. 429).

efectos de su medida, señalan la necesidad de una contundente tutela a riesgo, en caso contrario, de dejar vacío y sin efecto el derecho fundamental de libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva con justificación en puros formalismos⁴⁵.

Y esto le da un valor añadido a la sentencia. En definitiva, aprecia el Tribunal que hay más que suficientes indicios de conducta antisindical en la intransigencia de la empresa, el escaso margen temporal de la negociación, en el hecho que la ruptura de las negociaciones deriven de la decisión de la empresa, en la inmediatez de la ejecución de su decisión al respecto, en la ausencia de cualquier intento de solución del conflicto de intereses acudiendo a alguno de los cauces legal o convencionalmente previstos, incluida la ausencia de consulta prevista en el art. 64.1.3 d) y e) ET. Con lo que efectivamente subyace el intento y el nocivo efecto, de una modificación unilateral del convenio con marginación, socavamiento y si se prefiere, desprestigio público de la representación.

Y ello, en cambio, no es apreciable en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2010 que comentamos. Con la revisión salarial que practica la empresa igualmente no hay alteración alguna de convenio colectivo. Desde luego que aquélla, como reconoció la sentencia del Tribunal Constitucional 107/2000, de 5 mayo, tiene una transcendencia colectiva indudable y es una materia esencial que de hecho asume el protagonismo de las negociaciones y que, desde luego y en consecuencia, debe ser objeto de negociación. Pero en este caso, además, el Tribunal aprecia serios intentos por parte de la empresa de llegar a un acuerdo y unas negociaciones mucho más intensas en las que la empresa modifica y baraja diversas propuestas. Parece pesar también una especie de <<hacerse cargo>> de las dificultades que atraviesa aquélla y que pueden justificar la razonabilidad de los límites y márgenes en que se mueven sus ofertas. No hay, por consiguiente vulneración del deber de negociar, con lo que imposibilitado el acuerdo y lícitamente rotas las negociaciones, no hay inconveniente alguno en la actuación unilateral de la empresa en el ejercicio de sus poderes de dirección de valoración de méritos y de mejora de las condiciones previstas en el convenio colectivo ultraactivo. Hay que tener en cuenta que, desde luego, la aplicación por el empresario de condiciones más favorables a las obtenidas por los sindicatos a través de la negociación puede constituir una práctica antisindical, siempre y cuando de ello se deduzca una intencionalidad por parte de aquél de desincentivar el hecho sindical⁴⁶. Pero en el caso, no se observa por el Tribunal una maniobra que

⁴⁵ Obvia también cualquier cuestionamiento sobre la vigencia del convenio denunciado y que pretende ser sustituido –tras, a lo sumo, dos años- por acuerdos suscritos en masa, sin que conste en la sentencia, no obstante, que las negociaciones se han roto: STSJ. Andalucía/Sevilla 24-10-2002, AS 2003/647. Véase nota 35.

⁴⁶ F. Durán López y C. Sáez Lara, “Autonomía colectiva...”, cit., pág. 385.

persiga socavar el papel de la representación; el hecho de que la subida salarial finalmente aplicada sea algo superior a la ofertada inicialmente, además de ser de escasa entidad, es producto de la aplicación de los parámetros de una segunda oferta que también fue rechazada.

Y lo mismo cabe predicar respecto del año 2009, pese a que el Tribunal Supremo, a diferencia de la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida y confirmada, no se pronuncie al respecto habida cuenta que en el recurso se desisten de atacar el acuerdo colectivo extraestatutario y la masiva adhesión de los trabajadores a él. Y ello por cuanto el deber de negociar no puede confundirse con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos, como tampoco supone un deber de reanudación de las negociaciones una vez finalizadas salvo que se plantee una plataforma negociadora novedosa en contenido o en el tiempo⁴⁷. Por tanto, no cabe apreciar vulneración del derecho de libertad sindical por la negociación de convenio colectivo extraestatutario a consecuencia de crisis negociadora⁴⁸. Y ello aún cuando sea exigible que se hayan agotado las posibilidades de negociación⁴⁹. Por otra parte, el convenio extraestatutario ni siquiera es impeditivo de la extensión o de la negociación estatutaria, ni justifica, consiguientemente, la negativa a negociar⁵⁰. Finalmente, tampoco puede confundirse lo que es una adhesión masiva al acuerdo extraestatutario, factible y lícita, con lo que es la utilización del contrato extraestatutario para suplantar la negociación estatutaria y el derecho a negociar de los legitimados para ello al establecer una regulación que por su naturaleza ostente una vocación de generalidad⁵¹.

⁴⁷ SSTS: 3-2-1998, RJ 1428; 9-3-1998, RJ 1998/2372; 30-9-1999, RJ 1999/8395; 1-3-2001, RJ 2001/2829; SSAN 29-1-1991, AS 1991/1906 y 13-10-1998, AS 1998/3854; SSTSJ. Galicia 20-10-2003, JUR 2004/178081 y Cataluña 16-12-2006, AS. 253.

⁴⁸ STC. 108/1989, 8-6; SSTS 30-5-1991, RJ. 5233; 17-10-1994, RJ. 8052; 1-3-2001, RJ. 2829; 22-5-2006, RJ. 4567. Pero, claramente, no hay obligación de negociar convenios extraestatutarios [por todas: SSTS. 28-3-1994, RJ. 2644; 30-9-1999, RJ. 8395; 14-2-2005, RJ. 2914].

⁴⁹ STC 107/2000, 5-5; STSJ Cataluña 31-1-2003, 578.

⁵⁰ STS. 30-9-1999, 8395; STSJ. Cantabria 31-12-2001, JUR 2002/70251. Véase también STS. 22-5-2006, RJ. 2006/4567; STSJ. Andalucía/Sevilla 30-1-2002, AS. 2002/4002. De hecho, la previa negociación de un convenio extraestatutario, no impide la negociación por el mismo sindicato de otro estatutario de vigencia simultánea (STS. 14-2-1996, RJ. 1996/1017).

⁵¹ SSTS 30-5-1991, 5233. También, por ejemplo: SAN 19-4-2005, AS 2005/2547.

LA PROBLEMÁTICA DE LA RECAÍDA EN INCAPACIDAD TEMPORAL Y EL ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DEL INSS PARA EMITIR UNA NUEVA BAJA, A LA VISTA DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS OPERADAS ¿CUÁL HA SIDO SU FINALIDAD?

Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 2009

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA*

SUPUESTO DE HECHO: La Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social, Sección 1ª de 8 de julio de 2009 (STS RJ 2009/4686) parte del siguiente relato de hechos probados los siguientes: 1. La actora, afiliada a la Seguridad Social, Régimen General, venía realizando su profesión habitual de dependienta en la empresa S. S.A.U; 2. La demandante inició en fecha de 8 de marzo de 2006, un proceso de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, con el diagnóstico de lumbalgia con irradiación. Permaneció en tal situación hasta el 8 de noviembre de 2007, en que por parte del INSS se dicta resolución –que no fue impugnada por la actora- por la que se denegaba la Incapacidad Permanente (IP) y declaraba la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la IT; 3. La demandante, en fecha 17 de agosto de 2007, acudió a Urgencias, refiriendo dolor centrotorácico opresivo y sensación disneica. Ingresó en UCI y fue diagnosticada de infarto agudo de miocardio anteroseptal. El 28 de agosto de 2007 fue dada de alta hospitalaria, con recomendación, en cuanto a género de vida, de realizar el habitual evitando esfuerzos físicos importantes; 4. En fecha 21 de noviembre de 2007 la recurrente inició nuevo proceso de IT con el diagnóstico de infarto de miocardio (sufrido el 17 de agosto de 2007), siendo dada de alta por mejoría, el 12 de diciembre de 2007; 5. El INSS, en fecha de 29 de noviembre de 2007 comunica a la empresa empleadora que, hasta tanto no se resuelva por su parte si la baja de 21 de noviembre de 2007 tiene o no efectos económicos, no procederá abonar el subsidio de incapacidad temporal. El Médico Inspector, en fecha de 3 de diciembre de 2007 emite informe sobre la baja de 21 de noviembre de 2007, concluyendo que la misma es similar patología que el proceso anterior; 6. Con fecha 10 de diciembre de 2007 el INSS dicta resolución declarando que la baja

* Becaria FPDI. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de fecha 21 de noviembre de 2007 no tiene efectos económicos al tratarse de la misma o similar patología; 7. La actora formuló reclamación previa, que fue desestimada en resolución del INSS de 10 de enero de 2008. Se interpone la correspondiente demanda ante la Jurisdicción Social y el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Zaragoza, en Sentencia de 7 de mayo de 2008, desestima la demanda. 8. La citada sentencia fue recurrida en suplicación por doña E. M^a ante la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, la cual dictó sentencia con fecha de 24 de septiembre de 2008 (JUR 2008, 360751), por la que se declaraba inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, con la siguiente parte dispositiva: *”Desestimamos el recurso de suplicación nº 607 de 2008... y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida”*.

RESUMEN: La Sentencia trata del estudio de una de las prestaciones más debatidas y problemáticas, la Incapacidad Temporal (IT), concretamente las cuestiones objeto de conflicto son las siguientes: 1. ¿Ha habido recaída? o, ¿se ha iniciado nueva situación de IT? ; 2. De acuerdo con la nueva redacción dada en los artículos 128 y 131 bis de la LGSS por la Ley 30/2005 y la Ley 40/2007, ¿cuál es el alcance de las competencias del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) para emitir una nueva baja?, ¿el legislador ha pretendido volver a la llamada Invalidez Provisional?

En respuesta a las mismas se estima el recurso interpuesto a la vista de las interpretaciones de los artículos 128.1 a), 130 y 131 bis 1 de la LGSS así como de la reiterada doctrina habida en este tema, entendiéndose que no es necesario un periodo de carencia intermedia (agotada la duración máxima de IT -18 meses- sin declaración de IP, se vuelve a trabajar y rebrota la misma baja) para tener derecho nuevamente a la prestación por incapacidad temporal, basta con que se haya cotizado 180 días dentro de los cinco años anteriores. En segundo lugar, resulta incuestionable la denegación del subsidio en base a la existencia de “la misma o similar patología”. El INSS debe tener en cuenta el estado del trabajador o lo que es lo mismo “la capacidad laboral”, de lo contrario, su decisión estará incurso en arbitrariedad.

ÍNDICE:

1. ¿RECAIDA O NUEVA SITUACIÓN DE IT?
2. COMPETENCIAS DEL INSS PARA EMITIR UNA NUEVA BAJA Y ALCANCE DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS
3. CONCLUSIONES

1. ¿RECAÍDA O NUEVA SITUACIÓN DE IT?

La sentencia recurrida del TSJ de Aragón de 24 de septiembre de 2008, confirma la sentencia de instancia entendiendo, que no cabe la prórroga de la prestación, a la vista del nuevo proceso IT iniciado por la actora el 21 de noviembre de 2007, con el diagnóstico de infarto de miocardio, en base a que *la baja es similar patología a la del proceso anterior*. Lo que como ahora veremos, carece completamente de fundamento.

En primer lugar debemos establecer, ¿qué se entiende por recaída? y ¿qué se entiende por nuevo periodo de IT?, en este sentido encontramos en la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 1 de abril de 2009 (RJ 2009/2879) en su fundamento tercero, lo siguiente: *1. Sobre el concepto de recaída se ha entendido que aunque “cada proceso morboso debe identificar una situación de baja” y según el Diccionario de la Real Academia Española la recaída consiste en “caer nuevamente enfermo de la misma dolencia el que estaba convaleciente o había recobrado su salud”, pese a todo una misma patología también puede dar lugar a diferentes procesos de IT, sin concurrir recaída en sentido legal “cuando se produce el alta y sobreviene una nueva baja... después de transcurridos seis meses de actividad, supuesto en el que la nueva baja se considera independiente de la primera”, en la misma forma que tampoco media “recaída” propiamente dicha (esto es, nueva baja producida por la misma enfermedad y sin que se haya completado el plazo de seis meses de actividad), “si la incapacidad deriva de diferentes enfermedades sin nexo causal entre ellas”, supuesto en el cuál no habrá recaída, sino nuevo período de IT, “cualquiera que sea el lapso de temporal interpuesto entre una y otra, e incluso aunque coincida en algún tiempo”.*

En cuanto a la determinación de cuando estamos en presencia de una recaída, el problema interpretativo de la norma se centra en aclarar si exige un solo requisito –el temporal, esto es, que hayan transcurridos más de seis meses entre alta y baja- o, dos requisitos –el temporal anterior y que se trate, además, de la misma o similar enfermedad-. En el primer caso, serían recaídas las bajas por enfermedad que se produjeran dentro de los seis meses siguientes al alta anterior (recaída en la incapacidad). En el segundo caso, sólo serían recaídas las bajas por enfermedad que se produjeran dentro de los seis meses siguientes al alta anterior cuando se tratara de la misma o similar enfermedad y no en caso contrario (recaída en la enfermedad)¹.

Hasta el año 1994, la doctrina mayoritaria venía manteniendo el primer criterio, es decir, que fuera cual fuese la enfermedad padecida, si no transcurrían seis meses entre una y otra baja médica no cabría hablar de dos procesos

¹ Sala Franco, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, páginas: 109 -110.

independientes, sino de un único proceso en virtud del principio de valoración conjunta de las contingencias. Criterio mantenido también por un sector de la doctrina².

El TS, en la presente sentencia (Fundamento 2º), reiterando la interpretación ya dada en varias sentencias por las que se unifica doctrina³, mantiene el criterio de entender: ... *cuando se agota la duración máxima de IT -18 meses- sin declaración de IP, se vuelve a trabajar y rebrota la misma patología, generando una nueva baja, surge el subsidio si ha cotizado 180 días en los últimos cinco años, sin necesidad de haber trabajado durante seis meses entre uno y otro proceso incapacitante. Y son razones que avalaban tal conclusión: a) lo que regula el art. 9.1 OM 13/10/67 es la posibilidad de considerar periodos nuevos de IT aquellos que se producen de seis meses de actividad efectiva en los supuestos en los que no se agotó la duración de la referida; b) el art. 130 LGSS establece claramente que el período de cotización de ciento ochenta días necesario para causar derecho a las prestaciones de IT por enfermedad común tiene que computarse dentro de los cinco años anteriores al hecho causante de la prestación y no autoriza ninguna otra limitación; c) En el sistema español de Seguridad Social no existe con carácter general ningún principio que impida computar el mismo período de cotización para distintas prestaciones, sino que la regla general es la contraria y la única excepción es la que rige para las prestaciones de desempleo, por expresa disposición del art. 210.2 LGSS; y d) ello aunque el art. 131 bis de la propia LGSS disponga que la situación de incapacidad se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido, pues el indicado precepto se está refiriendo al período máximo de duración de cada proceso, pero no a procesos colaterales o posteriores que tendrán, a su vez, en cada caso aquella duración, debiendo interpretarse así esta disposición legal.*

Respeto a la acumulación de períodos, el TS en su sentencia de 1 abril de 2009 –arriba mencionada– es coherente con el concepto de recaída, sentando los siguientes criterios generales: *a) la acumulación de períodos procede si las recaídas se deben a dolencias de la misma naturaleza; b) a sensu contrario no procede acumular los sucesivos procesos si se trata de dolencias clínicamente diversas; c) aunque se trate de la misma o similar enfermedad, si entre una y otra IT media actividad laboral superior a seis meses, se considera legalmente que no ha habido recaída, de forma que nace un nuevo reconocimiento de incapacidad y que no se trata de prolongación de la anterior; y d) tal efecto se produce incluso aunque se hubiese agotado el período máximo de duración y*

² Muñoz Molina, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2005, páginas: 180.

³ STS de 8 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3755); 10 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9311); 24 de marzo de 1998 (RJ 1998, 3008); 7 de abril de 1998 (RJ 1998, 2691); Castilla y León/Burgos 25 de enero de 1999 (AS 1999, 625); Madrid 25 de abril de 2003 entre otras.

se trate de la misma enfermedad.

Por lo tanto, el agotamiento de la duración máxima establecida para el proceso de IT únicamente puede imputarse al cuadro inicialmente determinante de la baja, y no a enfermedades posteriores respecto de las cuales no sólo es impredecible el agotamiento del periodo máximo de duración (12/18 meses)⁴.

Esta doctrina ha quedado invalidada por la nueva redacción dada por el art. 131 bis 1 LGSS por las leyes: 30/2005, de 29 de diciembre (BOE del 30, I.L. 6588), de PGE para el año 2006 (que además dispuso que el anterior párrafo segundo pasase a ser el tercero), se inserta con la redacción establecida por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre (BOE del 24, I.L. 4335), de PGE para 2010, con efectos de 2010 y vigencia indefinida. Ahora se requiere actividad laboral superior a seis meses o específica emisión de baja por los correspondientes órganos del INSS.

2. COMPETENCIAS DEL INSS PARA EMITIR UNA NUEVA BAJA Y ALCANCE DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS

De acuerdo con la nueva redacción dada a los artículos 128.1 a) y 131 bis.1 de la LGSS: a) Art. 128.1. a): *Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal... con una duración máxima de doce meses prorrogables por otros seis – con la nueva redacción establecida por la Ley 29/2009 de PGE para el año 2010, se habla de trescientos sesenta y cinco días (12 meses) prorrogables por otros ciento ochenta (6 meses)- ... el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de 180 días posterior... a la antes citada alta médica por la misma o similar patología...;* y b) Art. 131 bis. 1: *... En el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo... y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un periodo de actividad laboral superior a seis meses o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social... emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.*

Las competencias en esta materia, a tenor de la disposición adicional 48ª. de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2006, por la que se modificó la regulación jurídica en lo referido a la

⁴ Ver Fundamento de Derecho Tercero, punto 3 de la STS de 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686).

gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por IT⁵, a través de una profundización de los mecanismos de control que se habían incorporado en los ejercicios 1997 y 1998, amplió las competencias de las entidades responsables del pago de la prestación (INSS) en detrimento de las que venían ejerciendo tradicionalmente los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas –e incluso, las mutuas – ya que, si bien mantuvo la duración de la prestación en 12 meses, prorrogables por otros seis, cuando se presume que durante ellos el trabajador puede ser dado de alta por curación, sin embargo alteró las competencias de emisión de bajas en el correspondiente proceso, que pasaban a residenciarse en la competencia del INSS, a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI) y, además, con un alcance general, de modo que la actuación del INSS no se limitaba a los procesos sobre los que tiene responsabilidad de pago, sin que afectara a los correspondientes a trabajadores en alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (REM)⁶ o aquellos gestionados por las mutuas, y todo ello cualquiera que fuese la contingencia –común o profesional- de la que derive la correspondiente prestación⁷.

Con la promulgación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social⁸, se establecen nuevas modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones económicas que, en otras afecta a la incapacidad temporal, así pues, se determina que en los procesos de larga duración, a partir de 365 días (12 meses)- el INSS será el único competente para decretar la prórroga de dicho proceso, o en su caso, la procedencia de declarar el alta del trabajador o el inicio del expediente de Incapacidad Permanente en el grado que corresponda.

Ello vino a significar cambios significativos tanto en la gestión como en el control de la IT, de forma que le corresponderá a los médicos de atención primaria de los distintos Servicios de Salud de cada una de las Comunidades

⁵ Las modificaciones señaladas se incorporan en buena parte a los Regímenes Especiales de Funcionarios de acuerdo al contenido de las disposiciones finales quinta y sexta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2007.

⁶ Cuya gestión corresponde al Instituto de Salud de la Marina (ISM).

⁷ Panizo Robles, J.A: *Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por Incapacidad Temporal*, Madrid, Estudios Financieros, revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, nº 320, 2009, páginas: 41 y 42.

⁸ Como continuación de la medida anterior, el RD 1430/2009, de 11 de septiembre, procede al desarrollo de las previsiones de la Ley 40/2007 en los ámbitos relacionados con la incapacidad temporal, respecto de la disconformidad de interesado en relación con las altas expedidas por los Servicios correspondientes del INSS en aquellos procesos que hayan alcanzado los 12 meses de duración, así como de la revisión, a instancia del interesado, de las altas médicas expedidas por la Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Autónomas, la competencia en materia de IT hasta los 365 días de duración, momento a partir del cual, procederán a extender a aquellos pacientes que ya hubiesen sobrepasado esos 12 meses, un parte de alta por causa control INSS-duración 12 meses con fecha del día en que procediera el siguiente parte de confirmación, dejando desde dicho momento de expedirse al trabajador nuevos partes de este tipo⁹.

Aclarado esto, conviene precisar ahora, el problema que se plantea de la interpretación sistemática de los preceptos mencionados, lo que conlleva a plantear una única duda y es que, si la posibilidad que se atribuye a la Entidad Gestora para emitir esta nueva baja (tras agotar el período máximo de IT, incluida en su caso la prórroga) *constituye una facultad omnimoda de aquélla, que no está sujeta a regla alguna, o si, por el contrario... el INSS viene obligado a tener en cuenta el estado del trabajador para decidir en función de ello*.¹⁰

Tal y como se pone de manifiesto en la sentencia estudiada: *... la interpretación ha de resolverse en el segundo de los sentidos apuntados, y ello no sólo porque el INSS, como ente público que es, viene constitucionalmente obligado (art. 9 y 103 de la Ley Fundamental (RCL 1978, 2836) a someter a la legalidad, evitando cualquier decisión arbitraria, sino además porque la propia norma que comentamos le impone adoptar, o no, la medida de referencia a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad.... O lo que es igual... parece incuestionable que la existencia de la misma o similar patología no puede constituir por sí misma el fundamento de que el subsidio se deniegue, sino que ésta decisión –como su antónima de reconocimiento- habrá de depender de otras razones, y muy singularmente de la incidencia de la patología sobre la capacidad de trabajo, de manera que la denegación por simple identidad o similitud de procesos morbosos se presenta –dado el tenor de los preceptos- causa de justificación insuficiente y decisión incurra en arbitrariedad*.

En este sentido la expresión capacidad laboral cobra una gran importancia, lo que a su vez plantea dos interrogantes: 1. ¿Cuál debe ser la intensidad con que la alteración de la salud deba afectar a la capacidad para el trabajo? y; 2. ¿La alteración de la salud, se refiere al trabajo genérico o, mira por el contrario a una actividad determinada y específica?

En relación a la primera cuestión, vemos que, el desequilibrio del estado

⁹ Es importante aclarar que este alta, no implica en modo alguno la obligación de reincorporación laboral, sino únicamente que a partir de ese momento no son necesarios los partes de confirmación, y que será el INSS la que efectuará los controles médicos que con respecto a su situación considera necesarios, quedando el trabajador a la espera de ser citado a reconocimiento médico por la INSS y de la Resolución que proceda por parte del Director Provisional.

¹⁰ Ver Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia comentada (STS 8 de julio de 2009, RJ 2009/4686).

de salud debe afectar al individuo de tal forma que, le incapacite temporalmente y absolutamente para el desarrollo de su actividad productiva. Es indiferente si esta incapacidad tiene o no su origen profesional (en principio), aunque el contenido de la protección difiere según se esté ante contingencias comunes o contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales – artículos 115 y 116 LGSS); y es que, en la primera serán menos favorables y las segundas más favorables.

Es interesante resaltar la afirmación que hace el TS en sentencia de 22 de febrero de 1927: *Si el obrero necesita asistencia médica pero la lesión no le impide dedicarse a su trabajo, no puede ser reconocido el derecho a la indemnización...*, por lo que vemos que todas las alteraciones de salud que no adquieran la intensidad (no incapaciten), estarán amparadas tan sólo por los mecanismos de protección de la alteración de la salud como contingencia genérica y no por los de IT (del que resultarán excluidas)¹¹. En este sentido, han presentado problemas particulares, aquellas enfermedades o accidentes no laborales en lo que existe, con mayor o menor incidencia, un factor de voluntariedad (ejemplo: lesiones derivadas de la práctica de deportes de riesgo, conducción irresponsable de vehículos a motor, toxicomanía...etcétera) así pues, mientras que las primeras han sido integradas dentro del sistema de protección, las últimas siguen en zona gris, suscitándose en este caso, la necesidad de revisión.

La intensidad con que la alteración de la salud debe afectar a la capacidad laboral¹², en la definición y regulación de la IT, por contraste con la Incapacidad Permanente, no existe un determinación de posibles grados de incapacidad, y como señala García Ninet existen supuestos traumáticos en los cuales es sencillo determinar que ese cambio brusco de salud comporta de manera inexorable la baja. Igualmente, existen ciertas dolencias que también, de modo más o menos inexorable, se saben que producen la necesidad de baja, como son por ejemplo las gripes anuales. Pero también hay, un amplio conjunto de afecciones, en la cuales no es sencillo calibrar la intensidad con que la capacidad de trabajo se ve o se verá afectada¹³.

¹¹ Tortuero Plaza, J.L.: *La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas*, Valencia, Tribuna Social: revista de Seguridad Social y Laboral, nº44/45, número especial, agosto-septiembre 1994, página: 34 y Tortuero Plaza, J.L.: ‘‘La acción protectora del sistema de Seguridad Social’’, en VV.AA, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C y Moreno Vida, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación reguladora de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, Régimen Jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006, página: 346.

¹² Ver STSJ de Castilla y León, de 18 de enero de 1994 (AS. 265): ‘‘pero la alteración de la salud o el proceso patológico que sufre el trabajador ha de tener, en cualquier caso, la suficiente entidad o intensidad (Tejerina Alonso) para justificar imperiosamente su apartamiento temporal del trabajo’’.

¹³ García Ninet, J.I: ‘‘La incapacidad temporal’’, en VV.AA: *La Incapacidad Temporal*, Madrid, edit. Tecnos, 1996, página: 21.

Nuestro ordenamiento no establece ni exige criterios valorativos que puedan determinar el nivel invalidante de las lesiones, lo que supone como señala la doctrina, el otorgamiento tácito de un amplio margen de discrecionalidad en la actuación del órgano o facultativo que determine la existencia y efectos de aquella alteración¹⁴.

La intensidad incapacitante de la lesión, ya se encontraba gráficamente descrita en la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900, cuyo artículo 4, refería a la incapacidad absoluta temporal. Si bien el término absoluta pronto desapareció de los textos legales, esto correspondió más a un perfeccionamiento técnico que a una modificación de su contenido, que con distintas fórmulas vinieron expresando la necesaria imposibilidad de trabajar, y así fue interpretado por doctrina y jurisprudencia¹⁵.

En cuanto a la segunda cuestión -¿La alteración de la salud, se refiere al trabajo genérico o, mira por el contrario a una actividad determinada y específica?- dependiendo del anterior, vemos que no todas las alteraciones de la salud afectan por igual a todos los trabajadores, ni para los mismos o distintos trabajos¹⁶ (ejemplo: una simple lumbalgia no impedirá realizar ciertas actividades y oficios, pero puede provocar una incapacidad total para un peón de construcción). En definitiva, una misma lesión aunque sea de mínima entidad puede imponer una serie de limitaciones para el ejercicio de actividades profesionales específicas y no afectar para el desarrollo de otros¹⁷. Por lo que habrá que estar al caso concreto y tomar (a la hora de valorar) como punto de referencia el trabajo específico al cual se dedicaba el individuo en el momento de producirse la actualización del riesgo causante¹⁸.

No obstante, debe considerarse, que en la práctica, el facultativo que emite el parte de baja a la hora de evaluar el estado de salud del enfermo únicamente se centra en la integridad corporal del sujeto y su capacidad funcional genérica, haciendo abstracción de su capacidad para la profesión habitual; lo que toma en consideración es la dolencia objetivamente considerada, cuando lo que debería de tomar en consideración no es tanto en sí la dolencia que se sufre, sino

¹⁴ Muñoz Molina, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida* op.cit., página: 27.

¹⁵ Tortuero Plaza, J.L: *La incapacidad laboral temporal: contingencia* op.cit., páginas: 38 y 39.

¹⁶ Barba Mora, A: *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008, página: 51: `` la incapacidad temporal lo es para el desarrollo de la actividad o profesión que venía ejerciendo al tiempo de la baja médica, aunque teóricamente pueda realizar otras actividades diferentes ``.

¹⁷ Muñoz Molina, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida* op.cit. página: 26.

¹⁸ De la Villa, L.E y Desdentado Bonete, A: *Manual de Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 1977, página: 362 y, Muñoz Molina, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida* op.cit., página: 26.

cómo incide cada concreta dolencia en el concreto trabajador que desempeña un trabajo o profesión específica¹⁹.

Esta misma conclusión llega el profesor Venturi, al afirmar: *Por tanto, a diferencia de lo que predomina en el campo del seguro de invalidez, se acoge el concepto denominado de la incapacidad específica que no excluye la indemnización aun cuando el enfermo tuviera la posibilidad de conseguir un empleo remunerado pasando a otro tipo de trabajo que resulte adecuado a sus fuerzas y capacidad.*²⁰

La propia normativa ya lo reconoce de forma expresa al disponer el art. 1.2 del RD 575/97, de 18 de abril que: *''todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual...''*.

El hecho, de que la alteración de la salud con efectos incapacitantes de carácter temporal, afecte a la actividad productiva activa y no potencial del individuo, tiene como consecuencia, un aumento de gastos tendentes a la recuperación de la salud, además de un defecto de ingresos consecuente con los efectos incapacitantes que le impiden la obtención de rentas²¹ (*lucro cesante*).

Todo ello, lleva a afirmar, que la expresión incapacidad laboral, tiene un marcado contenido profesional en sentido amplio, dado que, el defecto de ingresos que produce, va referido no sólo a rentas de trabajo, sino a rentas profesionales, al incluir en el ámbito protector tanto a trabajadores por cuenta ajena, como otros que por su actividad se encuentran en el campo de aplicación de la Seguridad Social y protegidos respecto a la contingencia de incapacidad temporal²².

Este elemento delimita el ámbito subjetivo protegido por la contingencia quedando así, al margen, colectivos que a pesar de ver afectada su capacidad de trabajo potencial, el desequilibrio de su estado de salud no conlleva un defecto de ingresos, bien por no estar realizando ninguna actividad productiva (familiares a cargo del titular, parados...etcétera), bien por no poderla realizar por causas diversas (menores, inválidos, jubilados...etcétera). Por tanto, si no

¹⁹ Muñoz Molina, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida* op.cit., página: 26.

²⁰ Venturi, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, página: 159.

²¹ Tortuero Plaza, J.L: *La incapacidad laboral temporal: contingencia* op.cit., página: 34 y Tortuero Plaza, J.L: *''La acción protectora del sistema de Seguridad Social''*, en VV.AA, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C y Moreno Vida, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación* op.cit., página: 347.

²² Tortuero Plaza, J.L: *La incapacidad laboral temporal: contingencia* op.cit., página: 38 y Tortuero Plaza, J.L: *''La acción protectora del sistema de Seguridad Social''*, en VV.AA, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C y Moreno Vida, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación* op.cit., página: 349.

existe un defecto de ingresos provocado por aquella motivación, carecen de sentido las prestaciones sustitutorias de salarios o rentas profesionales, al menos en la órbita de un sistema profesional contributivo. Si no hay nada que sustituir, la situación de necesidad es otra y, en consecuencia, carecen de sentido las prestaciones compensatorias o sustitutorias, tal cual están estructuradas²³.

3. CONCLUSIONES

Como reflexión final de esta exposición, habida cuenta de las sucesivas modificaciones de la regulación de la IT y la Interpretación emanada de la Jurisprudencia y la Doctrina, se está ante un real y preocupante problema jurídico que conlleva la necesidad de volver a plantear el contenido del Capítulo IVº del Título IIº de la LGSS (art. 128 a 133) y su desarrollo reglamentario, en orden a: especificar, clarificar y simplificar la redacción del articulado; la gravedad e intensidad del efecto incapacitante, nacimiento y duración de la situación determinante; menor grado de desconfianza en la actuación de los beneficiarios y la consiguiente disminución de la burocratización.

Si el objetivo de la reforma fue –a lo que parece– enervar la llamada IT ‘‘indefinida discontinua’’, no parece razonable, con los criterios contenidos en el referido Título de la LGSS, seguir incidiendo preferentemente en criterios economicistas, de asignación de competencias con indeterminaciones para los procesos intercurrentes, en vez de, potenciar el diagnóstico inicial y situación real del beneficiario, y, que esas prolongaciones por vía práctica, pudieran llevar al restablecimiento de la extinguida invalidez provisional.

Recordar, en ese sentido, la finalidad por la que se crea nuestro sistema de Seguridad Social, que no es otra que, la de afrontar la protección de los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad económica social y políticamente relevantes, para la cual, se dota de un conjunto de prestaciones, temporales o indefinidas, en dinero o en especie, que tratan de hacer frente a aquellas situaciones. Se trata de un sistema complejo, que se encuentra en constante reforma y que debe evolucionar tratando de respetar la finalidad por la que le mismo nació y no volviendo a situaciones anteriores que resultaron insuficientes.

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

²³ Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 14ª edición, 1995, página 253, nota 27; Tortuero Plaza, J.L.: *La incapacidad laboral temporal: contingencia* op.cit., página: 35 y Tortuero Plaza, J.L.: ‘‘La acción protectora del sistema de Seguridad Social’’, en VV.AA, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C y Moreno Vida, Mª.N: *Tratado Práctico a la legislación* op.cit., página: 347.

EL REEMBOLSO COMO OBSTÁCULO TRADICIONAL A LA “LIBRE CIRCULACIÓN DE PACIENTES”

*Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,
de 15 de junio de 2010. Asunto Comisión Europea contra España (C-211/08)*

ILUMINADA DEL ROCÍO FERIA BASILIO*

SUPUESTO DE HECHO: El demandante, ciudadano francés afiliado al sistema español de Seguridad Social al momento de suceder los hechos, hubo de recibir tratamiento hospitalario no programado durante una estancia en Francia. Aún bajo el amparo del formulario E-111, se enfrenta a la negativa de España ante su petición de reembolso de los gastos que, de acuerdo con la legislación francesa, hubo de satisfacer por la asistencia recibida (“ticket modérateur”).

Comunicadas las circunstancias a la Comisión, ésta remite al Reino de España escrito de requerimiento solicitando información sobre el Derecho nacional relativo al reembolso de los gastos generados por la asistencia sanitaria recibida en otros Estados Miembros. Tras la respuesta, la Comisión subrayó la incompatibilidad de la normativa interna entonces aplicable (esencialmente, artículo 5 del Real Decreto 63/1995) con el artículo 49 TCE. Frente a tal consideración, España mantuvo que la aplicación española de su normativa era plenamente acorde con las disposiciones del Reglamento 1408/71¹, por cuanto que el presente asunto distaba de ser identificable con aquellos otros que ocasionaron la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) invocada por la Comisión. Asimismo advertía de los peligros que podrían devenir a partir de dicha interpretación, para la balanza financiera del Sistema Nacional de Salud español.

La Comisión envió entonces dictamen al Reino de España por el que se le instaba a adoptar las medidas necesarias para acabar con la mantenida vulneración del Derecho originario. Ante la negativa de éste, la Comisión interpuso recurso por incumplimiento en virtud de la facultad que le confiere el artículo 226 TCE.

* Becaria PDI del Departamento Anton Menger.

¹ Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. La sentencia objeto de estudio se pronuncia acerca de la versión consolidada tras la publicación del Reglamento (CE) núm. 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (DO L 392). En adelante, Reglamento 1408/71.

RESUMEN: De acuerdo con el parecer de la Comisión, España habría incumplido las obligaciones asumidas a través del artículo 49 TCE: denegación a los beneficiarios de su Sistema Nacional de Salud de los gastos médicos en los que éstos incurrieron en otro Estado Miembro, con ocasión de la asistencia hospitalaria recibida en base al artículo 22.1.a).i) del Reglamento 1408/71.

La cuestión, compleja y dada a las más variadas interpretaciones, se ha venido rigiendo durante más de dos décadas por los Reglamentos 1408/1971 y 574/1972². Los cuales han sido objeto de numerosísimas modificaciones con el fin de adaptar sus disposiciones a los cambios producidos en los distintos ordenamientos, tanto comunitario como nacionales, así como al propósito de positivizar la doctrina emanada del TJCE. Los mayores esfuerzos se han producido a partir del 2002, momento en el que se comenzó a trabajar en la sustitución, de los tradicionales formularios para la aplicación de los mencionados Reglamentos, por la tarjeta sanitaria europea³.

En el presente caso, la Comisión interpreta que la denegación del reembolso de los mencionados gastos sanitarios supone un obstáculo a la libre prestación de servicios por cuanto condiciona el inicio/mantenimiento de la estancia de los ciudadanos de la Unión en territorio comunitario. Por su parte, el Reino de España, amparado en unos principios que han sido elaborados de forma puramente jurisprudencial y, por extensión, casuística, mantiene su observancia de la norma comunitaria de acuerdo con la disparidad apreciable entre éstos y aquellos hechos. No obstante, las argumentaciones de España dejan entrever la inquietud que le genera la situación, ya que recuerda las consideraciones debidas al equilibrio financiero de unos sistemas nacionales que, en última instancia, se enmarcan en los límites que exclusivamente determinan los respectivos Estados Miembros. Desde estas posturas encontradas, el TJCE dará un paso más en su construcción “reembolsística”, generando nuevas inseguridades en su intento por conservar el difícil equilibrio entre las libertades comunitarias y la soberanía de los Estados Miembro en materia no armonizada.

² Reglamento (CEE) núm. 574/72, del Consejo de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad. (DO n° L 74 de 27/3/1972).

³ Decisión tomada por en el Consejo Europeo de Barcelona, celebrado los días 15 y 16 de marzo de 2002. El último paso en este sentido lo representa la Decisión núm. S2, de 12 de junio de 2009, relativa a las características técnicas de la tarjeta sanitaria europea (DO n° C 106 de 24/4/2010).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. APRECIACIONES PREVIAS EN TORNO AL ARTÍCULO 22 DEL REGLAMENTO 1408/71
3. POSTURAS GENERADORAS DE LITIGIO
 - 3.1. Interpretación de la Comisión
 - 3.2. Interpretación del Reino de España
4. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
5. PRESENTE Y FUTURO DE LA PRESTACIÓN SANITARIA TRANSFRONTERIZA

1. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, habría resultado imposible la construcción de un mercado único sin la consagración de las ya, más que elaboradas, cuatro libertades. De todas ellas, es la libertad de circulación la que se encuentra más ligada a la Seguridad Social. Y ello es así porque, sólo cuando los trabajadores gozan de un absoluto convencimiento en el respeto a los derechos adquiridos/reconocidos en esta materia, con independencia de su desplazamiento por el territorio comunitario, se podrá hablar de una plena realización de la misma. Ello implica el objetivo de que cualquier ciudadano de la Unión disfrute de los mismos derechos, sometidos a los mismos límites y condiciones, que los nacionales del Estado Miembro de residencia. Ahora bien, en ese conjunto de derechos, los referentes a la Seguridad Social, presentan un problema añadido: la falta de comunitarización de la materia.

Entre los derechos que dotan de contenido a la libertad de circulación, podemos mencionar, a los efectos que nos interesan, el de disfrutar la misma retribución y demás condiciones laborales, amén de las mismas ventajas sociales, que los ciudadanos del Estado Miembro de acogida. Por todos es sabido que la Seguridad Social de los trabajadores comunitarios se rige por los principios de unicidad normativa, conservación de los derechos adquiridos o en fase de adquisición (de acuerdo con las reglas de totalización de períodos cotizados y prorrateo de prestaciones), igualdad de tratamiento y no discriminación por razón de nacionalidad, prohibición de acumulación de prestaciones y exportación de las prestaciones, condiciones y límites. Este último principio de exportación supone superar las demarcaciones geográficas; es decir, en virtud del mismo, se torna innecesaria la permanencia en el Estado deudor de la prestación. Ahora bien, como principal excepción al mismo, se ha configurado la asistencia sanitaria⁴; de este modo, el desplazamiento a otro Estado Miembro sólo podría producirse mediante autorización del Estado Miembro donde se proporcione la asistencia. La razón de este sometimiento en exclusiva a la legislación del Estado Miembro de afiliación: el carácter no contributivo de la asistencia sanitaria⁵.

⁴ Concepto que, a su vez, conlleva problemas de demarcación en cuanto a prestaciones que tienden a confundirse con el mismo dada la complementariedad que se entabla entre ellas.

⁵ Cruz Villalón, J./ Pérez Del Río, T. (coords.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 64.

2. APRECIACIONES PREVIAS EN TORNO AL ARTÍCULO 22 DEL REGLAMENTO 1408/71

El Derecho Comunitario parte de un nacimiento y una naturaleza sui generis: se origina a partir de una construcción meramente política que, al carecer de una organización social previa, resulta por demás artificial. Esta idea, alejada de cualquier afán federalista y carente, al menos en principio, de cualquier identificación por parte de la población, ha consagrado la resistencia soberanista de los Estados Miembros. Ello se traduce a día de hoy en la coexistencia de los ordenamientos nacionales con el comunitario y la de tantos otros órganos jurisdiccionales. Esta situación, suavizada en las materias cuya competencia ha sido asumida por las instituciones comunitarias o compartida con ellas, se ha perpetuado en el campo de la Seguridad Social. Como máximo, se ha optado por una técnica de coordinación, siendo su consecuencia la convivencia de diferentes ordenamientos y sistemas de Seguridad Social, caracterizados por su diversidad, en un espacio geográfico cada vez más amplio. En ninguna de las ampliaciones o profundizaciones comunitarias los Estados Miembros han dado muestras de optar por la eliminación de los Derechos internos en Seguridad Social. No obstante, ello no implica renunciar a una plena libertad de circulación y de servicios, recurriéndose, pues, a una “aproximación” de esos diferentes ordenamientos nacionales.

La Seguridad Social se ha configurado desde el comienzo de la construcción europea como uno de las materias más reticentes a la actuación comunitaria. Pese a no cuestionarse en ningún momento la responsabilidad de los Estados Miembros en la financiación y organización de sus respectivos sistemas nacionales, la misma se ha de ejercer en el marco fijado por los objetivos y coordinación comunitarios. Entre ellos, evidentemente, se sitúan las libertades de circulación y libre prestación de servicios. Por otra parte, no podemos olvidar las diferencias económicas existentes entre los servicios que proporcionan los sistemas nacionales y aquellos otros que entran dentro de la libre prestación de servicios. En consecuencia, es evidente que la asistencia sanitaria pública habrá de ser, por definición, compleja e imperfecta⁶.

Ahora bien, y aún cuando nos movamos en ámbitos de coordinación o de la más pura regulación nacional, el aumento de circulación intra-comunitaria entre ciudadanos de la Unión ha conducido a los Estados Miembros a la búsqueda de conceptos convergentes. Es obvio que en ninguna materia como en ésta, los Estados Miembros han de hacer gala del consabido principio de solidaridad, sin embargo, y de forma lógica, dicha solidaria no puede desembocar

⁶ Comisión Europea, Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores, *Resultados del Proceso de reflexión de Alto Nivel sobre la Movilidad de los Pacientes y la Evolución de la Asistencia Sanitaria en la Unión Europea*, HLPR/2003/16, 9 de diciembre de 2003, p.10.

para los Estados receptores de dicha circulación en un incremento insostenible de la carga financiera. A pesar de todo, y en aras de la verdad, también se aprecian esfuerzos en torno al principio de universalidad: pensemos, pues, en el ámbito de aplicación subjetiva para esta normativa comunitaria, el cual es resultado de sucesivas ampliaciones⁷.

La normativa comunitaria en Seguridad Social respondía, en primer término, a los principios de territorialidad⁸ y carácter contributivo⁹ de las prestaciones, reparando, sólo de forma subsidiaria, en la situación social en la que se ha-

⁷ La ampliación más destacable en este sentido la representa el Reglamento (CE) N° 833/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social que, llamado a la sustitución del Reglamento 1408/71 (artículo 90, con excepciones), muestra un ámbito de aplicación subjetivo mucho más amplio (artículo 2).

⁸ Resaltado por la jurisprudencia en pronunciamientos como los contenidos por la STJCE de 11 de junio de 1998, asunto Anne Kuusijärvi contra Riksförsäkringsverket, C-275/96, cuyos apartados 29-34, recogen el siguiente razonamiento: el objetivo del Reglamento 1408/71 "no es determinar los requisitos para que exista el derecho o la obligación de afiliarse a un régimen de Seguridad Social o a otra rama de dicho régimen. Como ha indicado el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar estos requisitos, incluidos los relativos al cese de tal afiliación (véanse, en este sentido, las Sentencias *Kits van Heijningen*, antes citada, apartado 19, y de 21 de febrero de 1991, *Daalmeijer*, C-245/88, Rec. pg. I-555, apartado 15). [...] Es cierto que, al fijar los requisitos de la existencia del derecho a afiliarse a un régimen de Seguridad Social, los Estados miembros están obligados a respetar las disposiciones de Derecho comunitario vigentes y, en particular, estos requisitos no pueden dar lugar a que la legislación de que se trata no se aplique a las personas a las que debe aplicarse la misma legislación, con arreglo al Reglamento núm. 1408/71 (Sentencia *Kits van Heijningen*, antes citada, apartado 20) [...] a una persona que haya cesado de ejercer toda actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y que, en consecuencia no cumpla ya los requisitos de la letra a) del apartado 2 del artículo 13 [pues el Estado Miembro en cuestión exigiría la permanencia en el mismo para mantener la afiliación] y que tampoco cumpla los requisitos de ninguna otra disposición del Reglamento núm. 1408/71, para hallarse comprendida dentro del ámbito de aplicación de la legislación de un Estado miembro, le es de aplicación en virtud de la letra f) del apartado 2 del artículo 13 y con arreglo a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside, bien la legislación del Estado en el cual haya ejercido previamente una actividad por cuenta ajena, cuando siga teniendo en él su residencia, o bien la del Estado al que, en su caso, haya trasladado su residencia".

⁹ Esta conexión entre territorialidad y carácter contributivo se pone de manifiesto en el art. 10 bis del Reglamento 1408/71, donde se permite exceptuar de su ámbito de aplicación determinadas prestaciones especiales no contributivas para así someterlas por completo a la condición de residente. Véase, entre otras, la STCE de 16 de enero de 2007, asunto Pérez Naranjo contra Picardie, C-265/05, cuyo apartado 61 remitía a los tribunales nacionales la calificación definitiva, como contributiva o no, de la prestación litigiosa: "El examen del modo de financiación del subsidio complementario sobre la base de los elementos de los autos presentados ante el Tribunal de Justicia muestra que no existe una relación suficientemente identificable entre la contribución social generalizada y la prestación de que se trata, lo que lleva a la conclusión de que el subsidio complementario tiene carácter no contributivo. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar la exactitud de los elementos enunciados en los apartados 48 a 52 de la presente sentencia para establecer de modo concluyente el carácter contributivo o no contributivo de dicha prestación".

llaba inmerso el ciudadano¹⁰. A partir de la década de los 80 y 90, las legislaciones internas, en plena expansión del Estado Social, optaron por dar entrada a nuevas prestaciones, algunas de carácter no contributivo. La respuesta del ordenamiento comunitario pivotó entre su inclusión en el campo de la normativa comunitaria, la asimilación por parte del TJCE a las ya contempladas o su total exclusión¹¹.

En el caso de la asistencia sanitaria, de la mera previsión de una autorización en el artículo 22 del Reglamento 1408/71, podemos extraer que el alcance de la asistencia sanitaria comunitaria estará circunscrito por la afiliación al sistema de Seguridad Social del Estado Miembro de residencia y por la regulación nacional que configure el mismo¹². En consecuencia, es evidente que no se consagra un derecho de los pacientes a elegir, en el marco de los sistemas nacionales, la prestación (más allá de las previstas y cubiertas) ni la institución europea en la que desean recibir asistencia sanitaria. Por esta razón, los Estados Miembros han conservado la facultad de supeditar el “desplazamiento sanitario” a la concesión de autorización administrativa. El TJCE no ha considerado esta supeditación a la atención hospitalaria como un obstáculo a la libre prestación de servicios, ya que la completa eliminación de la misma atendería a la planificación sanitaria de los Estados Miembros: desequilibrio financiero para unos y pérdida de recursos para otros¹³. No obstante, ello no implica aquiescencia para la expansión de tal práctica administrativa. Por tanto, los Estados Miembros se ven obligados a conceder tal autorización cuando la prestación en cuestión se halle prevista por la legislación del Estado Miembro de residencia y, dados el estado de salud y su evolución probable, el paciente no pueda esperar el tiempo normal en el que obtendría tratamiento en dicho Estado.

Aunque no se puede cuestionar que los Estados han apostado por configurar unos sistemas basados en los principios de universalidad, solidaridad e igualdad, es cierto que los impulsos más recientes en este sentido han sido dados por la jurisprudencia comunitaria a través de sentencias como las recaídas en los casos Kohll, Decker, Smits-Peerbooms, Vanbraekel o Müller-Fauré/van Riet. En virtud de esos pronunciamientos que se vienen sucediendo desde

¹⁰ Cruz Villalón, J./ Pérez Del Río, T. (coords.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, págs. 58 y 59.

¹¹ García De Cortázar y Nebreda, C., *La coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros*, Estados, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Derecho Social Internacional y Comunitario, núm. 42, 2003, p. 73.

¹² Cristóbal Roncero, R., *Alcance de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro de la Unión Europea*, Aranzadi Social, núm. 9/2000, paraf. 35 (Presentación), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2000, www.westlaw.es, págs. 5 y 6.

¹³ Monereo Pérez, J.L., *La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria*, Aranzadi Social num. 5/2010 (Estudio), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, www.westlaw.es, págs. 22 y 23.

1998, el TJCE ha reconocido el derecho de los pacientes al reembolso de gastos producidos en relación a la asistencia sanitaria recibida en otros Estados Miembros. La inseguridad que ocasiona la simple apreciación por los órganos jurisdiccionales, ha llevado a aconsejar su fijación y generalización.

Es decir, la idea principal desde la que se ha de abordar la cuestión del reembolso es la siguiente. Las libertades comunitarias han originado flujos de ciudadanos que, en el marco de los avances sociales que pretende promover la Unión Europea, han de gozar de una asistencia sanitaria acorde con las previsiones que cada Estado Miembro haya previsto para sus propios afiliados. No obstante, y aún más en épocas de crisis y recortes presupuestarios como la actual, el consentimiento de los Estados Miembros a estas “aproximaciones” solidarias y universalistas se subordina al más estricto equilibrio financiero. Por tanto, las instituciones comunitarias no pueden dar pasos en falso: sus construcciones, incluso las jurisprudenciales, deben ponderar estas sensibilidades y los objetivos marcados. Se trata de la búsqueda de un difícil equilibrio que, según mi parecer, derivan en esta casuística e inseguridades.

3. POSTURAS GENERADORAS DE LITIGIO

3.1. Interpretación de la Comisión

Más allá de la asistencia urgente, inmediata y de carácter vital prevista por el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006¹⁴, la normativa interna española niega a sus afiliados al Sistema Nacional de Salud el reembolso de los gastos ocasionados cuando el nivel de cobertura aplicable al Estado Miembro de estancia, donde recibe asistencia de acuerdo con el artículo 22.1.a).i) del Reglamento 1408/71, es inferior al aplicable en España. Bajo esta premisa, la Comisión comprende que tal denegación constituye una infracción a la libertad de prestación de servicios consagrada en el artículo 49 TCE.

Si bien es cierto que la libertad comunitaria más estrechamente relacionada con las cuestiones de Seguridad Social es la de circulación de personas (hasta el extremo de llegarse a hablar de “libre circulación de pacientes”), el TJCE ha manifestado desde 1998, como reiterada jurisprudencia propia, que *“las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios”*¹⁵. En consecuencia, dicha doctrina entiende que

¹⁴ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

¹⁵ Por todos los pronunciamientos, véase el apartado 86 de la STJCE de 16 de mayo de 2006, asunto The Queen y otros contra Bedford Primary Care Trust y otros, C-372/04.

condicionar el reembolso de los costes a pacientes en el extranjero, mediante el requisito de la autorización previa, constituye también un obstáculo a la libre prestación de servicios, aún cuando dicho condicionamiento se sustente en razones de interés general.

En definitiva, la Comisión entendió que España hacía caso omiso de los derechos reconocidos por la jurisprudencia comunitaria sobre reembolso de los gastos ocasionados por la recepción de asistencia sanitaria en otro Estado Miembro¹⁶. En términos generales, dicha jurisprudencia vendría a establecer los siguientes principios¹⁷:

- Todo ciudadano puede buscar asistencia no hospitalaria en Estado Miembro distinto del de residencia sin necesidad de contar autorización para ello. Se le reembolsarán los gastos ocasionados de acuerdo con los niveles determinados en su propio sistema nacional.
- En el caso de asistencia hospitalaria, requerirá la oportuna autorización, la cual habrá de otorgársele siempre que su régimen nacional de residencia no pueda prestarle asistencia en el plazo médicamente aceptable. Se le reembolsarán los gastos ocasionados, como mínimo, de acuerdo con los niveles determinados en su propio sistema nacional.

No obstante, la Comisión no circunscribe sus temores a la prestación de servicios médicos, pues entiende que, las reticencias que pudiera provocar en la población la necesidad de afrontar a su propio cargo los costes derivados de una asistencia sanitaria como la presente, repercutiría en otros sectores como el educativo o turístico. No sólo se trataría, pues, de no iniciar estancias en el territorio de la Unión (afectación a los servicios en general), sino también de poner fin a las mismas de forma abrupta en los supuestos en los que el nivel de cobertura dispensado por el Estado Miembro de estancia fuese inferior al ofrecido por España (afectación al llamado Mercado Comunitario de la Asistencia Sanitaria).

En cuanto al alegado riesgo de quebrantar el equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud español, la Comisión mantiene que es, por demás, infundado pues el coste que ocasionaría el tratamiento hospitalario dispensado por otro Estado Miembro nunca podría superar el coste de un tratamiento equivalente en España.

3.2. Interpretación del Reino de España

España, con el apoyo de los Reinos de Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, defiende la práctica admi-

¹⁶ Comunicación de la Comisión de 8 de octubre de 2009. IP/09/1474.

¹⁷ Magníficamente resumidos, junto a la problemática y necesidades existentes, en: Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: *Consulta sobre la acción comunitaria en materia de servicios de salud*, SEC (2006) 1195/4, Bruselas, 26/09/2006, págs. 5 y 6.

nistrativa nacional dado que, la propia concesión del formulario E111, implica el cumplimiento del Reglamento 1408/71.

Partiendo de esta premisa, entiende que la denegación del reembolso del mencionado ticket no supone, per se, un incumplimiento del Derecho derivado. En su defensa, alude a los apartados 36 y 37 de la Sentencia Vanbraekel¹⁸ y otros: puesto que el artículo 22 del Reglamento 1408/71 no establece la regulación de los gastos producidos con motivo de la prestación de asistencia sanitaria en un Estado miembro distinto del Estado de afiliación, no se le impide ni exige su reembolso sobre la base de la legislación nacional¹⁹.

En segundo lugar, pretende frenar los intentos generalizadores de la Comisión para con el reembolso discutido aludiendo a la carga financiera que ello supondría para los Estados Miembros. Por consiguiente, la postura de estos Estados Miembros descansa en las consideraciones soberanistas (más allá de los formularios de aplicación de los Reglamentos no se hallarían constreñidos al reconocimiento de reembolsos) y prevencionistas (miedo a un aumento desmesurado de la carga financiera).

4. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

El razonamiento del TJCE comienza recordando que, el hecho de que una norma interna sea acorde con el Reglamento 1408/71, no la excluye del cumplimiento del Derecho originario, es decir, del artículo 49 TCE. Expresado desde otra perspectiva, esta premisa no sería sino una formulación del principio pro comunitate, según el cual, “*estas disposiciones deben interpretarse a la luz de su objetivo, que es el de contribuir, principalmente en materia de Seguridad Social, al establecimiento de la mayor libertad posible de circulación de los trabajadores migrantes, principio incluido dentro de los fundamentos de la Comunidad*”²⁰. De cualquier forma, el TJCE mantiene una vez más que, la falta de armonización, no puede si no desembocar en una reafirmación de la

¹⁸ STJCE de 12 de julio de 2001, asunto Abdon Vanbraekel y otros contra Alliancenaionale des mutualités chrétiennes (ANMC), C-368/98.

¹⁹ Esta construcción no deja de ser partidista por cuanto los mencionados apartados del caso Vanbraekel y otros únicamente pretendían resaltar la neutralidad del artículo 22 del Reglamento 1408/71 en cuanto a la previsión nacional de un reembolso complementario de acuerdo con las tarifas del Estado Miembro de afiliación. En ningún momento, era intención del TJCE, tal como fuerza la interpretación española, subordinar todo reembolso a su previsión por la legislación nacional del Estado Miembro de afiliación. Apartado 56 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi en el caso Comisión Europea contra Reino de España, C- 211/08, presentadas el 25 de febrero de 2010.

²⁰ Apartado 16 de la STJCE de 7 de marzo de 1990, asunto Maria Masgio contra Bundesknappschaft, 10/90.

absoluta competencia de los Estados Miembros para establecer los requisitos que determinan el nacimiento del derecho a la prestación.

Haciendo eco de su propia jurisprudencia, el TJCE señala que se considera obstáculo a la libre prestación de servicios el hecho de que un Derecho interno no garantice a su beneficiario, autorizado de acuerdo con el artículo 22.1.c) del Reglamento 1408/71, un nivel de cobertura tan ventajoso como el que habría recibido si hubiera sido hospitalizado en el Estado Miembro de afiliación (caso Vanbraekel), entendiéndose por tal, en un sistema gratuito, el coste en éste Estado de un tratamiento equivalente (caso Watts).

Por otra parte, reconoce que determinó la procedencia del conocido como “complemento Vanbraekel”²¹ en la medida en que no supone una carga adi-

²¹ Las conclusiones finales de la referida STJCE de 12 de julio de 2001, caso Vanbraekel, establecieron que: “1) El artículo 22, apartado 1, letra c) e inciso i), del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) núm. 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la institución competente autorice a un beneficiario de la Seguridad Social a trasladarse al territorio de otro Estado miembro para recibir asistencia en él, la institución del lugar de estancia está obligada a concederle las prestaciones en especie conforme a las normas de asunción de gastos de asistencia sanitaria que aplique y como si el interesado estuviera afiliado a ella.

Quando la institución competente deniegue una solicitud de autorización presentada por un beneficiario de la Seguridad Social conforme al artículo 22, apartado 1, letra c), del mencionado Reglamento y tal denegación se declare posteriormente infundada, el interesado puede obtener directamente de la institución competente el reembolso de un importe equivalente a aquel que habría asumido la institución del lugar de estancia conforme a las normas previstas por la legislación que ésta aplique, si se hubiera concedido debidamente la autorización desde el principio.

Dado que no pretende regular un eventual reembolso conforme a las tarifas vigentes en el Estado miembro de afiliación, el artículo 22 de dicho Reglamento no tiene por efecto impedir ni exigir a dicho Estado el pago de un reembolso complementario correspondiente a la diferencia entre el régimen de intervención previsto por la legislación de dicho Estado y el aplicado por el Estado miembro de estancia, cuando el primero sea más favorable que el segundo y cuando tal reembolso esté previsto por la legislación del Estado miembro de afiliación.

El artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) debe interpretarse en el sentido de que si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en un Estado miembro de estancia, conforme a las normas vigentes en dicho Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de hospitalización en este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha diferencia.

2) El artículo 36 del Reglamento núm. 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento núm. 2001/83, no puede interpretarse en el sentido de que se deriva de dicha disposición que un beneficiario de la Seguridad Social, cuya solicitud de autorización, presentada conforme al artículo 22, apartado 1, letra c), del mencionado Reglamento, haya sido denegada por la institución competente, tiene derecho al reembolso íntegro de los gastos médicos en que haya incurrido en el Estado miembro en que se le haya prestado la asistencia, si se demuestra que la denegación de su solicitud de autorización carecía de fundamento”.

cional para los sistemas nacionales en comparación con la asunción plena del tratamiento. No obstante, subraya la diferencia entre los supuestos de hecho: el mencionado reconocimiento se produjo en el marco de una asistencia hospitalaria programada (artículo 22.1.c) del Reglamento 1408/71), mientras que los sucesos que dirigen el presente razonamiento, se enmarcan dentro de la asistencia hospitalaria no programada (artículo 22.1.a) de dicho Reglamento). En el primer caso, la conjunción de los artículos 22.2 y 36 del Reglamento 1408/71, es decir, la indisponibilidad del Estado de residencia para prestar la asistencia debida, aboca a dicho Estado Miembro a garantizar la recepción del mismo tratamiento u otro de la misma eficacia en un plazo aceptable en términos médicos. Por tanto, debe garantizar el mismo nivel de cobertura que aquél que disfrutaría el paciente de poder prestarse en su Estado de afiliación, so pena, más allá del Reglamento, de incurrir en vulneración de la libre prestación de servicios. Por el contrario, en los casos en los que la estancia en otro Estado Miembro no responde a las necesidades generadas en el marco de una asistencia programada, el TJCE considera que no se podría mantener la neutralidad de los servicios sanitarios dadas las diferencias entre Estados Miembros y los resultados des/ventajosos de la hospitalización para el paciente según casuística.

Por otra parte, el TJCE atribuye un carácter en exceso aleatorio a las circunstancias que han de concurrir para que la ausencia de reembolso en la asistencia programada constituya una restricción a la libre prestación de servicios. Además, entendemos que en un esfuerzo por no proporcionar armas a la resistencia de los Estados Miembros, no llega a dar una respuesta definitiva en cuanto al pretendido desequilibrio financiero.

Es cierto que este pronunciamiento representa un alivio para el sistema español en cuanto a cargas financieras y administrativas. Sin embargo, no compartimos plenamente la idea de que este razonamiento judicial signifique tan alta desventaja para quienes confían en un auto-representado amparado por la tarjeta sanitaria²². A nuestro entender, éste sería un debate en torno al nivel de información de que disponen los ciudadanos comunitarios, no acerca de protección básica de los mismos. De cualquier forma, este nuevo paso de la construcción jurisprudencial viene a complicar más la situación; aunque su intención sea procurar el bienestar de los ciudadanos sin disipar las buenas voluntades de los Estados Miembros, genera nuevos aspectos para la aplicación de los reembolsos sin adentrarse a fondo en las cuestiones de deslinde que subyacen en el mismo (asistencia no/programada, por ejemplo).

²² Carrascosa Bermejo, D., *Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el «complemento diferencial Vanbraekel»? A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 15-6-2010 Asunto Comisión Europea contra el Reino de España C-211/08, TJCE 2010/175*, Aranzadi Social, núm. 39/2010, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010, www.westlaw.es, p.11.

5. PRESENTE Y FUTURO DE LA PRESTACIÓN SANITARIA TRANSFRONTERIZA

Al comienzo de este comentario advertíamos que la consideración en torno a la situación social por la que atravesaba el paciente comunitario era una cuestión menor en relación al principio de territorialidad y al carácter contributivo de las prestaciones. Hoy podemos decir que dicha subordinación muestra cierta tendencia a la ponderación. Es cierto que el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea somete el derecho a la prevención y atención sanitaria a los términos establecidos por las legislaciones y prácticas nacionales; sin embargo, las iniciativas acometidas por las instituciones hablan de una mayor preocupación por la eficacia y calidad de la asistencia sanitaria.

Las disputas producidas entorno al reembolso por gastos ocasionados en materia de asistencia sanitaria, han aconsejado actuaciones para respaldar las pretendidas mejoras en salud pública y dar una mayor cabida a las consideraciones sociales en el sector sanitario²³. De hecho, aunque la llamada “asistencia transfronteriza” es uno de los objetivos sobre los que trabajan las instituciones europeas, se reconoce que el reembolso es una de las mayores dificultades a las que se enfrentan. Quizás por ello se ha llegado a un fórmula de compromiso: explícitamente se consagra el mantenimiento de las facultades nacionales para determinar la legislación aplicable a cada caso concreto pero se acuerda mostrar la suficiente claridad en cuanto a los supuestos de reembolso, así como garantizar una atención de calidad, segura y eficaz²⁴.

En su última versión, las instituciones comunitarias optaron por excluir los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la llamada Directiva Bolkstein²⁵ (muestra de fidelidad al imperativo de no mercantilización de estos

²³ Finalidad que se podría alcanzar mediante la modificación del Derecho originario, la adecuación del Derecho derivado, la promoción de los mecanismos de cooperación, la evaluación del impacto en la sanidad de las decisiones en proceso de adopción o el aumento de las medidas bilaterales entre Estados Miembros. Se precisa que las eventuales medidas en la normativa de coordinación, las oportunas aclaraciones o el diseño de la libre circulación de pacientes precisan de mayor discusión. Comisión Europea, Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores, *Resultados del Proceso de reflexión de Alto Nivel sobre la Movilidad de los Pacientes y la Evolución de la Asistencia Sanitaria en la Unión Europea*, HLPR/2003/16, 9 de diciembre de 2003, págs. 11 y 12.

²⁴ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: “Marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza”, SEC (2008) 2183, Bruselas, 2 de julio de 2008, p. 2.

²⁵ Exclusión del artículo 2.2.f) de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO nº L 376 de 27/12/2006), que según el Considerando 22 de la misma, “debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio”.

servicios en razón de su especial naturaleza). A cambio de esta omisión, solicitaron de la Comisión la preparación de un instrumento dedicado en exclusiva a la asistencia sanitaria transfronteriza. Se anuncia, pues, la creación de una Directiva versada únicamente en ésta, la cual habría de basarse en los siguientes principios²⁶:

- *“Cualquier ciudadano tiene derecho a recibir en otro Estado miembro, sin autorización previa, la asistencia sanitaria no hospitalaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, y al reembolso de los gastos correspondientes en la cuantía prevista en su propio régimen”.*
- *“Tiene también derecho a recibir en otro Estado miembro la atención hospitalaria a la que tenga derecho en el suyo propio”.* Los costes generados serán reembolsados por el Estado de afiliación, como mínimo, en la cuantía que le habría supuesto a él prestar por sí la misma o similar asistencia. No obstante, dicho reembolso se podría someter a autorización previa si el Estado Miembro en cuestión demuestra que el flujo de pacientes pone en peligro, real o potencial, su sistema hospitalario.

La Directiva propuesta sigue circunscribiendo tal reembolso a las prestaciones que define la legislación nacional del Estado Miembro de residencia; no crea ningún nuevo derecho. Sin embargo, sí establecería un “mecanismo alternativo” basado en la libre circulación y en la doctrina jurisprudencial: se procuraría a los pacientes, en otro Estado Miembro, *“cualquier atención sanitaria que se les habría prestado en su país y ser[ían] reembolsados por un importe máximo equivalente al que habrían percibido de haber recibido allí ese tratamiento, aunque asuman el riesgo financiero de todo gasto adicional que pueda derivarse del mismo”*²⁷.

Aunque podamos subrayar el peligro que implican para la balanza financiera de un Estado Miembro²⁸, los avances en la libre circulación de pacientes

²⁶ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: *“Marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza”*, SEC (2008) 2183, Bruselas, 2 de julio de 2008, p. 5.

²⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, Bruselas, 2 de 7 de 2008, 2008/0142 (COD), p. 5.

²⁸ Council of the European Union, *Council adopts its position on patient's rights in cross-border healthcare*, Brussels, 13 September 2010, 13535/10, PRESSE 239, p.2: *“in case of overriding reasons of general interest (such as the risk of seriously undermining the financial balance of a social security system) a member state of affiliation may limit the application of the rules on reimbursement for cross-border healthcare; member states may manage the outgoing flows of patients also by asking a prior authorisation for certain healthcare (those which involve overnight hospital accommodation, require a highly specialised and cost-intensive medical infrastructure or which raise concerns with regard to the quality or safety of the care) or via the application of the “gate-keeping principle”, for example by the attending physician”.*

puede abordarse también como oportunidad, como un acicate de todos los Estados Miembros de cara a la mejora continua de las prestaciones sanitarias que se ofrecen a través de sus sistemas nacionales: la generalización de este recurso puede convertir dicho perfeccionamiento en más rentable que la financiación de la asistencia sanitaria en otros Estados Miembros²⁹. Sea como fuere, se debe valorar en su justa medida el esfuerzo en pro de la seguridad jurídica, la cual, por sí misma, puede reducir los costes³⁰.

En consecuencia, las diferentes fórmulas de sanidad transfronteriza (prestación transfronteriza de servicios, utilización de servicios en el extranjero, presencia permanente de un proveedor de servicios de salud y presencia temporal de personas), no deben ser observadas desde el recelo económico. Además del previsto aumento en la necesidad de prestaciones, derivado del envejecimiento de la población europea, debemos tomar en consideraciones las aspiraciones de efectividad y eficiencia (residentes de las fronteras que encuentran el centro hospitalario más cercano en el Estado Miembro vecino u optimización de los recursos técnicos necesarios para centros localizados en radios de escasa población)³¹. Por tanto, los principios humanistas de universalidad, igualdad y solidaridad no han de verse necesariamente contrapuestos con la máxima de sostenibilidad.

Y es que la práctica ha demostrado que la libre circulación de pacientes no es la única opción; la cooperación actual ha resaltado las potencialidades de las redes de centro de transferencia, de la comunicación de conocimientos, de la fluida circulación de prestatarios y de la e-Health. Dada las repercusiones que podrían desencadenarse para los sistemas nacionales, se aboga, entre otros puntos, por desarrollar redes de contactos entre proyectos para difundir las mejores prácticas, por el establecimiento de un marco en el que organismos competentes de cada Estado Miembro puedan celebrar acuerdos en la materia, y por el empuje a la movilidad de los profesionales del sector. En definitiva, consideramos que los esfuerzos comunitarios parecen dirigirse hacia la apertura de nuevas vías de “cooperación” que, al tiempo de redundar en una prestación mayor y mejor para los ciudadanos, tenga un reducido impacto, en térmi-

²⁹ Cristóbal Roncero, R., *Alcance de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro de la Unión Europea*, Aranzadi Social paraf. 35 (Presentación), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2000, p. 6.

³⁰ Comisión of the European Communities, *Commission staff working document: Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the application of patients' rights in cross-border healthcare – Impact assessment*, Brussels, 2 de 7 de 2008, SEC(2008) 2163, págs. 33 y ss.

³¹ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: *Consulta sobre la acción comunitaria en materia de servicios de salud*, SEC (2006) 1195/4, Bruselas, 26 de 09 de 2006, p. 7.

nos comparativos, para la balanza financiera de los Estados Miembros³². Una mejor cooperación en el ámbito de la sanidad y la asistencia médica permitirá que se responda mejor a las expectativas de nuestros ciudadanos, al tiempo que proporcionará a los pacientes un mejor acceso a la asistencia y una gama más amplia de prestadores. También facilitará la libertad de movimientos de los ciudadanos para viajar, estudiar, trabajar o vivir en otra parte. En definitiva, mientras el reembolso continúa siendo caballo de batalla, la realidad muestra que no es la única ni más importante opción.

³² Comisión Europea, Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores, *Resultados del Proceso de reflexión de Alto Nivel sobre la Movilidad de los Pacientes y la Evolución de la Asistencia Sanitaria en la Unión Europea*, HLPR/2003/16, 9 de diciembre de 2003, p. 5.

**EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.
EL DESPIDO POR RAZONES IDEOLÓGICAS EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

STSJ de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2010

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA*

SUPUESTO DE HECHO: Tras una moción de censura planteada por varios partidos de la oposición en un Ayuntamiento, el nuevo Consistorio decide resolver cuarenta contratos de trabajo, entre ellos los celebrados con los tres trabajadores que plantean la demanda, alegando una irregularidad en el procedimiento de contratación, aunque mantiene el vínculo contractual con otros trabajadores que habían accedido al puesto de trabajo por el mismo procedimiento. Concorre la circunstancia de que los cuarenta afectados eran simpatizantes del partido político contra el que se había planteado la moción de censura, en concreto los demandantes habían estado vinculados mediante sucesivos contratos temporales, respectivamente, como peón en diferentes puestos de trabajo (limpieza, obra, jardinería), técnico de juventud e inspector de consumo, sin que su acceso se haya producido mediante la libre designación, algunos de ellos habían demostrado una participación activa en las últimas elecciones municipales. La decisión extintiva cuenta con el apoyo de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo Andaluz, que se mostró su conformidad con la revisión de oficio de diversos actos realizados por la anterior Alcaldía en conexión con la prórroga de estos contratos temporales, e incluso con el respaldo del Pleno Municipal donde se declararon inválidas dichas relaciones laborales. Del relato fáctico reproducido en el texto de la sentencia se desprende una conexión entre la extinción del contrato de trabajo de los afectados, acontecida inmediatamente después de la incorporación de la nueva formación política, y la simpatía que los actores en el proceso manifiestan con el partido que ocupaba hasta entonces la Alcaldía.

RESUMEN: La STSJ de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2010 (recurso número 3057/2009), que se declara competente para resolver el conflicto, aunque la parte demandante argumentara a favor del conocimiento por la jurisdicción contencioso-administrativa, califica las extinciones contractuales practicadas por el nuevo Consistorio como despidos nulos, ofreciendo los siguientes argumentos jurídicos para fundamentar el fallo resolutorio:

*Profesora Ayudante LOU del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. Los derechos fundamentales recogidos en la Constitución se aplican también a las relaciones establecidas entre particulares, sin que los trabajadores deban soportar limitaciones o restricciones en su ejercicio como resultado de la libertad de empresa o de la sujeción al interés público general.
2. La prohibición de discriminación afecta de manera más intensa cuando la relación contractual se mantiene con un empleador público, dado que los principios que informan el funcionamiento de la Administración Pública, no sólo implican una especial observancia del principio de igualdad que impone una actuación ajustada siempre al Derecho (objetiva y carente de arbitrariedad), sino también la plena sumisión a la legalidad de los actos ejecutados.
3. Cuando se discute si existe una lesión de derechos fundamentales, la carga de la prueba corresponde al demandado, quien ha de aportar los indicios que sean necesarios para demostrar la adecuación de su comportamiento al ordenamiento jurídico, con el fin de rebatir los argumentos aportados por la parte demandante que condujeron a la admisión a trámite de la demanda. En este sentido, la Sala trae a colación la STC de 18 de octubre de 1993 (RTC 293/1993) donde se expresa que la mera militancia en un partido político no es suficiente para calificar el despido como discriminatorio por razones ideológicas, siendo necesario que junto a este presupuesto concurren otros indicios que conecten el factor prohibido (la discriminación por motivos ideológicos) con el resultado (la extinción contractual). Ahora bien, el presente pronunciamiento entiende que el panorama indiciario se conforma plenamente a partir de la incorporación de los nuevos dirigentes al Ayuntamiento, por coincidir cronológicamente con el cese de la relación laboral. A ello contribuye que, con posteridad a la decisión extintiva, se acordara además la convocatoria de un nuevo proceso de selección para las actividades de construcción y limpieza. De manera que aprecia una conexión directa entre los cambios acontecidos en el Ayuntamiento, la tendencia política de los actores en el proceso y sus despidos.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN
2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO UNA EMPRESA DE TENDENCIA O RECEPTOR DE ACTIVIDADES DE TENDENCIA
3. LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EN PARTICULAR, DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA
 - 3.1. La relevancia de actividad encomendada y el interés empresarial
 - 3.2. La conducta del trabajador y el deber de buena fe
4. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA CALIFICACIÓN COMO DESPIDO NULO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
5. CONCLUSIÓN

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La tendencia expansiva del Derecho del Trabajo a la regulación de nuevas relaciones contractuales en las que el empresario no es necesariamente una organización privada, sino que se trata de una Administración Pública, ni el trabajador conserva los rasgos propios de quien realiza la prestación de servicios encomendada en una empresa dedicada a la actividad netamente productiva o de mercado, plantean importantes desajustes con los principios y las reglas de funcionamiento del ordenamiento laboral. En este sentido, el pronunciamiento judicial que se comenta en las siguientes páginas, lejos de tratarse de un caso aislado, o de plantearse como un hecho excepcional, adquiere cada vez más relevancia como resultado de las dificultades que encuentra la relación laboral para adaptarse a los casos en los que el trabajador realiza actividades para una empresa, como lo es la Administración Pública, que, dirigida por un partido político, carece de tendencia.

Tal es así que el supuesto de hecho enjuiciado en el pronunciamiento objeto de este comentario, no sólo adquiere relevancia en cuanto a la solución concreta del caso, sino que, más allá de esta causa particular, los distintos avatares o circunstancias sobrevenidas que pueden acaecer en las distintas Administraciones Públicas, siempre cuestionan los imprecisos límites entre la confianza mínima exigible a cualquier trabajador y la simpatía o confianza más cualificada que puede imponerse a quienes prestan servicios en un espacio donde concurren, de manera más o menos intensa, ya sean empresas, o bien trabajadores, con una tendencia específica que los diferencia frente al resto.

Es por ello que este pronunciamiento sugiere un examen acerca de los diferentes y muy diversos tipos de trabajadores (o de puestos de trabajo) que pueden existir en el seno de la Administración Pública, en concreto, por la conexión con en el supuesto de hecho, en un Ayuntamiento, donde se suceden diversos partidos políticos con ideologías opuestas. La solución dada, que gira en torno a la consideración o no del empresario público como una empresa de tendencia, es fundamental a la hora de resolver si, como sostienen los actores, la decisión extintiva debe considerarse como despido nulo, al lesionar los derechos fundamentales, en el caso concreto la ideología de los trabajadores cuya relación laboral se extingue. Pues, en las empresas de tendencia, el empresario puede exigirle al trabajador una cierta simpatía o sintonía con el ideario, quedando limitado el derecho a la libertad ideológica, tanto en la dimensión que afecta a la libertad de no declarar la tendencia, como en la propia decisión de manifestar su ideología, particularmente cuando ambas sean distintas a la promulgada por la empresa para la que prestan el servicio (STC de 27 de marzo de 1985, RTC 47/1985).

Así, se ha de tener en cuenta que el reconocimiento constitucional de los

derechos fundamentales, especialmente de aquellos que se sustentan sobre la dignidad personal, han sentado las bases necesarias para su aplicación a las relaciones entre privados, como resultado de la eficacia horizontal de estos derechos; lo que le confiere al trabajador un estatuto jurídico particular para permitirle el desarrollo como persona, incluso durante la ejecución de la prestación de servicios. Otra cuestión muy distinta, sin embargo, es la ponderación de los intereses en juego (derecho de los trabajadores en la empresa y libertad empresarial) que será objeto de tratamiento prioritario en las siguientes páginas, donde pueden encontrarse tanto posiciones como criterios muy dispares sobre sus distintas manifestaciones. Como consideración igualmente previa, se ha de tener en cuenta que la ausencia de una definición sobre qué se entiende por libertad ideológica en el texto Constitucional, sin embargo, no ha impedido su protección como derecho fundamental, incluso cuando el bien jurídico discutido es la pertenencia o simpatía de un trabajador (que presta servicio en una Administración Pública) a un partido político en concreto.

2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO UNA EMPRESA DE TENDENCIA O RECEPTOR DE ACTIVIDADES DE TENDENCIA

Una de las dificultades a la que nos enfrentamos cuando tratamos de analizar si la Administración Pública puede considerarse como una empresa de tendencia, es que el ordenamiento español, a diferencia de otros sistemas legales que sí han establecido criterios e incluso clasificaciones acerca de las mismas, no ha delimitado conceptualmente qué es una empresa de tendencia, lo que provoca una cierta confusión en torno a la identificación de las organizaciones que deben considerarse como trasmisoras de una cierta ideología.

En este sentido, se ha venido identificando, ante la ausencia de criterios legales expresos, hasta dos conceptos de empresas de tendencia, que pueden servirnos para determinar si la Administración Pública puede incluirse en ellas. Por un lado, el ordenamiento alemán, utilizando un concepto amplio, define como empresa de tendencia a todas aquellas organizaciones de carácter político, religioso, sindical o moral que mantengan una cierta concepción del mundo, compartida por todos los integrantes o simpatizantes, habitualmente destinadas a la difusión de un cierto mensaje, en las que también se incluirían los centros de enseñanza, las empresas de información o las asociaciones empresariales. Frente a este concepto amplio, por otro lado, existe un concepto más estricto o restringido, según el cual sólo se incluirían en el concepto de empresas con tendencia ideológica a aquellas organizaciones dedicadas a la difusión de un determinado mensaje, que se constituyeran como partidos políticos, sindicatos y confesiones religiosas; sin que merezcan la calificación

como tales, otras organizaciones productivas, con independencia de que tanto el empresario como los trabajadores a su cargo mantengan un determinado ideario en común¹.

Este concepto estricto, que es el más utilizado por la doctrina española, provoca que un número importante de empresas se excluyan de su consideración como empresas de tendencia. Particularmente, a los efectos que interesan, esta concepción privaría a la Administración Pública, al menos en una primera aproximación, de su inclusión en esta categoría; aunque otros sistemas legales, como el ordenamiento germánico, utilizando la noción más amplia a la que se ha hecho referencia, ofrezcan una solución distinta, y califiquen al Estado como una empresa de tendencia.

Esta interpretación además que coincide con la expresada por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, (especialmente, en la STC de 3 de febrero de 1981, RTC 5/1981), donde afirma que el Estado carece de una ideología concreta. Es más, esta neutralidad, promulgada con carácter general del Estado, pero que también ha de extenderse a la Administración Pública, en tanto que se trata de su órgano ejecutor y debe cumplir su actividad sirviendo con objetividad a los fines generales (art. 103 CE), se encuentra avalada por la libertad de los ciudadanos de elegir su propia ideología. En este sentido, es necesario tener en cuenta que le corresponde precisamente al Estado velar por este derecho fundamental, tanto en su vertiente negativa (imposibilidad de que el Estado sancione la conducta de quien sostiene una determinada orientación), como en su sentido positivo (que significa el deber del Estado de vigilar que otros sujetos, ya sean públicos o privados, se abstengan de limitar el ejercicio de la libertad ideológica).

A este respecto, la discusión acerca de si existe unos determinados valores del Estado, no a los efectos de calificar a la Administración Pública como una empresa de tendencia, por cuanto esta cuestión debe entenderse resuelta en los términos expuestos, tiene interés para el caso que nos ocupa, en la medida que existe un conjunto de valores y principios recogidos en la CE, que pueden servir como argumento para defender la existencia de un determinado mensaje, cuya difusión corresponda tanto a la Administración Pública como al Estado. De manera esta aparente neutralidad se puede modificar cuando de la Administración actúa como empresario, en el sentido de que es posible exigirle, a quienes prestan servicios ostentando cargos públicos, un explícito deber de observancia a los derechos y principios reconocidos en la CE. Con independencia de que un Estado pluralista necesariamente ha de contar con una dirección neutral, al objeto de permitir que surjan otras representaciones ideológicas, como

¹ DE VAL TENA, A.L.: "Las empresas de tendencia ante el Derecho del Trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo", *Proyecto social: relaciones laborales*, nº 2, 1994, pp. 177-198.

ha subrayado el Tribunal Constitucional, en multitud de ocasiones, empleando para ello las siguientes palabras: en “un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa (...), todas las instituciones públicas (...), han de ser ideológicamente neutrales” (STC de 3 de febrero de 1981, RTC 5/1981).

Así, es preciso tener en cuenta que en las empresas de tendencia (un partido político, una organización religiosa) es posible encontrar actividades neutras (personal de vigilancia, trabajadores que se dedican a la limpieza) y actividades de tendencia (quienes se dedican a la difusión del mensaje). Pero, también, se pueden encontrar en las empresas denominadas como neutras, precisamente debido a la carencia de una ideología concreta en los términos antes definidos (la Administración Pública en el caso que nos ocupa), tanto actividades neutras como trabajadores que desarrollan su prestación de servicios teniendo como tarea la difusión de un determinado mensaje.

Por lo que estos últimos trabajadores, que se insertan en una empresa neutra, reciben la calificación de portadores de tendencia, siendo un claro ejemplo de ello, entre otros trabajadores, los profesores de religión que prestan servicios en los colegios públicos o concertados pertenecientes al Estado o a las CCAA². En esta línea, se podrían calificar a los representantes de los partidos políticos que ocupan cargos de gestión y de administración en los diferentes órganos que integran el Estado, las CCAA o los Entes Locales como posibles portadores de tendencia, pues su afiliación a una empresa ideológica implica una sujeción tanto a los principios como a los valores de la organización a la cuál pertenecen, que se manifiesta en la obligación de difundir un mensaje concreto, precisamente el definido por el partido político en cuestión.

3. LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EN PARTICULAR, DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA

La celebración del contrato de trabajo con un empresario, ya sea público o privado, implica el nacimiento de un conjunto de facultades asociadas al desarrollo de la prestación de servicios, que se derivan del derecho constitucionalmente reconocido a libertad de empresa (art. 38 CE), en el que se incluiría la potestad de organización de los recursos, el control de la prestación de servicios y la potestad disciplinaria. Este conjunto de facultades que conforman el poder de dirección empresarial, sin embargo, no es ilimitado o absoluto, sino que encuentra una importante restricción en los derechos fundamentales del trabajador.

² Calvo Gallego, J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica: Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995, pp. 183-186.

En este sentido, la relación contractual genera, como ha sostenido el Tribunal Constitucional, “una serie de obligaciones para las partes que condiciona, junto a otros, la libertad de expresión” (STC de 15 de diciembre de 1983, RTC 120/1983), aunque “la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...), ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa del artículo 39 del texto constitucional legitima que quienes presten servicios en aquellas por cuenta y bajo la dirección de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas” (STC de 19 de julio de 1985, RTC 88/1985).

De manera que los posibles conflictos que surjan se han de resolver atendiendo al equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo y la naturaleza de los derechos afectados, al encontrarse limitados entre sí tanto los derechos del empresario como los correspondientes al trabajador. Tal doctrina también es de aplicación a la libertad ideológica, en tanto que se ha defendido la necesidad de realizar la ponderación entre los derechos de las partes del contrato, con el fin de valorar si en el caso concreto debe prevalecer la libertad ideológica del trabajador o la libertad de empresa³.

3.1. La relevancia de actividad encomendada y el interés empresarial

Antes de entrar en el terreno de la ponderación de los derechos fundamentales, es necesario destacar que existe una cierta unanimidad en considerar como elemento fundamental para dirimir los posibles conflictos que surjan entre la libertad ideológica del trabajador y el poder de dirección, no tanto la naturaleza de la empresa, sino más bien la calificación de las actividades laborales desempeñadas o la circunstancia de que el trabajador sea un portador de tendencia⁴. En este sentido, teniendo en cuenta que se parte de la premisa básica acerca de la mutua restricción de los derechos del trabajador y del em-

³ Fernández López, M.F.: “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, Tomo 2, 1985, pp. 421 y ss.; Calvo Gallego, F.J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica: Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, ob. cit., pp. 141-183; Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.: “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeciones de conciencia”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2003, pp. 55-68; Valdés Dal Re, F.: “Libertad ideológica y contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 14, Tomo 2, 2004, pp. 17 y ss.

⁴ Fernández López, M.F.: “Libertad ideológica y prestación de servicios”, ob. cit., pp. 421 y ss.; Calvo Gallego, F.J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica: Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, ob. cit., pp. 141 y ss.; Valdés Dal Re, F.: “Libertad ideológica y contrato de trabajo”, ob. cit., pp. 17-26.

presario, es preciso destacar que la libertad ideológica del trabajador, a cuyo análisis de dedica el pronunciamiento judicial que se comenta, actúa de manera muy singular en la relación de trabajo cuando ésta se desenvuelve en empresas de tendencia o que participan, aunque sea de manera indirecta, en la difusión de un determinado mensaje ideológico.

Así, como lo ha expresado el Tribunal Constitucional en distintos pronunciamientos, quien se inserta en una empresa que posee una determinada tendencia, conoce que su prestación de servicios se desenvuelve en un marco peculiar, donde es posible que le sea exigido una especial observancia al ideario de la empresa en el desarrollo de su prestación de servicios, sobre todo cuando las tareas encomendadas se relacionen con la difusión de una cierta ideología (STC de 3 de febrero de 1981, RTC 5/1981). De manera que el contenido de la prestación de servicios acordada con el empresario se restringe en las distintas fases del contrato, no sólo por lo que se refiere al acceso, sino también en cuanto al mantenimiento del vínculo contractual, quedando de esta manera sujeto a la realización de la ponderación que resulta necesaria siempre acontezca la colisión entre los derechos de las partes en el contrato.

A este respecto, el derecho fundamental a la libertad ideológica admite una mayor restricción, en tanto que el trabajador se obliga en virtud del contrato a observar determinadas reglas, que asume de manera voluntaria, aunque ello no implique ni la renuncia a este derecho fundamental, ni tampoco que el empresario pueda exigirle al trabajador cualquier tipo de comportamiento o actitud en el desarrollo de su prestación de servicios. Pues el trabajador siempre conserva la independencia necesaria para separarse del ideario de la empresa cuando las tareas asignadas lesionen o puedan vulnerar otros derechos fundamentales.

Por tanto, en el desarrollo de la prestación de servicios, el equilibrio entre los derechos fundamentales de los actores en el proceso (los trabajadores que fueron despedidos) ha de establecerse teniendo en cuenta la actividad que realizan; sin que pueda considerarse a todos en la misma situación, como lo hace el presente pronunciamiento judicial, en tanto que es posible defender la modalización del contrato según el encargo o cometido del trabajador en la empresa. Pues, la decisión del empresario se ha de conectar con las tareas asignadas al trabajador, sin que pueda considerarse que todos los trabajadores se encuentren en condiciones iguales por lo que se refiere a las posibles manifestaciones públicas que realicen. De manera que se ha de tener en cuenta la repercusión que tiene la tendencia en las actividades encomendadas, con el fin de determinar si el acto extintivo lesiona la libertad ideológica del trabajador.

Ahora bien, la celebración del contrato de trabajo, incluso cuando el vínculo se formaliza con una empresa de tendencia, no implica una restricción absoluta de los derechos fundamentales, pues el empresario no puede exigirle

al trabajador un deber genérico de lealtad en el desarrollo de la prestación de servicios, sino que el interés empresarial exige también su ponderación con los derechos fundamentales del trabajador (STC de 15 de diciembre de 1983, RTC 120/1983 y STC de 12 de enero de 1998, RTC 1/1998). Esta ponderación, en la que se valora si prevalece el ejercicio de un derecho fundamental (la libertad ideológica) o la obligación de actuar con sujeción al principio de buena fe y lealtad en el más estricto respeto a las decisiones del empresario, sólo será favorable a la empresa, como se ha sostenido en numerosos pronunciamientos, “en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva” (por citar el más relevante, STC de 12 de junio de 1996, RTC 106/1996).

3.2. La conducta del trabajador y el deber de buena fe

Otro de los elementos fundamentales para valorar la ponderación entre los derechos fundamentales es precisamente la propia conducta del trabajador. En este sentido, las tareas encomendadas, junto al interés del empresario, se han de conectar directamente con su comportamiento más o menos diligente. Esto implica un juicio de ponderación que necesariamente relaciona la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo con la conducta del trabajador.

Pues, a los efectos de valorar si la decisión empresarial de extinguir el vínculo supone una vulneración de los derechos fundamentales, se ha de tener en cuenta la doble manifestación del derecho a la libertad ideológica: una perteneciente al fuero interno del trabajador, de mera simpatía o adhesión a las ideas; mientras que existe otra de participación en las ideas, con un carácter más activo, que implica la contribución del trabajador a la difusión de la tendencia⁵. En tanto que, no merece la misma consideración un ataque directo a la empresa que la mera declaración de su ideología, ni tampoco la exteriorización de sus opiniones en el centro de trabajo que su manifestación en lugares más privados. De esta manera, el contrato de trabajo, que se articula sobre determinados límites y prohibiciones, encuentra, en la buena fe, el juicio necesario para ponderar la adecuación del poder de dirección a los principios y valores del contrato de trabajo⁶.

En esta dirección, es importante subrayar que el Tribunal Constitucional, desde hace años, mantiene una actitud permisiva con la conducta del trabajador, considerando para la valoración de su comportamiento en relación con la libertad de empresa, tanto el interés o la trascendencia pública de la manifestación pública sobre la ideología que realice, como la información expresada

⁵ Fernández López, M.F.: “Libertad ideológica y prestación de servicios”, ob. cit., pp. 421 y ss.

⁶ Montoya Melgar, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 2000, pp. 86 y ss.

o difundida por el trabajador, e incluso el lenguaje o el tono empleado en su mensaje. En coherencia con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha apreciado que la conducta del trabajador es merecedora de la sanción más grave (el despido) sólo cuando exista una conducta lesiva al patrimonio empresarial. Esto implica sostener que el deber de buena fe, empleado para la limitar los derechos inherentes a la persona del trabajador, entre los que se encuentran los fundamentales, se aplica de forma muy restrictiva; prácticamente se vincula a las prestaciones imprescindibles del contrato de trabajo. De ahí que esta concepción tan limitada o restringida del deber de buena fe contractual signifique una cierta prevalencia o prioridad de los derechos fundamentales del trabajador sobre el propio interés empresarial⁷.

Así, por lo respecta a las empresas de tendencia, la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo por motivos ideológicos no se puede basar en la mera disconformidad del trabajador con el ideario, aunque se manifieste de manera pública, sino que el trabajador debe mantener una posición de abierta hostilidad contra la ideología de la empresa, donde su conducta no sólo sea poco diligente, sino también dañina al propio interés empresarial. De manera que, constituye una causa legítima de despido, el ataque “abierto o solapado” o una actitud hostil contraria al ideario del centro (STC de 27 de marzo de 1987, RTC 48/1985), sin que sea suficiente la mera discrepancia del trabajador con los valores y principios que conforman el mensaje concreto de la organización para la que prestan el servicio (STC de 27 de marzo de 1985, RTC 47/1985). De igual forma, las tareas de tendencia exigen una sujeción del trabajador a la ideología de la organización a la que pertenecen, así como los trabajadores que son portadores de tendencia también se encuentran sujetos a la difusión de un mensaje concreto. Ello hace que también los derechos fundamentales de estos trabajadores se restrinjan para quedar sometidos a la difusión del mensaje ideológico de la empresa.

Por el contrario, el juicio de ponderación es más favorable cuando el trabajador realiza su prestación de servicios en una empresa neutra, siempre que las actividades desempeñadas carezcan de ideología, así como que el trabajador se trate de aquellos que tampoco son portadores de tendencia. Pues, en las actividades neutras, al trabajador, no se le exige la manifestación de la ideología concreta, sino algo mucho más simple, que se podría insertar en la obligación de actuar con diligencia y buena fe, cuyo respeto corresponde a todas las partes del contrato. En todos estos casos, el despido del trabajador sólo puede considerarse respetuoso con los derechos fundamentales: cuando su comportamiento resulte vejatorio o su conducta sea igualmente agresiva al mensaje difundido por la empresa de tendencia (STC de 12 de junio de 1996, RTC 106/1996).

⁷ Montoya Melgar, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, ob. cit. pp. 93 y ss.

De lo hasta ahora expuesto se extrae que el contrato de trabajo se moldea en función tanto de la naturaleza de la actividad como del interés empresarial. Pero esto no significa que la libertad de empresa pueda limitar cualquier comportamiento del trabajador, sin que pueda considerarse, incluso en las empresas ideológicas, que la mera disconformidad u oposición al ideario constituye un motivo suficiente para justificar el despido del trabajador. Ni tampoco que los derechos fundamentales inherentes al prestador del servicio puedan prevalecer sin restricciones sobre el interés empresarial, en tanto que el trabajador se inserta en una organización a la que debe un mínimo de respeto en cuanto a sus reglas o principios de funcionamiento más elementales.

A los efectos del caso enjuiciado en el presente pronunciamiento judicial, la singularidad de la Administración como un empresario donde realmente resulta difícil encontrar una tendencia concreta, no sólo limita el poder de dirección empresarial en cuanto al control de las creencias que el trabajador profesa, sino que además nos sitúa en aquellos espacios donde su libertad ideológica puede encontrar una restricción más leve. Junto a lo anterior, si estas consideraciones se refieren además a tareas donde la actividad laboral no exige que el trabajador tenga una determinada ideología (como en el supuesto de hecho las actividades de limpieza, peón de obra o jardinería) por quedar insertas en aquellas que se han venido denominando como neutras, la libertad ideológica no puede verse mermada, siendo de aplicación la doctrina antes mencionada, en cuanto a que la única causa de despido es el ataque directo y abierto contra el ideario, en el caso que nos ocupa, del partido de la oposición.

Ahora bien, junto a estas actividades, es necesario tener en cuenta que no todos los trabajadores afectados por la decisión extintiva realizan los mismos cometidos, sin que esta valoración sea tenida en cuenta por la Sala. A este respecto, según el relato fáctico del presente pronunciamiento, la actividad de coordinador técnico de juventud comprendía la “solicitud” de proyectos, el “seguimiento de subvenciones” y la organización de “encuentros”. Por lo que otros encargos, como éste, no sólo están más cercanos a su inclusión entre aquellas actividades que se han llamado de tendencia o a la consideración de quien presta el servicio como un portador de tendencia, sino que también se tratan de actividades donde se le exige al trabajador una confianza mucho mayor, por la relación directa que pueda tener la gestión que desempeñe en conexión con los resultados en los próximos comicios.

4. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA CALIFICACIÓN COMO DESPIDO NULO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Una vez que se considera que el despido practicado por el empresario es discriminatorio, como se sabe, la única calificación posible es la nulidad del acto extintivo, que necesariamente provoca la retroactividad de los efectos jurídicos de la decisión empresarial, por la que se resuelve el contrato, hasta el momento preciso en el que se produjo la ruptura, reponiendo al trabajador en todos sus derechos (art. 113, 123 y 124 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral).

Teniendo en cuenta que los actores habían prestado sus servicios mediante distintos contratos temporales encadenados, más allá de los límites admitidos por el art. 15.5 ET, también se suscita la cuestión de calificar si procede la reposición al contrato de duración determinada. O si, por el contrario, la Sala debería haber entrado más en el fondo del asunto, considerando que, en los casos donde existe una sucesión de contratos temporales, se ha de calificar la relación como indefinida. Así, el pronunciamiento judicial que se comenta, más allá de ofrecer una respuesta a este interrogante, deja sin solucionar esta cuestión.

En este sentido, la utilización ilícita de los contratos en las Administraciones Públicas siempre ha despertado dudas en relación con la compatibilidad entre el principio de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, pues los trabajadores en los que recae un pronunciamiento judicial por el cual se califica su relación laboral como indefinida, se mantienen en el empleo sin haber superado las pruebas necesarias para acceder a la función pública. Ante esta situación, como se sabe, la STS de 27 de mayo de 2002 (9893/2002) significó un importante avance en la solución de esta controversia, ya que calificó la contratación irregular y abusiva en las Administraciones Públicas como una relación “temporalmente indefinida”.

Esta solución judicial, pese a su dudosa virtualidad inicial⁸, ha venido a establecer el equilibrio necesario entre el uso abusivo e irregular de la contratación temporal y las reglas existentes tanto en el ordenamiento laboral como administrativo. Así, con independencia de que el art. 11 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP, no se refiera directamente al contrato temporalmente indefinido cuando clasifica a los distintos tipos de personal laboral que pueden existir en la Administración Pública: “en función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo

⁸ Molero Marañón, M.L.: “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2004, pp. 157 y ss.

indefinido o temporal”, lo que sigue planteando dudas cuanto a su reconocimiento legal⁹. La aplicación del contrato temporalmente indefinido permitiría a los actores en el proceso obtener la condición de indefinido, aunque el hecho de que esta cuestión no se introdujera en el petitum de la demanda, les ha privado a los trabajadores afectados de la transformación de su contrato en una figura más estable.

Pese a que otra cuestión distinta a ésta es que la ausencia de una regulación expresa en el EBEP de esta figura, no sólo ha impedido cerrar las dudas que existen sobre su existencia, sino también su efectividad real. Pues, este contrato se resuelve sin que nazca para el trabajador una indemnización económica a cambio; lo que supone su equiparación, en cuanto a la protección del empleo se refiere, a los contratos temporales que no tienen prevista el derecho a la indemnización por su finalización¹⁰.

5. CONCLUSIÓN

La diversidad de situaciones en las que pueden encontrarse los trabajadores insertos en una empresa específica, siempre requiere el examen particular no sólo del vínculo, sino también de la actividad realizada en la empresa. En esta dirección, el pronunciamiento comentado soslaya la relevancia que tiene tanto el contenido del contrato de trabajo como el interés empresarial para la modalización del contrato de trabajo, dando una solución única a quienes se han obligado de forma distinta con el empresario. Tampoco, la conducta del trabajador se valora a los efectos de ponderar los intereses en juego (el derecho a la libertad ideológica y la libertad de empresa), a pesar de su importancia para determinar si la decisión empresarial había o no vulnerado algún derecho fundamental.

⁹ Viveiro Serrano, J.B.: “El acceso al empleo público en régimen laboral tras el EBEP: algunas luces y demasiadas sombras”, en VV.AA.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2009.

¹⁰ Lahera Forteza, J.: “La extinción del contrato indefinido fijo de plantilla en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2002, pp. 679.

Reseña de Legislación

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía*

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DECRETO-LEY 5/2010, DE 27 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO (BOJA NÚM. 147, DE 28 DE JULIO).

Esta norma se enmarca dentro del objetivo genérico de mejorar la dotación de infraestructuras y servicios públicos de Andalucía para adecuarla a las circunstancias económicas derivadas del nuevo escenario de las finanzas públicas; con anterioridad a la aprobación de esta disposición ya se había pretendido incrementar la eficiencia en la prestación de los servicios a los ciudadanos y ciudadanas de Andalucía, mediante la supresión de dos Consejerías por Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías.

Como se aclara en la exposición de Motivos, el Decreto-ley 5/2010 se articula sobre cuatro directrices: a) Mediante la concreción del marco actuarial de las entidades instrumentales, especialmente de las agencias públicas empresariales, lo que se realiza modificando determinados artículos de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y de la Ley 4/1986, de 5 de marzo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. b) Tratando de incrementar la gobernanza del ejecutivo andaluz respecto a las decisiones de determinadas entidades instrumentales. c) Mediante la creación, modificación o extinción de una serie de agencias, a partir de las preexistentes entidades instrumentales, públicas o privadas. d) Y, por último, mediante la adopción de medidas para dinamizar el patrimonio agrario de Andalucía.

* La selección se corresponde con el trimestre natural comprendido entre julio y septiembre de 2010.

Del conjunto de medidas adoptadas, desde el punto de vista del ámbito del empleo, las relaciones laborales y los servicios sociales, el interés de este comentario se centra exclusivamente en la Sección 3.^a del Capítulo II (artículo 8) titulado: “Medidas de organización en materia de empleo” y en menor medida en la Sección 6.^a del citado capítulo que regula las “Medidas de organización del sector de los servicios sociales” que abarca los artículos 18 y 19 del Decreto-ley 5/2010.

Las medidas en materia de empleo afectan por un lado, al Servicio Andaluz de Empleo –SAE-; y por otro, a la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo –FAFFE-; en lo que se refiere a la primera organización administrativa, el SAE, esta organización pasará a adoptar a partir de la fecha de entrada en vigor del Decreto-ley, el día 29.7.2010, la configuración de agencia de régimen especial, modalidad organizacional prevista en el art. 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre. Este proceso de configuración del SAE como agencia de régimen especial afecta: a su adscripción, al establecerse la posibilidad futura de que el Consejo de Gobierno designe la Consejería a la que deberá de adscribirse; a su personal, el cuál mantendrá el carácter laboral o funcionario que tuviere en el momento de la transformación; y a sus bienes y derechos, los cuáles se incorporan al Patrimonio de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de poderse adscribir al SAE una vez realizada su transformación en agencia de régimen especial. En lo que se refiere a la FAFFE, ésta se extinguirá como fundación, pasando a subrogarse desde la fecha en que se acuerde su disolución, en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de la misma el SAE.

En lo que se refiere a las medidas en materia de organización de los servicios sociales, se procede un proceso similar al anterior, creándose una agencia pública empresarial de las previstas en el art. 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, con el nombre de Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía –art. 18 del Decreto-ley 5/2010-, con personalidad jurídica pública diferenciada y plena capacidad jurídica y de obrar; esta nueva agencia pública empresarial, se subrogará de las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y de la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social, que se extinguen al tiempo que se produce la aprobación de los estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

Por último, se deberá de tener en cuenta que las medidas dirigidas a poner en marcha la reordenación del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a nivel normativo se complementan con:

A) El Acuerdo de 27 de julio de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 147, de 28/7/2010), que sirve de soporte al Decreto-ley

5/2010, y que atribuye en su apartado Segundo la coordinación de las actuaciones de las distintas Consejerías para la consecución de los objetivos previstos a la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

B) La convalidación del Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, que se aprobó por la Diputación Permanente del Parlamento de Andalucía, el 29/7/2010, a la que se le dio divulgación mediante Resolución de 29 de julio de 2010 de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, publicado en BOJA núm. 154, de 6/8/2010.

DECRETO 308/2010, DE 15 DE JUNIO, POR EL QUE SE DETERMINA EL CALENDARIO DE LAS FIESTAS LABORALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2011 (BOJA NÚM. 128, DE 1 DE JULIO).

Esta disposición, en el marco de lo establecido en el artículo 37.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, establece las catorce fiestas laborales al año con carácter retribuido y no recuperable, estableciendo, en primer lugar, el respeto a las fiestas de carácter nacional (Natividad del Señor, 25 de diciembre; Año Nuevo, 1 de enero; Fiesta de 1 Trabajo, 1 de mayo; y Fiesta Nacional de España, 12 de octubre); en segundo, la determinación de las fiestas propias de la Comunidad, que son las indicadas en el art. 1 del Decreto (28 de febrero, 6 de enero y 21 de abril); y en tercer lugar, las fiestas locales, las cuales no se precisan en el Decreto, dado que conforme al artículo 3 cada municipio andaluz tendrá que proponer hasta dos fiestas locales ante la Consejería de Empleo, de conformidad con lo previsto en la Orden de la Consejería de Trabajo de 11 de octubre de 1993.

ORDEN DE 15 DE JULIO DE 2010, DE CREACIÓN Y REGULACIÓN DE NUEVOS FICHEROS DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL (BOJA NÚM. 153, DE 5 DE AGOSTO).

Esta Orden de la Consejería de Empleo se enmarca dentro de las obligaciones indicadas los artículos 20.1 y 39.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Carácter Personal, que establecen que la creación, modificación y supresión de los ficheros de las Administraciones Públicas sólo podrá hacerse por disposición general publicada en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario Oficial correspondiente, siendo objeto de inscripción en el

Registro General de Protección de Datos y en los correspondientes registros de las Comunidades Autónomas, en su caso; en cumplimiento de este mandato, por la creación de seis nuevos ficheros de carácter personal gestionados por la Consejería de Empleo, se concretan la unidad administrativa a la que se adscriben y las características de cada uno de los ficheros en el correspondiente Anexo a la Orden de 15 de julio de 2010.

ORDEN DE 15 DE JULIO DE 2010, POR LA QUE SE DELEGAN LAS COMPETENCIAS QUE SE CITAN EN DISTINTOS ÓRGANOS (BOJA NÚM. 153, DE 5 DE AGOSTO).

El Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías, aunque mantiene las competencias que anteriormente tenía atribuidas la Consejería de Empleo, por razones de eficacia, celeridad y simplificación en el trámite y resolución de los expedientes administrativos, procede a realizar una delegación de competencias en la Viceconsejería de Empleo de las reclamaciones previas a la vía laboral en relación con el personal destinado en los Servicios Centrales –artículo 1.1-; y en las personas titulares de las Delegaciones Provinciales la resolución de las reclamaciones previas a la vía laboral en relación con el personal destinado en el ámbito de las respectivas provincias o que presten servicios en el ámbito provincial –artículo 1.2-.

ORDEN DE 14 DE MAYO DE 2010, POR LA QUE SE DELEGAN DETERMINADAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO (BOJA NÚM. 180, DE 14 DE SEPTIEMBRE).

Esta Orden de la Consejería de Empleo por razones de agilización y de cercanía territorial, procede en su artículo 1.1 a delegar en las personas titulares de las respectivas Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo la competencia atribuida originariamente a la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo establecida en el artículo 70.4 de la Orden de esta Consejería de Empleo, de 23 de octubre de 2009 –relativa a la inscripción o acreditación en el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo de los Centros Públicos de Formación Profesional para el Empleo-, así como la competencia atribuida al Servicio Andaluz de Empleo en el artículo 51.1 de la misma Orden para poder suscribir los convenios de colaboración al Servicio Andaluz de Empleo en materia de prácticas profesionales no laborales.

Por último, en el trimestre que va de 1 de julio al 30 de septiembre de 2010, se han aprobado por parte de la Consejería de Empleo tres convocatorias de subvenciones distintas; siendo las siguientes: a) La Resolución de 14 de julio de 2010, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria de concesión de subvenciones para el desarrollo de la modalidad de Formación de Oferta, correspondiente al Programa de Formación para Formadores y Gestores de la Formación Profesional para el Empleo para el año 2010, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo de lo dispuesto en la Orden de 23 de octubre de 2009 (BOJA núm. 146, de 27 de julio), destinadas como su nombre indica a financiar las acciones de formación de oferta dirigidas mayoritariamente a personas desempleadas en la modalidad de formador de formadores y gestores de la formación profesional para el empleo; cuyo plazo de presentación de solicitudes comprendía del 20 de agosto al 15 de septiembre de 2010; b) La Resolución de 14 de julio de 2010, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria de concesión de subvenciones para el desarrollo de acciones de formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores desempleados para el año 2010, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 (BOJA núm. 151, de 3 de agosto), para las que igualmente se encuentra cerrado el plazo de presentación de solicitudes, que abarcaba de conformidad con lo establecido en su apartado Sexto del 20 de agosto al 15 de septiembre de 2010; y, c) la Resolución de 30 de julio de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se convocan subvenciones dirigidas a las Organizaciones Sindicales para financiar su acción sindical en el ámbito del personal laboral de las empresas privadas en Andalucía para el año 2010 (BOJA núm. 157, 11 de agosto), para financiar a los sindicatos que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Orden de 9 de octubre de 2009, con una cuantía máxima de 76 euros por representante acreditado para el año 2010, cuyo plazo de presentación de subvenciones previsto inicialmente (del 1 al 15 de septiembre de 2010 –apartado Sexto-) fue posteriormente, mediante una rectificación de errores, publicada en el BOJA núm. 192, de 30.9.2010, ampliado hasta el 25/9/2010.

CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
DECRETO-LEY 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público.

A lo largo de los últimos años se ha producido una significativa mejora de la dotación de infraestructuras y servicios públicos de Andalucía, asociada al largo periodo de crecimiento económico registrado por nuestra Comunidad Autónoma. Esta mejora en gran medida ha sido llevada a cabo por las entidades que integran el sector público andaluz.

No obstante, las actuales circunstancias económicas hacen conveniente un proceso de reordenación con la finalidad de acomodarlo al nuevo escenario de las finanzas públicas. Este proceso de racionalización y reestructuración del sector público ya ha sido iniciado por la Junta de Andalucía, que ha puesto en marcha diversas iniciativas en las que se ha priorizado la eficiencia en la gestión del gasto. El comienzo del mismo fue en el primer semestre de 2009 con la reorganización de diecisiete centros directivos de las distintas Consejerías, y ha tenido continuidad con la supresión de dos Consejerías mediante Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías.

El presente Decreto-Ley supone un paso más dentro de este proceso, dando respuesta al Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas para el periodo 2010-2013, adoptado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera el 22 de marzo de 2010, a raíz de la Actualización del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013. Un Acuerdo Marco en el que se plasma el compromiso presupuestario de las Comunidades Autónomas de que el déficit del conjunto de las Administraciones Públicas se sitúe en el 3 por ciento del PIB en el año 2013.

La situación de inestabilidad financiera observada en los mercados estos últimos meses obligó, asimismo, a adelantar la reducción de los objetivos de déficit y a adoptar medidas adicionales de consolidación fiscal al objeto de restaurar el nivel de confianza y reforzar el compromiso del conjunto del Estado con la reconducción de los desequilibrios fiscales.

En este sentido se pronunció el Consejo de Política Fiscal y Financiera el pasado 15 de junio aprobando la modificación del Acuerdo Marco del 22 de marzo, resaltando la necesidad de avanzar en este compromiso y utilizar la reestructuración del sector público de forma que pudieran obtenerse ganancias de eficiencia, contención del gasto y ahorro orientados a la mejora de los servicios públicos.

En el conjunto y en cada una de las medidas que se adoptan concurren, por la naturaleza y finalidad de las mismas, las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 110 del Estatuto de Autonomía para Andalucía como presupuesto habilitante para la aprobación de un Decreto-Ley.

En efecto, este proceso de reordenación del sector público no sólo persigue una mayor racionalización del gasto, sino que además se dirige a incrementar la eficiencia en la prestación de servicios a los ciudadanos y ciudadanas de Andalucía.

Para hacer efectivos estos objetivos, se lleva a cabo un ejercicio responsable de gobernanza orientado a la consecución de un sector público más sólido y eficaz, con capacidad de contribuir en el corto y medio plazo a la recuperación económica y, en el largo, a la consolidación de un nuevo modelo de crecimiento para la economía andaluza,

basado en la innovación y la sostenibilidad. En último término, este proceso de racionalización ha de conseguir que el sector público se convierta en un agente económico ágil y cercano a la ciudadanía y al tejido productivo.

Todo ello, con el fin de obtener una mejor prestación de los servicios públicos para la ciudadanía andaluza, desde el convencimiento de que ello sólo es posible desde el valor añadido que aporta lo público y el empleo público.

En efecto, Andalucía cuenta, como uno de los motores de su progreso, con el alto nivel de formación, compromiso y aplicación de sus empleados públicos para la consecución de los objetivos que marcan los intereses generales de la ciudadanía andaluza. El cotidiano desempeño por cada uno de los trabajadores y trabajadoras del sector público andaluz de las funciones encomendadas, ha sido razón esencial para alcanzar las cotas de prestación de servicios públicos que actualmente disfrutan los andaluces y andaluzas. Por ello, el proceso de reordenación del sector público andaluz que vertebra el presente Decreto-Ley incide en la estricta reordenación de las estructuras, optimizando las nuevas formas organizativas, pero asentando, a la vez, el empleo público. En suma, se opta por un modelo público de prestación de servicios, rechazando otros modelos liberalizadores que inciden esencialmente en la privatización de la prestación de tales servicios.

En unos términos más concretos, debe señalarse que este Decreto-Ley gira en torno a cuatro ideas esenciales. En primer lugar, modifica la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía en determinados preceptos relativos a la ordenación de las entidades instrumentales, y de forma muy especial a las agencias públicas empresariales.

En este sentido, recientes modificaciones de la normativa básica estatal,

fundamentalmente en materia de contratos del sector público y del Estatuto Básico del Empleado Público, aconsejan distinguir dos tipos de agencias públicas empresariales. El primero de ellos, referido a aquellas entidades que se dirigen a la producción de bienes y servicios en régimen de libre mercado. En cuanto al segundo, a aquellas que ejercen competencias propias o programas propios de la Consejería matriz a través de actividades de promoción pública, prestaciones, gestión de servicios o producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación. El marco jurídico de las primeras será el derecho privado, mientras que en el caso de las segundas es el derecho administrativo o privado, según su particular gestión empresarial así lo requiera. En esta segunda tipología de agencias públicas empresariales adquiere una especial significación su posición de jerarquía en las relaciones contractuales, constituyéndose como Administración Pública, con ejercicio de prerrogativas en la ejecución y extinción de los contratos públicos.

Igualmente debe destacarse que se califican las agencias de régimen especial como las que ejercen una autoridad que requiera de especialidades en su régimen jurídico en la realización de las actividades propias de las agencias administrativas.

Con estas modificaciones de carácter estructural se pretende la creación de un esquema organizativo más acorde con las razones propias de la creación de cada una de las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía, lo que permitirá una mayor eficacia y eficiencia en la realización de sus funciones o fines, siempre en beneficio de la ciudadanía de Andalucía. De manera muy particular, el ejercicio de prerrogativas en el campo de la contratación administrativa permite la mejor defensa de los intereses públicos.

En segundo lugar, el Decreto-Ley incrementa la gobernanza del ejecutivo andaluz sobre determinadas decisiones estratégicas de las entidades instrumentales, esencialmente en la adquisición de participaciones en otras entidades públicas o privadas y en la política de sedes administrativas. Para ello se modifican determinados preceptos de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía y de la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma.

En relación con la posibilidad de enajenación de inmuebles del Patrimonio de la Comunidad Autónoma con reserva de uso temporal, la urgencia se justifica por el hecho de poder implantar un sistema y modelo, que permitan una mayor eficiencia en la gestión de los recursos públicos y, en consecuencia, una mayor racionalización del gasto. En este sentido, se posibilita la aplicación de fórmulas de gestión que han sido contrastadas tanto en el ámbito privado como en el de otras Administraciones Públicas.

El tercero de los bloques del Decreto-Ley contempla determinados supuestos de creación, modificación o extinción de una serie de agencias, a partir de preexistentes entidades instrumentales, públicas o privadas. Se produce con ello la efectiva reordenación del sector público andaluz, de manera congruente con el esquema organizativo antes descrito. Estas medidas sectoriales de reordenación de entidades instrumentales, afectan a sectores tan relevantes como el del sistema andaluz del conocimiento, de la obra pública, de empleo, sanitario, agrario y pesquero, de los servicios sociales, de cultura y de medio ambiente.

En cuarto lugar, se incluye un conjunto de medidas para la dinamización del patrimonio agrario de Andalucía, relativas a los bienes del Instituto Andaluz de Reforma Agraria. Existen razones de extraordinaria y urgente necesidad por

las que se justifica la inclusión de estas medidas dentro del presente Decreto-Ley.

De un lado, como expresamente se recoge en la denominación del Capítulo III del Decreto-Ley, se trata de medidas que tienen por objeto la dinamización del patrimonio agrario de Andalucía, la puesta en valor de un patrimonio en algunos casos infrautilizado, que puede servir como elemento generador de riqueza en un sector, el agrario, que requiere de la adopción urgente de todas aquellas medidas tendentes a paliar los efectos de una crisis económica que también deja notar gravemente sus efectos en la agricultura.

Por otro lado, la aprobación de estas medidas no solo se traduce en la pretendida dinamización del sector agrario, sino que forma parte del paquete de medidas de carácter económico de la Junta de Andalucía para hacer frente a la situación de crisis económica, puesto que supondrá tanto la generación de un considerable volumen de ingresos para la Administración autonómica, consecuencia de la percepción del valor de enajenación de los bienes propiedad del IARA que se transfieran a sus actuales concesionarios, como la puesta a disposición de la propia Administración de un importante patrimonio.

A ello hay que sumar que estas medidas están ineludiblemente relacionadas con la supresión del IARA, medida contemplada también en este Decreto-Ley como parte de la reordenación del sector público encaminada a la obtención de una mayor racionalización del gasto público, objetivo que, sin discusión, requiere de la adopción de medidas extraordinarias y urgentes. De esta forma, buena parte de los medios y funciones del extinto IARA pasarán a ser absorbidos por la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía prevista en el artículo 11 de este Decreto-Ley, de acuerdo con lo que determi-

nen sus estatutos.

Por último cabe indicar que, en su técnica legislativa, en aquellos casos en que se modifica normativa preexistente, el presente Decreto-Ley opta por la reproducción de la nueva redacción íntegra del precepto o de los apartados del mismo que se modifican. Con ello se pretende lograr una mayor facilidad en su aplicación, dando preponderancia a su carácter didáctico sobre la mayor extensión del mismo.

Por todo ello, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 110 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, a propuesta de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 27 de julio de 2010,

DISPONGO

CAPÍTULO I

Normas generales de organización

Artículo 1. *Modificación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.*

La Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, queda modificada como sigue:

Uno. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 50, con la siguiente redacción:

«3. Corresponde a la Consejería competente en materia de Hacienda, en el ámbito de sus competencias específicas, el control económico-financiero del sector público andaluz, así como la emisión de informes, y en su caso las autorizaciones, en relación con la creación, alteración y supresión de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía y los consorcios a que se refiere el artículo 12 de esta Ley. En especial, corresponde a dicha Consejería el informe preceptivo para perfeccionar negocios de disposición

o administración que impliquen la

ubicación de sedes y subsedes de los consorcios a que se refiere el artículo 12.3 y de las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía, así como para destinar inmuebles a los citados usos.»

Dos. Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 52, con la siguiente redacción:

«4. Se requerirá autorización del Consejo de Gobierno para cualquier fórmula de participación no reglada en entidades por parte de las Consejerías o entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, distinta de las previstas en la legislación sectorial o en la presente Ley.»

Tres. El artículo 56.1 queda redactado como sigue:

«1. La creación de las agencias administrativas y públicas empresariales se efectuará por ley, que establecerá:

a) El tipo de entidad que se crea, con indicación de sus fines.

b) Las peculiaridades de sus recursos económicos, de su régimen personal y fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley.

Los estatutos de las agencias administrativas y públicas empresariales se aprobarán por decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente por razón de la materia y previo informe de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda.

La adscripción de las agencias administrativas y públicas empresariales a una o varias Consejerías o a una agencia se efectuará por decreto del Consejo de Gobierno.»

Cuatro. Se añade un nuevo apartado 2 al artículo 57, pasando el actual 2 a ser apartado 3, con la siguiente redacción:

«2. Las personas titulares de los máximos órganos directivos a que se refiere el párrafo a) del apartado ante-

rior, ejercerán las funciones que les atribuyan los estatutos de la agencia, cualquiera que sea el régimen jurídico de vinculación de las referidas personas.»

Cinco. El artículo 59 queda redactado como sigue:

«Artículo 59. Modificación y refundición.

1. La modificación o refundición de las agencias deberá producirse por ley cuando suponga alteración de sus fines, del tipo de entidad o de las peculiaridades relativas a los recursos económicos, al régimen del personal, patrimonial o fiscal y cualesquiera otras que exijan norma con rango de ley.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la modificación o refundición de las agencias por razones de eficacia, eficiencia y de economía del gasto público en la aplicación de los recursos del sector público, aun cuando suponga alteración de sus fines o del tipo de entidad, se llevará a cabo por decreto del Consejo de Gobierno, previo informe de las Consejerías competentes en materia de Hacienda y de Administración Pública.

3. El resto de las modificaciones o refundiciones se llevarán a cabo por decreto del Consejo de Gobierno, previo informe de las Consejerías competentes en materia de Hacienda y de Administración Pública.»

Seis. El artículo 62 queda redactado como sigue:

«Artículo 62. Contratación.

1. El régimen de contratación de las agencias, salvo las agencias públicas empresariales previstas en el artículo 68.1.a), será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público. El régimen de contratación de las agencias a que se refiere el artículo 68.1.a) se regirá por las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público respecto de las entidades que, sin tener el carácter de Administracio-

nes Públicas, tienen la consideración de poderes adjudicadores.

2. Los estatutos de la agencia determinarán su órgano de contratación, pudiendo fijar la persona titular de la Consejería a que se halle adscrita la cuantía a partir de la cual será necesaria su autorización para la celebración de los contratos, salvo que dicha autorización corresponda al Consejo de Gobierno.»

Siete. Se modifica el apartado 3 del artículo 65, que queda redactado como sigue:

«3. Las agencias administrativas se adscriben a una Consejería, a la que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad en los términos previstos en el artículo 63 de esta Ley. Excepcionalmente pueden adscribirse a otra agencia administrativa cuyo objeto consista en la coordinación de varias de ellas.»

Ocho. El artículo 68 queda redactado como sigue:

«Artículo 68. Concepto.

1. Las agencias públicas empresariales son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público sean o no susceptibles de contraprestación, y que aplican técnicas de gestión empresarial en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, en el marco de la planificación y dirección de éstas. Las agencias públicas empresariales pueden ser de dos tipos:

a) Aquellas que tienen por objeto principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación.

b) Aquellas que tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o

varias Consejerías y en el marco de la planificación y dirección de éstas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado.

2. Las agencias públicas empresariales se adscriben a una o varias Consejerías. Excepcionalmente pueden adscribirse a una agencia cuyo objeto además consista en la coordinación de varias de ellas. Asimismo, se podrán aplicar técnicas de coordinación funcional entre varias agencias públicas empresariales que compartan la misma adscripción orgánica, a través de órganos o unidades horizontales.»

Nueve. El artículo 69 queda redactado como sigue:

«Artículo 69. Régimen jurídico y ejercicio de potestades administrativas.

1. Las agencias públicas empresariales a que hace referencia el párrafo a) del apartado 1 del artículo 68 se rigen por el Derecho Privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. Las agencias públicas empresariales a que hace referencia el párrafo b) del apartado 1 del artículo 68 se rigen por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes

aspectos se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera.

2. Las agencias públicas empresariales ejercerán únicamente las potestades administrativas que expresamente se les atribuyan y sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad. No obstante, a los efectos de esta Ley, los órganos de las agencias públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, salvo las excepciones que, a determinados efectos, se fijen, en cada caso, en sus estatutos.

3. En el caso de que se trate de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública, podrá llevarlas a cabo, bajo la dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita. A tal fin, podrán configurarse en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial.

La dependencia de este personal supondrá su integración funcional en la estructura de la agencia, con sujeción a las instrucciones y órdenes de servicio de los órganos directivos de la misma, quienes ejercerán las potestades que a tal efecto establece la normativa general. El decreto por el que se aprueben los estatutos de la agencia contendrá las prescripciones necesarias para concretar el régimen de dependencia fun-

cional, especialmente en relación con el sistema de recursos administrativos, jornada y horario de trabajo, retribuciones en concepto de evaluación por desempeño y ejercicio de la potestad disciplinaria.

Las agencias públicas empresariales podrán llevar a cabo a través de su personal, cualquiera que sea su forma de vinculación, de forma directa, funciones complementarias y de investigación y auxilio de las potestades públicas atribuidas, entre otras las de autotutela y recuperación del dominio público, sancionadora, expropiatoria, de fe pública y de todas aquellas reservadas a personal funcionario.»

Diez. El artículo 71 queda redactado como sigue:

«Artículo 71. Concepto y régimen jurídico.

1. Las agencias de régimen especial son entidades públicas a las que se atribuye cualesquiera de las actividades mencionadas en el artículo 65.1 de esta Ley, siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad que requieran especialidades en su régimen jurídico.

1. Las agencias de régimen especial se rigen por el Derecho Administrativo, sin perjuicio de la aplicación del Derecho Privado en aquellos ámbitos en que su particular gestión así lo requiera. En todo caso se rigen por Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.

2. Las agencias de régimen especial se adscriben a la Consejería competente por razón de la materia. Excepcionalmente pueden adscribirse

a una agencia administrativa o de régimen especial cuyo objeto consista en la coordinación de varias de ellas.»

Once. El artículo 74.1 queda redactado como sigue:

«1. El personal de las agencias de régimen especial podrá ser funcionario, que se regirá por la normativa aplicable en materia de función pública, y personal sujeto a Derecho Laboral. Las funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario.»

Doce. El artículo 78.2 queda redactado como sigue:

«2. El personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.»

Trece. El artículo 82.1 queda redactado como sigue:

«1. En todas las Consejerías de la Junta de Andalucía existirá un registro general y los registros auxiliares que se establezcan. Asimismo, en las agencias administrativas, en las agencias de régimen especial, en las Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía, en las Delegaciones Provinciales de las Consejerías y en los órganos de ámbito inferior a la provincia que, en su caso, se creen existirá un registro general o un registro de carácter auxiliar.

Reglamentariamente se establecerán los días y horarios en que deberán permanecer abiertas las oficinas de registro dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía.»

Catorce. La disposición adicional primera queda redactada como sigue:

«Disposición adicional primera. Registro en entidades de Derecho Público.

Las agencias públicas empresariales y el resto de entidades de Derecho

Público que no tengan la consideración de agencia administrativa o de régimen especial dispondrán de oficinas de registro cuando, de acuerdo con su norma reguladora, tengan atribuido el ejercicio de potestades administrativas que requieran la existencia de dichos órganos. En este supuesto, la Consejería o la agencia a la que esté adscrita la agencia pública empresarial ubicará en sus dependencias los registros auxiliares que se estimen necesarios.»

Quince. Los apartados 2, 3 y 4 de la disposición transitoria única quedan redactados como sigue:

«2. La adecuación prevista en el apartado anterior se llevará a cabo por decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta conjunta de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda, de acuerdo con la persona titular de la Consejería de la que dependan las entidades afectadas, en los siguientes casos:

a) Adecuación de los actuales organismos autónomos, cualquiera que sea su carácter, al régimen de las agencias administrativas previsto en esta Ley, con la posibilidad de refundición en una o varias agencias administrativas por área de actividad.

b) Adecuación de las entidades de Derecho Público creadas al amparo del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía al régimen de las agencias públicas empresariales previsto en esta Ley, con la posibilidad de refundición en una o varias agencias públicas empresariales por área de actividad.

Cuando la norma de adecuación incorpore peculiaridades respecto al régimen general de cada tipo de entidad, la adecuación se producirá por ley.

1. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando concurren las circunstancias previstas en la Sección 4.^a del Capítulo II del Título

III de esta Ley, el Consejo de Gobierno, a propuesta conjunta de las personas titulares de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda, podrá adecuar los actuales organismos autónomos al régimen de las agencias de régimen especial.

2. El Consejo de Gobierno podrá también acordar la supresión de los organismos autónomos y de las entidades de Derecho Público creadas al amparo del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por no reunir los requisitos previstos en el Título III de esta Ley o por razones de eficacia y eficiencia en la aplicación de los recursos del sector público andaluz, o decidir su mantenimiento, hasta la concurrencia de las causas de extinción previstas en su artículo 60. El decreto de supresión de organismos autónomos podrá acordar la integración de los órganos y unidades administrativas del organismo autónomo en un servicio administrativo con gestión diferenciada de los previstos en el artículo 15 de esta Ley, en una agencia administrativa o en una Consejería. El decreto de supresión de las entidades de Derecho Público podrá acordar la integración total o parcial de su estructura en una agencia pública empresarial.

Dicho decreto establecerá las medidas aplicables en materia de personal, presupuestos y tesorería, y acordará la integración de los bienes del organismo autónomo en el patrimonio de la Comunidad Autónoma y los de las entidades de Derecho Público en el patrimonio de la agencia pública empresarial en la que se integre.»

Artículo 2. *Modificación de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

La Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, queda modificada como sigue:

Uno. El artículo 82 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 82.

1. Se requerirá autorización del Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería competente por razón del objeto de la entidad y previo informe de las Consejerías con competencias en materia de Economía y de Hacienda, para la creación de entidades privadas, así como para la adquisición de acciones o participaciones en las mismas, cuando con ello la Comunidad Autónoma de Andalucía pase a constituirse en partícipe mayoritario directa o indirectamente. Se requerirá autorización de la Consejería con competencia en materia de Economía, con comunicación a la Consejería con competencia en materia de Hacienda, para la adquisición de acciones o participaciones no mayoritarias en entidades de Derecho Privado.

2. Cuando los mismos actos se lleven a cabo por entidades dependientes de la Comunidad Autónoma, será de aplicación lo establecido en el apartado anterior, si bien la competencia para autorizar gastos corresponderá al órgano que la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía establezca.

3. Las adquisiciones referidas en este precepto se harán en Bolsa siempre que fuera posible.»

Dos. Se añade un nuevo artículo 88.bis con la siguiente redacción:

«Artículo 88.bis.

Podrá acordarse la enajenación de bienes inmuebles del Patrimonio de la Comunidad Autónoma con reserva del uso temporal de los mismos, total o parcial, cuando por razones debidamente justificadas resulte conveniente para el interés público y así lo autorice el Consejo de Gobierno. Esta utilización temporal podrá instrumentarse a través de la celebración de contratos de arrendamiento, de corta o larga dura-

ción, o cualesquiera otros que habiliten para el uso de los bienes enajenados, simultáneos al negocio de enajenación y sometidos a las mismas normas de competencia y procedimiento que éste. Se exigirá autorización por norma con rango de ley cuando el importe del bien sea superior a veinte millones de euros.

Lo previsto en el párrafo anterior podrá también aplicarse a los bienes inmuebles pertenecientes a Entidades públicas dependientes de la Comunidad Autónoma.»

Tres. La disposición adicional segunda queda redactada del siguiente modo:

«Disposición adicional segunda.

Se considerarán bienes de dominio público aquellos inmuebles que se destinen a oficinas o servicios administrativos de la Junta de Andalucía o de cualquiera de sus entidades instrumentales de Derecho Público.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, la autorización por parte del Consejo de Gobierno para la enajenación de los citados bienes les atribuye la condición de bienes patrimoniales y resultan alienables, sin necesidad de previa declaración de alienabilidad. Se exigirá autorización por norma con rango de ley cuando el importe del bien sea superior a veinte millones de euros.»

CAPÍTULO II

Medidas sectoriales de organización Sección 1.ª Medidas de organización en el Sistema Andaluz del Conocimiento

Artículo 3. *Modificación de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andalucía de la Ciencia y el Conocimiento.*

Se modifica el artículo 27.1 de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andalucía de la Ciencia y el Conocimiento, que queda redactado como sigue:

«1. Se crea, con la denominación de Agencia Andaluza del Conocimien-

to, una agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, adscrita a la Consejería o Consejerías que se establezca por el Consejo de Gobierno, a la que le corresponde ejercer las competencias de evaluación y acreditación de las actividades universitarias; y de fomento, gestión, evaluación y acreditación de las actividades de investigación, desarrollo e innovación entre los agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento. Le corresponde también prestar servicios para la tramitación y ejecución de programas y actuaciones vinculadas a la formación avanzada, al fomento de la innovación o a programas de formación de universitarios y universitarias en otras regiones y países. Asimismo, le corresponde el fomento de la innovación tecnológica en Andalucía, transfiriendo conocimiento a través de los Agentes del Conocimiento y de la participación de las empresas y de dichos Agentes en los programas I+D+I de la Unión Europea.»

Artículo 4. Subrogación.

1. De conformidad con la disposición transitoria única de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, la Agencia Andaluza del Conocimiento, desde la entrada en vigor de sus Estatutos, quedará subrogada en todas las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de los que es titular el organismo autónomo Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria. La extinción de esta última entidad tendrá efectos a partir de la referida fecha. Los bienes de la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria se incorporarán al Patrimonio de la Comunidad Autónoma. Sin perjuicio de lo anterior, para la mejor gestión de dichos bienes se podrán adscribir a la Agencia Andaluza del Conocimiento.

2. A la Agencia Andaluza del Conocimiento, desde la entrada en vigor

de sus Estatutos, se le adscribirán las acciones de la Sociedad para el Impulso del Talento, TALENTIA, S.L.U. y del Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, S.A.U.; y quedará subrogada en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que son titulares las citadas entidades.

3. La extinción de la Sociedad para el Impulso del Talento, TALENTIA, S.L.U. y del Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, S.A.U. se tramitará de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Sección 2.ª Medidas de organización en el sector de la obra pública

Artículo 5. Adaptación y transformación de Ferrocarriles de la Junta de Andalucía.

1. Ferrocarriles de la Junta de Andalucía adoptará la configuración de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y se denominará, desde la entrada en vigor de este Decreto-Ley, Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, debiendo entenderse actualizadas con la nueva denominación todas las disposiciones normativas que se refieran a la citada entidad pública.

La Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía se adscribirá a la Consejería competente en materia de obras públicas.

Se regirá por lo dispuesto en el presente Decreto-Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía, por sus Estatutos, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobada por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, y por la demás normativa de aplicación.

2. Se atribuye a la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía:

a) Sobre las infraestructuras viarias y ferroviarias que determine la persona titular de la Consejería competente en materia de obras públicas, las competencias de construcción, conservación, mantenimiento y explotación, pudiendo llevarse a cabo mediante la celebración de los contratos previstos en la legislación de contratos del sector público, incluidos los modelos de colaboración público-privada en la financiación de infraestructuras públicas.

b) La tramitación y aprobación de los estudios de viabilidad, estudios, documentos técnicos y proyectos de carreteras y ferrocarriles que hayan sido atribuidos conforme al párrafo a) anterior, salvo que otra cosa se establezca por la persona titular de la Consejería competente en materia de obras públicas en la Orden de atribución.

c) El desarrollo y gestión de actividades y de infraestructuras de obra pública y equipamiento público que le fueran encomendados por las distintas Consejerías, rigiéndose por la normativa sectorial aplicable en cada caso.

Artículo 6. Subrogación.

1. La Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía quedará subrogada en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. desde la fecha en que se acuerde su disolución.

2. El proceso de adaptación de los Estatutos de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía se tramitará simultáneamente a la extinción de Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A., de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Artículo 7. Modificación de la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía.

Se modifica la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía, en los siguientes términos:

Uno. El apartado 2 del artículo 30 queda redactado como sigue:

«2. Son fines generales de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía servir como instrumento para el desarrollo de las políticas del Consejo de Gobierno en materia de infraestructuras de transporte, incluyendo la construcción y explotación de carreteras, ferrocarriles y servicios de transporte mediante ferrocarril, y en general las infraestructuras de obra pública y equipamientos públicos. La Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía podrá realizar actividades y ejercer las competencias en materia de explotación de servicios públicos cuando resulte indispensable para el desarrollo y financiación de los fines generales indicados.

De acuerdo con estos fines de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, en estas materias ejercerá y desarrollará las competencias, funciones y actuaciones que le sean atribuidas por el Consejo de Gobierno en los términos y con el alcance previsto en dicha atribución, o que sea encomendada su gestión por la Consejería competente en materia de obra pública o por otras Consejerías y agencias, cada una en el ámbito de sus competencias.»

Dos. Los párrafos segundo y tercero del apartado 3 del artículo 31 quedan redactados como sigue:

«Corresponde la Presidencia de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía a la persona titular de la Consejería competente en materia de obras públicas.

El Consejo Rector será el máximo órgano de gobierno y dirección y estará integrado por la persona titular de la Presidencia de la Agencia, quien ostentará la Presidencia del Consejo, y

las personas nombradas por el Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de obras públicas.»

Sección 3.^a Medidas de organización en materia de empleo

Artículo 8. Adaptación del Servicio Andaluz de Empleo.

1. El Servicio Andaluz de Empleo adoptará la configuración de agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto-Ley.

Se regirá por lo dispuesto en este Decreto-Ley; por la Ley 9/2007, de 22 de octubre; por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo y por sus Estatutos, en lo que no se opongan a aquella, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y por la restante normativa de aplicación.

1. El Servicio Andaluz de Empleo se adscribirá a la Consejería que se establezca por el Consejo de Gobierno.

2. El personal del Servicio Andaluz de Empleo se mantendrá con el carácter de personal laboral o funcionario que en la actualidad ostenta.

3. Los bienes del Servicio Andaluz de Empleo se incorporarán al Patrimonio de la Comunidad Autónoma. Sin perjuicio de lo anterior, para la mejor gestión de dichos bienes se podrán adscribir al Servicio Andaluz de Empleo una vez se transforme en agencia de régimen especial.

4. El Servicio Andaluz de Empleo quedará subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo desde la fecha en que se acuerde su disolución.

5. El proceso de adaptación de los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo se tramitará simultáneamente

a la extinción de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Sección 4.^a Medidas de organización en el sector sanitario

Artículo 9. Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol.

1. La Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol adoptará la configuración de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y se denominará, desde la entrada en vigor de este Decreto-Ley, Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, debiendo entenderse actualizadas con la nueva denominación todas las disposiciones normativas que se refieran a la citada entidad pública.

2. La Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol se regirá por el presente Decreto-Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por las disposiciones de su ley de creación y por sus Estatutos, en lo que no se opongan a aquélla, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y por la restante normativa de aplicación.

3. El objeto de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol será:

a) La coordinación de la gestión de los servicios sanitarios de las agencias públicas empresariales que se le adscriban.

b) La gestión del Hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga).

c) La gestión de los Centros Hospitalarios de Alta Resolución que se establezcan en la provincia de Málaga, coordinando sus servicios y recursos con los de los restantes centros sanitarios pertenecientes al Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Artículo 10. Adscripción de empresas públicas sanitarias.

Se adscriben a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol la

Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería, la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir y la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir.

Dichas entidades adoptarán la configuración de agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, conforme a la disposición transitoria de la misma.

Sección 5.^a Medidas de organización del sector agrario y pesquero

Subsección 1.^a Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía

Artículo 11. *Personalidad, adscripción, régimen jurídico, fines y recursos económicos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía.*

1. Se autoriza la creación de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía como agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

La Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía tendrá personalidad jurídica pública diferenciada y plena capacidad jurídica y de obrar, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos previstos en la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

1. La Agencia se adscribirá a la Consejería o Consejerías que se establezca por el Consejo de Gobierno.

2. La Agencia se registrará por lo dispuesto en este Decreto-Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por los Estatutos de la entidad, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y por las demás normas generales aplicables a las agencias de régimen especial.

3. Son fines generales de la Agencia la ejecución de las políticas orientadas a alcanzar los objetivos básicos previstos en el artículo 10.3.1.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que le sea asignada por la Consejería a

la que quede adscrita, así como la gestión, en el marco de la planificación, dirección y control de ésta, de programas y acciones de fomento; de vigilancia e inspección; de prestación y gestión de servicios públicos, y de asistencia técnica, en materias agraria y pesquera; para lo que quedará habilitada con las competencias, funciones y potestades administrativas para el ejercicio de las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, que le confieran sus Estatutos y las demás normas habilitantes que le puedan ser de aplicación.

4. Los recursos económicos de la Agencia serán los que se determinen en la normativa aplicable a las agencias de régimen especial.

Artículo 12. *Subrogación.*

1. La Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía desde la entrada en vigor de sus Estatutos, quedará subrogada en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero, S.A.

2. El proceso de aprobación de los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía se tramitará simultáneamente a la extinción de la sociedad mercantil Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero, S.A., de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Subsección 2.^a Instituto Andaluz de Reforma Agraria

Artículo 13. *Supresión del Instituto Andaluz de Reforma Agraria.*

1. El organismo autónomo Instituto Andaluz de Reforma Agraria (IARA), creado por Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, queda extinguido, con efectos desde la fecha indicada en la disposición adicional tercera.

2. La Administración de la Junta de Andalucía, desde dicha fecha, queda subrogada en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones

de las que es titular el Instituto Andaluz de Reforma Agraria. Las competencias asignadas a la Presidencia del Instituto serán ejercidas por la persona titular de la Consejería con competencias en materia de agricultura.

3. Los bienes titularidad del IARA se incorporarán al Patrimonio de la Junta de Andalucía y se adscribirán a la Consejería competente en materia de agricultura. Tales bienes continuarán rigiéndose por su normativa específica, además de por lo dispuesto en la presente norma.

Subsección 3.^a Cámaras Agrarias

Artículo 14. *Extinción de las Cámaras Agrarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

Se declaran extinguidas todas las Cámaras Agrarias de cualquier ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 15. *Liquidación del patrimonio y relaciones jurídicas de las Cámaras Agrarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

La total liquidación del patrimonio y las relaciones jurídicas de las Cámaras Agrarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía y su adscripción se llevará a efecto por una comisión liquidadora cuyas funciones, composición y régimen de funcionamiento se determinarán en la Orden a que hace referencia el apartado 2 de la disposición final primera del presente Decreto-Ley. Esta Comisión liquidadora deberá quedar válidamente constituida, a fin de iniciar los trabajos, en el plazo máximo de un mes desde la entrada en vigor de la citada Orden, debiéndose culminar las operaciones de liquidación en el plazo de un año, a partir de la constitución de la comisión.

Artículo 16. *Destino del patrimonio de las Cámaras Agrarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

1. El resultante de la liquidación del patrimonio de las Cámaras Agrarias Provinciales será objeto de traspaso,

en los términos que se fijen por la comisión liquidadora que se cree al amparo del artículo anterior, y con carácter preferente, a las organizaciones profesionales agrarias más representativas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía para su aplicación a fines y servicios de interés general agrario.

2. El resultante de la liquidación del patrimonio del resto de las Cámaras Agrarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía será objeto de traspaso, en los términos que se fijen por la comisión liquidadora que se cree al amparo del artículo anterior, para su aplicación a fines y servicios de interés general agrario.

Artículo 17. *Asunción de derechos y obligaciones.*

Una vez extinguidas las Cámaras Agrarias, y mientras se llevan a cabo todas las operaciones necesarias para la total liquidación y adscripción de su patrimonio, la Consejería competente en materia de agricultura, directamente o a través de sus entes instrumentales, asumirá de forma provisional los derechos y obligaciones de las entidades extinguidas, limitando su responsabilidad por dichas obligaciones al patrimonio de las Cámaras que se liquidan.

Sección 6.^a Medidas de organización en el sector de los servicios sociales

Artículo 18. *Personalidad, adscripción, régimen jurídico, fines y recursos económicos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.*

1. Se crea, con la denominación de Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, una agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre. La agencia pública empresarial Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía tendrá personalidad jurídica pública diferenciada y plena capacidad jurídica y de

obrar, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos previstos en la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

2. La Agencia se adscribirá a la Consejería o Consejerías que se establezca por el Consejo de Gobierno.

3. La Agencia se rige por lo dispuesto en este Decreto-Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por los Estatutos de la entidad, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y por las demás normas generales aplicables a las agencias públicas empresariales.

4. Son fines generales de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía:

a) El desarrollo de las actividades de organización y prestación de los servicios necesarios para la gestión del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.

b) La promoción, desarrollo y gestión de recursos de atención social a las personas, a las familias y a los grupos en que éstas se integran para favorecer su bienestar, así como la gestión de recursos y el desarrollo de actuaciones en materia de protección a la infancia.

c) La atención a las drogodependencias y adicciones; y la incorporación social para la atención a colectivos excluidos o en riesgo de exclusión social.

De acuerdo con estos fines la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, en estas materias ejercerá y desarrollará las competencias, funciones y actuaciones que le confieran sus Estatutos, la Consejería a la que se adscriba la Agencia y las demás normas habilitantes que le puedan ser de aplicación.

5. Los recursos económicos de la Agencia serán los que se determinen en la normativa aplicable a las agencias públicas empresariales.

Artículo 19. Subrogación.

1. El proceso de aprobación de

los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía se tramitará simultáneamente a la extinción de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y de la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social, de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

2. El Decreto de aprobación de los Estatutos establecerá el régimen de subrogación de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que son titulares la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social.

Sección 7.ª Medidas de organización en materia de cultura

Artículo 20. Personalidad, adscripción, régimen jurídico, fines y recursos económicos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales.

1. Se crea la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales como agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre. La Agencia Andaluza de Instituciones Culturales tendrá personalidad jurídica pública diferenciada y plena capacidad jurídica y de obrar, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos previstos en la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

2. La Agencia se adscribirá a la Consejería o Consejerías que se establezca por el Consejo de Gobierno.

3. La Agencia se rige por el presente Decreto-Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por sus Estatutos, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y por las demás normas generales aplicables a las agencias públicas empresariales.

4. Son fines generales de la Agencia:

a) La investigación, gestión, fomento, formación y divulgación de las artes plásticas, las artes combinadas, las letras, el teatro, la música, la producción fonográfica, la danza, el folclore, el flamenco, la cinematografía y las artes audiovisuales y el desarrollo, comercialización y ejecución de programas, promociones y actividades culturales, por sí o mediante la colaboración o cooperación con otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.

b) La programación, ejecución y seguimiento de inversiones en materia de infraestructuras y equipamientos culturales.

c) El establecimiento de mecanismos de cooperación y colaboración con otros entes públicos o privados para el impulso y promoción de la cultura.

d) Las demás funciones que se le atribuyan en sus Estatutos, o que le sean encomendadas por la Consejería a la que se adscriba la Agencia, en relación con las instituciones, equipamientos e instalaciones culturales.

5. Los recursos económicos de la Agencia serán los que se determinen en la normativa aplicable a las agencias públicas empresariales.

Artículo 21. Extinción y subrogación.

1. Queda extinguido el Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, con efectos desde la fecha de constitución efectiva de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales.

2. El Decreto de aprobación de los Estatutos establecerá el régimen de subrogación de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales en las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de los que es titular el Instituto Andaluz de las Artes y las Letras.

Los bienes del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras se integrarán en el patrimonio de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales.

Sección 8.ª Medidas de organiza-

ción en relación con el medio ambiente y el agua

Artículo 22. Personalidad, adscripción, régimen jurídico y fines de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

1. Se crea la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía como agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre. La agencia pública empresarial Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía tendrá personalidad jurídica diferenciada y plena capacidad jurídica y de obrar, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión en los términos previstos en la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

2. La Agencia se adscribirá a la Consejería o Consejerías que se establezca por el Consejo de Gobierno.

3. La Agencia se rige por el presente Decreto-Ley, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por sus Estatutos, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y por las demás normas generales aplicables a las agencias públicas empresariales.

4. Son fines generales de la Agencia:

a) En materia de medio ambiente:

1.º La gestión y puesta en valor de toda clase de equipamientos, instalaciones, bienes muebles o inmuebles, incluidos montes públicos y redes de información, vigilancia y control ambiental, que le sean puestos a su disposición con motivo de las encomiendas de gestión que reciba o le sean adscritos.

2.º La realización de toda clase de programas, ejecución de equipamientos e instalaciones y, en general, de actuaciones ambientales en el medio natural y urbano, así como en relación con el cambio climático; la colaboración en la gestión de los programas de ayuda; la prestación de servicios relacionados con emergencias ambientales, incluidos los de prevención y extinción

de incendios, en los términos que se establezcan en sus Estatutos.

b) En materia de agua:

1.º La adquisición, construcción, conservación, mantenimiento y mejora de obras, equipamientos e instalaciones hidráulicas con motivos de las encomiendas de gestión que reciba.

2.º La gestión y mantenimiento de las redes de información, vigilancia y control, así como la realización de actuaciones relacionadas con el dominio público hidráulico y la calidad del medio hídrico en los términos que se establezcan en sus Estatutos.

Artículo 23. *Recursos económicos.*

1. Los recursos económicos de la Agencia serán los que se determinen en la normativa aplicable a las agencias públicas empresariales.

2. Sin perjuicio de aquellas actuaciones que se financien mediante transferencias de financiación u otros modos de financiación establecidos en las sucesivas leyes del Presupuesto de la Junta de Andalucía, el importe de las actuaciones que la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía lleve a cabo por encomienda de gestión se podrá determinar aplicando a las unidades ejecutadas con sus propios medios las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Consejería competente en materia de medio ambiente y agua. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de los trabajos realizados.

Artículo 24. *Extinción de entidades y subrogación.*

1. Queda extinguida la Agencia Andaluza del Agua, con efectos desde la fecha de constitución efectiva de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

2. La Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, desde la

entrada en vigor de sus Estatutos, quedará subrogada en todas las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de los que es titular la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A. El régimen de subrogación de la Agencia en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Agencia Andaluza del Agua se establecerá en el Decreto de aprobación de los Estatutos.

Los bienes de la Agencia Andaluza del Agua se incorporarán al Patrimonio de la Comunidad Autónoma. Sin perjuicio de lo anterior, para la mejor gestión de dichos bienes se podrán adscribir a la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

3. El proceso de aprobación de los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía se tramitará simultáneamente a la extinción de la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A., de acuerdo con el artículo 50.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y a la modificación de la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente para integrar en la misma las funciones de la Agencia Andaluza del Agua no asumidas por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

CAPÍTULO III

Medidas para la dinamización del patrimonio agrario de Andalucía

Sección 1.ª De los bienes del Instituto Andaluz de Reforma Agraria adjudicados en concesión administrativa a particulares, y de las medidas para facilitar el acceso a la propiedad

Subsección 1.ª De las personas concesionarias sin derecho de acceso a la propiedad

Artículo 25. *Del acceso a la propiedad.*

1. Aquellas personas adjudicatarias de explotaciones agrarias constituidas por el Instituto Andaluz de Refor-

ma Agraria, en adelante IARA, que se encuentren en régimen de concesión administrativa, otorgada al amparo del artículo 57 de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, podrán acceder a la propiedad sobre las mismas, en el plazo y con las condiciones que se establecen en los artículos 26 y 27.

2. Será requisito indispensable para el acceso de las personas concesionarias a la propiedad que las tierras adjudicadas tengan un uso agrario, quedando expresamente excluidas de lo dispuesto en el presente capítulo aquellas parcelas que, por encontrarse acogidas a la retirada de cultivo, por haber sido forestadas, o encontrarse en proceso de forestación, por estar afectadas por un cambio de clasificación en el planeamiento urbanístico actualmente vigente o en proceso de aprobación, o por cualesquiera otras circunstancias, sufrieren una alteración, actual o potencial, de su destino agrícola.

Artículo 26. Solicitantes.

1. Podrán solicitar el acceso a la propiedad las personas físicas o jurídicas, titulares originarios de la concesión administrativa, o sus causahabientes.

A los solos efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considerarán vigentes, en situación de prórroga tácita, aquellas concesiones cuyas personas adjudicatarias se hubieren mantenido en el cultivo de la explotación, tras la finalización del plazo por el que inicialmente fueron adjudicadas, siendo poseedores pacíficos, públicos y de buena fe.

1. Las solicitudes se presentarán preferentemente ante la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de agricultura en cuyo ámbito territorial se encuentre ubicado el bien, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que

procederá a tramitar el correspondiente procedimiento, y remitirlo junto con la propuesta a los servicios centrales de la Consejería competente en materia de agricultura para su resolución.

2. El plazo de presentación de solicitudes será de doce meses, a contar desde el día siguiente al de la entrada en vigor del presente Decreto-Ley.

3. Las entidades asociativas adjudicatarias habrán de acompañar a su solicitud la documentación acreditativa de su personalidad jurídica, así como de su composición actual.

En el supuesto en que dicha personalidad jurídica hubiera podido verse afectada por lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, y fuese posible su reactivación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de dicha norma, deberá efectuarse dicha reactivación con carácter previo a la tramitación del expediente administrativo de transmisión de acceso a la propiedad.

Si no fuese posible la reactivación, o se hubiese producido la pérdida de la personalidad jurídica por efecto de una sanción administrativa, podrá reconocerse como sucesora en la concesión administrativa a una nueva entidad que al efecto se constituya por los socios de la entidad inicial que se hubieren mantenido en el cultivo de la explotación.

1. En los supuestos del apartado anterior, si el número de miembros de las entidades asociativas concesionarias hubiere disminuido con respecto a la composición originaria, la Consejería competente en materia de agricultura requerirá a la entidad asociativa para que, en el plazo que al efecto se les otorgue, integren nuevos socios, hasta completar el número inicial. Estos nuevos socios deberán poder justificar su condición de persona agricultora al menos en los cinco años anteriores. De no verificarse dicha integración, la

Administración queda facultada para disminuir la superficie de la explotación, adaptándola a la composición actual.

2. La competencia para resolver el procedimiento corresponderá a la persona titular de la presidencia del IARA, y cuando se produzca la extinción de la citada entidad, a la persona titular de la Consejería competente en materia de agricultura, a propuesta de la Delegación Provincial de la referida Consejería, que corresponda.

El plazo máximo para dictar la resolución y notificarla a las personas interesadas será de seis meses, a contar desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar la entrada de la solicitud en el registro de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de agricultura. Transcurrido dicho plazo sin que hubiere recaído resolución sobre la solicitud, se podrá entender aquélla desestimada por silencio, sin perjuicio de la obligación de resolver, establecida en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículo 27. Condiciones del acceso a la propiedad.

1. Para el acceso a la propiedad se concederá un plazo máximo de tres años, a partir de la notificación de la resolución reconociendo el derecho, durante los cuales las personas concesionarias habrán de amortizar el precio de la adjudicación abonando un interés del 3,5 por ciento durante el segundo y tercer año.

1. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las personas concesionarias que así lo deseen podrán obtener el título de propiedad en cualquier momento desde el reconocimiento del derecho, mediante la liquidación anticipada del precio.

2. Las personas concesionarias a quienes se otorgue el derecho de acceso a la propiedad, quedarán autorizadas para constituir hipoteca sobre las fincas objeto de la enajenación.

Artículo 28. Valor de enajenación.

1. El valor de enajenación se determinará por el sistema de capitalización del rendimiento atribuido a las mismas.

2. Al valor de enajenación calculado conforme al apartado anterior le será aplicada una reducción en función de criterios de antigüedad, según los distintos tipos de ocupación de los lotes, generación de empleo cuantificada en unidad de trabajo agrario por encima de unos mínimos, así como esfuerzo inversor efectuado por el solicitante, excluidas las ayudas públicas recibidas.

Estos criterios de reducción se aplicarán mediante una modulación que será establecida por Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de agricultura, que será publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Las reducciones correspondientes a los criterios anteriores podrán ser acumulativas, no pudiendo superarse en ningún caso una reducción total del valor de enajenación superior al 65 por ciento.

3. Del precio a liquidar así determinado, se descontarán los cánones abonados por las personas adjudicatarias durante el periodo en que se hubiere mantenido la concesión administrativa sin derecho de acceso a la propiedad.

Las cantidades adeudadas en concepto de canon que hubieran prescrito, serán dadas de baja en las cuentas del IARA.

Artículo 29. Limitaciones a la libre disposición de los bienes.

1. La enajenación, división o segregación inter vivos de la explotación, en el plazo de veinticinco años a contar desde la firma de la escritura pública de transmisión de la propiedad, conllevará la pérdida del derecho a las reducciones del valor de enajenación que fueron contempladas en el apartado 2 del artículo anterior. A tal efecto, en el Título de

Dominio constarán las garantías suficientes, mediante condición resolutoria expresa, por plazo de veinticinco años, para la devolución a la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía de la parte que se dedujo del valor total de enajenación calculado conforme al apartado 1 del artículo anterior. Asimismo, se harán constar, diferenciadas, las cantidades correspondientes a las reducciones contempladas en el apartado 2 del artículo anterior, que serían objeto de devolución.

2. Las cantidades que, en aplicación del párrafo anterior, debieran ser ingresadas a la Hacienda Pública lo serán incrementadas en el interés legal del dinero por el plazo transcurrido desde la entrega del Título de Dominio del bien a la persona interesada hasta la fecha de modificación de este Título de Dominio.

3. Quedarán excluidas de la limitación establecida en el presente artículo, las aportaciones al capital, o la disposición por cualquier otro título, de los bienes transmitidos por el IARA, a favor de entidades asociativas, en las que se integren como socios las personas titulares de aquéllos, siempre que, en la escritura pública de transmisión de la propiedad que al efecto se otorgue, la entidad que adquiera los bienes se subrogue expresamente en la obligación de devolución a la Hacienda Pública de las reducciones del valor de enajenación, con los intereses legales, consignada en los dos apartados anteriores, cuando tenga lugar alguno de los hechos contenidos en los mismos dentro de los veinticinco años de la transmisión a que se refiere el apartado 1.

Subsección 2.^a De las personas concesionarias con derecho de acceso a la propiedad

Artículo 30. *Bonificaciones para la liquidación anticipada de lotes.*

Aquellas personas adjudicatarias de explotaciones agrarias u otros bie-

nes del IARA, que tuvieran reconocido el derecho de acceso a la propiedad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, que aprueba el Texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario o del artículo 59 de la Ley 8/1984, de 3 de julio, y liquidasen las cantidades adeudadas al IARA dentro del año siguiente a contar desde la entrada en vigor de la presente disposición, quedarán exentas del abono de los gastos notariales devengados por el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, que serán asumidos por el IARA.

Artículo 31. *Supresión de la tutela administrativa.*

A partir de la entrada en vigor de este Decreto-Ley, las adquisiciones, anteriores y posteriores, de bienes del IARA por parte de las personas adjudicatarias quedarán exentas de la aplicación del régimen de autorizaciones que establecen los apartados 1 y 3 del artículo 28 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, que aprueba el Texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, con la modificación introducida por la disposición final segunda de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, de forma que las personas adquirentes podrán disponer libremente de sus explotaciones, sin más limitaciones de las que resulten de la aplicación de la normativa en materia de régimen de unidades mínimas de cultivo o de las cargas que se establezcan en garantía de las cantidades que pudieran quedar pendientes de pago, por razón de la enajenación o de la ulterior liquidación de obras.

Los propietarios de bienes enajenados por el IARA en cuyas escrituras figure esta limitación quedan autorizados a solicitar la cancelación de la misma ante los Registros de la Propiedad correspondientes.

Artículo 32. *Transmisión mortis causa de la explotación.*

En caso de fallecimiento de la persona concesionaria que, hallándose en disposición de acceder a la propiedad de la explotación de conformidad con lo previsto en el artículo 34 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, no hubiera solicitado el otorgamiento de escritura de propiedad a su favor, y en defecto de cónyuge viudo o de designación testamentaria de persona que le suceda en la concesión, podrá autorizarse el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa en proindiviso, a favor de las personas herederas de aquélla.

Sección 2.^a De la finalización de las adjudicaciones vigentes y recuperación de bienes del IARA

Artículo 33. *Bienes no solicitados por las personas concesionarias.*

1. Las concesiones administrativas sin derecho de acceso a la propiedad, cuyos titulares no se acojan a lo dispuesto en la Subsección 1.^a de la Sección 1.^a del presente Capítulo dentro de los plazos conferidos al efecto, o que no pudieran acceder a la propiedad por no cumplir los requisitos para ello, o por motivos no imputables a la Administración, no hayan podido finalizar el procedimiento acorde a sus intereses, no podrán acogerse a beneficios futuros para el acceso a la propiedad de la explotación agraria, pudiendo la Administración iniciar actuaciones para el rescate de la concesión administrativa.

2. En el supuesto en que se comprobase el incumplimiento de sus obligaciones por parte de las personas concesionarias, la Administración iniciará de inmediato los correspondientes expedientes de caducidad, indemnizando a las personas adjudicatarias por las mejoras realizadas útiles y autorizadas por la

Administración, siempre que aquéllas subsistan y se justifique su importe, deducidas las ayudas y subvenciones recibidas, así como las deudas pen-

dientes, procediéndose a continuación a su desalojo.

3. Si el plazo inicial por el que tales concesiones fueron otorgadas, se hubiere cumplido, sin que hubiere mediado prórroga expresa, y transcurrido el plazo previsto, la Administración competente procederá a requerir a las personas adjudicatarias para que desalojen las fincas, indemnizando, en su caso, a aquéllas, por las mejoras realizadas útiles y autorizadas por la Administración, siempre que subsistan y se justifique su importe, deducidas las ayudas y subvenciones recibidas, así como las deudas pendientes.

Artículo 34. *Bienes no solicitados por sus ocupantes no concesionarios.*

1. Las adjudicaciones en cultivo provisional, otorgadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 23.3 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, que aprueba el Texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto-Ley, cuyos titulares no se hayan acogido a lo dispuesto en el Decreto 192/1998, de 6 de octubre, por el que se regula el régimen de disposición de bienes del Instituto Andaluz de Reforma Agraria, o que no pudieran acceder a la propiedad por no cumplir los requisitos para ello, no serán renovadas, requiriéndose a las personas cultivadoras para que procedan al desalojo, previa indemnización, en su caso, por las mejoras útiles realizadas en la finca por aquéllas, siempre que subsistan y se justifique su importe, una vez deducidos los gastos originados por sus ocupantes sufragados por el IARA.

2. Asimismo, a las personas arrendatarias históricas de bienes del IARA que no ejercitaron en plazo el derecho de acceso a la propiedad que les concedía el artículo 2.2 de la

Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, la Administración agraria les concederá

un plazo para solicitar la enajenación a su favor al amparo de lo dispuesto en el Decreto 192/1998, de 6 de octubre.

A quienes no accedan a la propiedad por esta vía, por no haberlo solicitado, o no haber formalizado la escritura de compraventa por causa que les fuera imputable, la Administración procederá a notificarles la finalización del contrato de arrendamiento, y a requerirles para que procedan al desalojo.

Sección 3.ª De los bienes no ocupados por terceras personas propiedad del Instituto Andaluz de Reforma Agraria

Artículo 35. *Del destino de los bienes no ocupados por terceras personas propiedad del IARA.*

Las tierras, bienes y derechos propiedad del IARA que no estuviesen ocupados por terceras personas a la fecha de entrada en vigor de este Decreto-Ley, y los que puedan quedar en esa situación en lo sucesivo, se podrán destinar a potenciar aquellas actuaciones que permitan su puesta en valor, mediante la cesión a entidades públicas para fines de interés general o enajenación a entidades públicas o personas físicas y jurídicas de carácter privado, conforme al procedimiento previsto en el Decreto 192/1998, de 6 de octubre, para destinarlos tanto a fines agrarios como a aquellos otros fines y usos compatibles que permitan la modernización y mejora del medio rural y las condiciones de vida de la población, así como aquellos fines que favorezcan el empleo en el medio rural. Ello incluye devolver al tráfico jurídico el patrimonio rústico cuyo uso hubiere devenido urbano en virtud de los correspondientes instrumentos de planeamiento, aprobados por los órganos competentes en la materia.

Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 36. *De la explotación provisional de las tierras vacantes.*

En tanto no se resuelva sobre el destino de las tierras propiedad del IARA no ocupadas por terceras personas, las mismas serán explotadas por la Consejería competente en materia de agricultura.

Disposición adicional primera. Configuración de las agencias públicas empresariales.

A partir de la entrada en vigor del presente Decreto-Ley, son agencias públicas empresariales de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre:

a) La Agencia Andaluza de Cooperación Internacional al Desarrollo.

b) El Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico.

Disposición adicional segunda. Autorización singular.

Se faculta a la persona titular de la Consejería competente en materia de patrimonio para la enajenación directa y a título oneroso a la «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.» y a la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» de los bienes inmuebles, cualquiera que sea su valor, que autorice el Consejo de Gobierno durante 2010, de conformidad con la disposición adicional segunda de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo, se autoriza a las citadas Sociedades al endeudamiento necesario para la adquisición de los referidos inmuebles, atendido el valor que se dé a los mismos mediante la oportuna tasación y el de los gastos que la adquisición suponga.

Se autoriza la celebración de contratos de arrendamiento de hasta treinta y cinco años de duración por parte de la Consejería competente en materia de patrimonio para la utilización, por parte de los Departamentos de la Administración de la Junta de Andalucía y

Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes, de los inmuebles adquiridos por la «Sociedad de Gestión, Financiación e Inversión Patrimonial, S.A.» y por la «Empresa Pública de Gestión de Activos, S.A.» al amparo de la autorización prevista en el párrafo anterior.

Disposición adicional tercera. Aprobación de Estatutos y conclusión de operaciones jurídicas.

1. Los Estatutos de las entidades instrumentales y la modificación de las estructuras orgánicas de las Consejerías a las que afecta este Decreto-Ley deberán aprobarse y publicarse antes del 31 de diciembre de 2010. Antes de la misma fecha habrán de concluirse todas las operaciones jurídicas derivadas del mismo.

2. La constitución efectiva de las agencias públicas empresariales creadas mediante el presente Decreto-Ley, así como de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, tendrá lugar en la fecha de entrada en vigor de sus respectivos Estatutos.

Disposición adicional cuarta. Régimen de integración del personal.

En los casos en que, como consecuencia de la reestructuración del sector público andaluz establecida en el presente Decreto-Ley, se produzca la supresión de centros directivos de Consejerías o la extinción de entidades instrumentales públicas o privadas en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquéllas se realizará de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública, y que aplicará las siguientes reglas:

a) La integración del personal funcionario en una agencia pública empresarial será voluntaria. El personal funcionario que se integre como laboral quedará en sus Cuerpos en la situación administrativa de servicios en entidades del sector público andaluz. En caso contrario permanecerá en servicio activo.

Al personal funcionario que se integre en una agencia pública empresarial como personal laboral se le considerará como mérito el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo.

A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad.

Asimismo, cuando reingrese al servicio activo, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de trienios.

b) El personal laboral procedente de las entidades suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, y en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración. De igual forma se procederá en relación con el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía que ocupe puestos de trabajo en las Consejerías afectadas por la reestructuración realizada por este Decreto-Ley, y que desempeñe funciones que sean asumidas por la entidad resultante.

c) El personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía que se integre en una nueva entidad por aplicación del presente Decreto-Ley, podrá participar en las convocatorias de concursos de traslados que se realicen para el personal laboral al que le sea de aplicación el Convenio Colectivo del personal laboral

de la Administración General de la Junta de Andalucía durante los cinco años siguientes a la fecha de integración en la nueva entidad.

d) Los convenios colectivos aplicables a las entidades extinguidas o transformadas y a la Administración General de la Junta de Andalucía seguirán rigiendo los derechos y obligaciones del personal laboral procedente de dichas entidades

o de la citada Administración, en tanto se apruebe un nuevo convenio aplicable al mismo.

e) La masa salarial del personal laboral al servicio de la nueva entidad no podrá superar, como consecuencia de la reordenación regulada por este Decreto-Ley, la del personal de las entidades que se extingan o se transformen.

f) El referido protocolo de integración se aprobará previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal y se someterá a informe de los órganos correspondientes de la Consejería competente en materia de Hacienda.

Disposición adicional quinta. Medios propios.

1. Las agencias creadas o transformadas de acuerdo con el presente Decreto-Ley son medio propio de la Administración de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de que también puedan serlo de otras Administraciones Públicas cuando así se disponga en sus estatutos.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.6, párrafo tercero, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, las agencias tienen la consideración de medio propio instrumental y servicios técnicos de la Administración de la Junta de Andalucía y de los poderes adjudicadores dependientes de ella, estando obligadas a realizar los trabajos que éstos les encomienden en las materias propias de su objeto y fines,

de acuerdo con el régimen legal de las encomiendas de gestión establecido por la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dichos trabajos podrán realizarse mediante modelos de colaboración público-privada en la financiación. Las agencias no podrán participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores dependientes de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Disposición adicional sexta. Enajenación de bienes inmuebles adquiridos por la Empresa Pública de Suelo de Andalucía.

La enajenación de bienes inmuebles adquiridos por la Empresa Pública de Suelo de Andalucía con la finalidad de devolverlos al tráfico jurídico, garantizar las reservas que tengan que constituir en cumplimiento de sus normas específicas o responder de los avales que puedan prestar de acuerdo con lo establecido en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, exigirá, además de lo previsto en sus normas propias, comunicación previa a la Consejería competente en materia de Hacienda, que se complementará con un informe-resumen trimestral de las enajenaciones del periodo, salvo que el valor del bien supere la cantidad de seis millones de euros o de veinte millones de euros, en cuyo caso se requerirá previa autorización del Consejo de Gobierno o de una Ley, respectivamente.

Disposición adicional séptima. Reapertura del plazo del Decreto 293/2002, de 3 de diciembre.

Se establece un nuevo plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del presente Decreto-Ley, para solicitar la enajenación de bienes del IARA al amparo de lo dispuesto en el Decreto 293/2002, de 3 de diciembre, por el que se establece el régimen de enaje-

nación de determinadas explotaciones agrarias y otros bienes accesorios, pudiendo acogerse al mismo aquellas personas poseedoras que, cumpliendo los requisitos previstos en dicho Decreto, así lo soliciten y demuestren encontrarse en posesión de los bienes correspondientes con anterioridad al 1 de junio de 2005.

Disposición adicional octava. División de las explotaciones agrarias comunitarias.

Con carácter previo al otorgamiento de las escrituras públicas de transmisión de la propiedad de las explotaciones agrarias comunitarias, a favor de las personas jurídicas titulares de la concesión administrativa, la Administración podrá autorizar la segregación de las tierras que componen la explotación, adjudicando y facilitando a cada miembro, el acceso a la propiedad, a título individual, de la parte proporcional de la misma que le corresponda, en las condiciones que establece el Capítulo III.

Disposición adicional novena. Venta con precio aplazado.

Las enajenaciones que se realicen al amparo de lo dispuesto en la presente Ley, así como por aplicación de los Decretos 192/1998, de 6 de octubre, por el que se regula el régimen de disposición de bienes del Instituto Andaluz de Reforma Agraria y 293/2002, de 3 de diciembre, gozarán de la posibilidad prevista en el apartado 3 del artículo 34 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el Texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, así como en el artículo 177 del Decreto 402/1986, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Reforma Agraria, pudiendo quedar aplazado el pago de las cantidades que se fijen en concepto de precio, garantizándose aquél mediante hipoteca a favor de la Hacienda Pública, previa autorización por resolu-

ción del órgano correspondiente de la Consejería competente en materia de agricultura.

Disposición transitoria primera. Régimen transitorio de operaciones de crédito.

Durante la vigencia de la Ley 5/2009, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010, se aplicará a la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía el régimen de operaciones de crédito por plazo inferior a un año actualmente vigente para «Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A.» con objeto de cubrir sus necesidades transitorias de tesorería. Las operaciones y, en su caso, la subrogación en las actuales deberán ser autorizadas por la Consejería competente en materia de Hacienda.

Disposición transitoria segunda. Régimen transitorio de las entidades instrumentales públicas que se extinguen.

Hasta que se produzca la constitución efectiva de las agencias creadas mediante el presente Decreto-Ley, las entidades instrumentales públicas que se extinguen como consecuencia de dicha creación seguirán actuando conforme a lo establecido en su normativa reguladora.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

1. Quedan derogadas cuantas normas contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, las siguientes:

a) La disposición adicional primera de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras.

b) Los artículos 48 a 58 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

c) El Capítulo VIII del Título II y el Título III de la Ley 8/1984 de 3 de julio, de Reforma Agraria y concordantes del Reglamento para su ejecución. Ello, sin perjuicio de que aquellas concesiones administrativas constituidas al amparo del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el Texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y de la Ley 8/1984, de 3 de julio, continúen rigiéndose por la normativa vigente al tiempo de su constitución, salvo lo dispuesto en la Sección 5ª del Capítulo II del presente Decreto-Ley.

d) La disposición adicional sexta de la 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, de autorización para la creación de la Agencia para la Atención a la Dependencia en Andalucía.

2. Al tiempo de la constitución efectiva e inicio de las actividades de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía quedarán derogadas las siguientes disposiciones:

a) El artículo 67 de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras Entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros.

b) El artículo 34 de la Ley 17/1999, de 28 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

Disposición final primera. Desarrollo reglamentario.

1. El desarrollo reglamentario de este Decreto-Ley se llevará a efecto de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 112 y 119.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y 44 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Se faculta a la persona titular de la Consejería de Agricultura y Pesca para el desarrollo reglamentario, mediante Orden, de lo dispuesto en la Subsección 3ª de la Sección 5ª del Capítulo II, referida a las Cámaras Agrarias y en el Capítulo III, relativo a las medidas para la dinamización del patrimonio agrario de Andalucía, del presente Decreto, en lo que concierne a los aspectos procedimentales.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

El presente Decreto-Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 27 de julio de 2010

JOSÉ ANTONIO GRIÑÁN MARTÍNEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

CARMEN MARTÍNEZ AGUAYO
Consejera de Hacienda y
Administración Pública

CONSEJERÍA DE EMPLEO

DECRETO 308/2010, de 15 de junio, por el que se determina el Calendario de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011.

El artículo 37.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, establece en su párrafo primero, con carácter ge-

neral, un máximo de catorce fiestas laborales al año, con carácter retribuido y no recuperable, de las cuales dos serán locales, debiendo respetarse, en todo caso, como fiestas de ámbito nacional

las de Natividad del Señor, 25 de diciembre, Año Nuevo, 1 de enero, Fiesta del Trabajo, 1 de mayo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España.

El párrafo segundo de la citada norma prevé, respetando las fiestas anteriormente relacionadas, la posibilidad de que el Gobierno del Estado traslade a los lunes las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, siendo, en todo caso, objeto de traslado al lunes inmediatamente posterior el descanso laboral correspondiente a las fiestas que coincidan con domingo.

El párrafo tercero del referido precepto faculta a las Comunidades Autónomas, dentro del límite anual de catorce días festivos, para sustituir las fiestas de ámbito nacional que se determinen reglamentariamente y aquellas que se trasladen a lunes, por fiestas que por tradición le sean propias, pudiendo hacer uso de la facultad de traslado a los lunes de las fiestas que tengan lugar entre semana.

El artículo 45 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de jornadas de trabajo, jornadas especiales y descansos, determina las fiestas de ámbito nacional y los procedimientos de sustitución de las mismas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.3 se ha estimado conveniente para la Comunidad Autónoma de Andalucía que, de las fiestas de ámbito nacional que se pueden sustituir por otras propias, mantener las celebraciones correspondientes a la Epifanía del Señor, 6 de enero, y Jueves Santo, 21 de abril, por ser tradicionales de Andalucía, y no realizar la opción correspondiente entre las fiestas de San José, 19 de marzo, y Santiago Apóstol, 25 de julio, sustituyendo dicha opción por la fiesta correspondiente al 28 de febrero, Día de Andalucía, en aplicación del Decreto 149/1982, de 15 de diciembre, que declaró dicha fecha inhábil a efectos laborales y con carácter permanente en nuestra Comunidad Autónoma.

En relación a las fiestas correspondientes al 1 de mayo, Fiesta del Trabajo, y 25 de diciembre, Natividad del Señor, al coincidir con domingo, han de trasladarse al lunes inmediato posterior, 2 de mayo y 26 de diciembre.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Empleo y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 15 de junio de 2010,

DISPONGO

Artículo 1. *Fiestas propias de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011.*

Para el año 2011 se declaran fiestas propias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, además del 28 de febrero, Día de Andalucía, las festividades de la Epifanía del Señor, el 6 de enero, y del Jueves Santo, 21 de abril.

Artículo 2. *Calendario de Fiestas Laborales para el año 2011.*

Consecuentemente, el Calendario de Fiestas Laborales para el año 2011 de la Comunidad Autónoma de Andalucía es el que como Anexo se incorpora al presente Decreto.

Artículo 3. *Fiestas locales.*

La propuesta de cada municipio de hasta dos fiestas locales se realizará ante la Consejería de Empleo, en la forma prevista en la Orden de la Consejería de Trabajo de 11 de octubre de 1993, por la que se regula el procedimiento para la determinación de las fiestas locales.

Disposición final única. 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, 15 de junio de 2010

JOSÉ ANTONIO GRIÑÁN MARTÍNEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE EMPLEO**ORDEN de 15 de julio de 2010, de creación y regulación de nuevos ficheros de datos de carácter personal.**

El artículo 20.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, establece que la creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones Públicas solo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el Boletín Oficial del Estado o Diario Oficial correspondiente.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 39.2 de la citada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y los artículos 55 y siguientes de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, los ficheros de titularidad de las Administraciones Públicas serán objeto de inscripción en el Registro General de Protección de Datos. Sin perjuicio de esta inscripción, los ficheros de las Comunidades Autónomas podrán además inscribirse en sus propios registros de ficheros que, de conformidad con el artículo 41.2 de la mencionada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, pueden crear y mantener para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre los mismos.

De acuerdo con el artículo 54 del citado Reglamento, la disposición o acuerdo de creación deberá recoger la identificación del fichero y su finalidad, el origen de los datos y colectivos sobre los que se pretenda obtener datos o que resulten obligados a suministrarlos, procedimiento de recogida de los datos, estructura básica del fichero y el sistema de tratamiento utilizado en su organización, en su caso las comunicaciones de datos y las transferencias internacionales previstas, el órgano de la Administración responsable del fichero, los servicios o unidades ante los que pueden ejercitarse los derechos

de acceso, rectificación, cancelación y oposición y el nivel de seguridad exigible según el Título VIII del reiterado Reglamento. Asimismo la disposición o acuerdo de modificación del fichero deberá indicar las modificaciones producidas en cualquiera de los extremos indicados.

Actualmente, los ficheros de carácter personal existentes en la Consejería de Empleo se regulan mediante Orden de 5 de noviembre de 2009, de creación, modificación y supresión de ficheros de datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Empleo.

Desde entonces nuevas necesidades han surgido para posibilitar la adecuada gestión de las competencias atribuidas a dicha Consejería, por lo que resulta necesaria la creación de nuevos ficheros de datos de carácter personal.

En su virtud, y en uso de las atribuciones que me confiere el artículo 26.2.m) de la Ley 9/2007, de 22 octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y al objeto de dar cumplimiento al citado artículo 20.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre,

DISPONGO

Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación.*

La presente Orden tiene por objeto la creación y regulación de los ficheros de datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Empleo, incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

Artículo 2. *Adopción de medidas.*

Las personas titulares de los órganos responsables de cada fichero adoptarán las medidas necesarias para asegurar la confidencialidad, seguridad e integridad de los datos, así como las conducentes a hacer efectivas las demás garantías, obligaciones y derechos reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en las demás normas vigentes.

Artículo 3. Cesiones de datos.

1. La Consejería de Empleo solo podrá ceder a otras Administraciones Públicas los datos contenidos en los ficheros de datos de carácter personal, de conformidad con lo previsto en los artículos 11 y 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

2. En los mismos términos establecidos en el apartado anterior, se podrán ceder al Instituto de Estadística de Andalucía para fines estadísticos y de acuerdo con la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los datos contenidos en los ficheros cuando aquel lo demande.

Artículo 4. Prestación de servicios de tratamiento de datos.

1. La Consejería de Empleo podrá celebrar contratos para el tratamiento de datos con estricto cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, respecto a las garantías y protección de las personas titulares de los datos.

2. Quienes por cuenta de la Consejería de Empleo presten servicios de tratamiento de datos de carácter personal realizarán las funciones encomendadas conforme a las instrucciones de la persona titular del órgano, unidad o servicio responsable del tratamiento y así se hará constar en el contrato que con tal finalidad se celebre, donde también habrá de figurar que los datos no

se aplicarán o utilizarán con fines distintos a los que figuren en el contrato, ni se comunicarán, ni siquiera para su conservación, a otras personas, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

Artículo 5. Derecho de oposición, acceso, rectificación y cancelación de datos.

Las personas o colectivos afectados por el contenido de los ficheros podrán ejercitar sus derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación de datos, cuando proceda, ante la unidad o servicio que para cada fichero se determina en el Anexo de esta Orden.

Artículo 6. Creación de nuevos ficheros.

Se crean nuevos ficheros de datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Empleo, de acuerdo con la descripción que figura en el Anexo de la presente Orden.

Disposición adicional única. Inscripción de los ficheros en el Registro General de Protección de Datos.

Los ficheros relacionados en el Anexo de esta Orden serán notificados a la Agencia Española de Protección de Datos por la Consejería de Empleo para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, mediante el traslado, a través del modelo normalizado elaborado al efecto por la Agencia, de una copia de la presente norma.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta Orden.

Disposición final primera. Desarrollo y ejecución.

Se faculta a la persona titular de la Secretaría General Técnica para que dicte cuantos actos e instrucciones sean necesarios para el desarrollo, cumplimiento y ejecución de la presente Orden.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 15 de julio de 2010

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

ORDEN de 15 de julio de 2010, por la que se delegan las competencias que se citan en distintos órganos.

El Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías, en su artículo 7 mantiene las competencias que corresponden a la Consejería de Empleo, atribuidas anteriormente por Decreto del Presidente 3/2009, de 23 de abril.

Razones de eficacia, celeridad y simplificación en el trámite y resolución de los expedientes administrativos, aconsejan adoptar medidas de racionalización y descentralización administrativa mediante la delegación del ejercicio de la competencia de resolución de las reclamaciones previas a la vía laboral en los órganos centrales y periféricos de esta Consejería.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 13.1 y la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en su artículo 101.1 prevén la posibilidad de delegar el ejercicio de las competencias que los órganos de las diferentes Administraciones tienen atribuidas, en otros órganos de la misma Administración.

En base a ello, se considera con-

veniente delegar el ejercicio de las competencias al principio reseñadas, para agilizar la gestión, en aras a una mayor eficacia.

DISPONGO

Artículo único. *Delegación de competencias.*

1. Delegar en la persona titular de la Viceconsejería de Empleo la resolución de las reclamaciones previas a la vía laboral en relación con el personal destinado en los Servicios Centrales.

2. Delegar en las personas titulares de las Delegaciones Provinciales la resolución de las reclamaciones previas a la vía laboral en relación con el personal destinado en el ámbito de sus respectivas provincias o que presten servicios en el ámbito provincial.

Disposición final única. Entrada en vigor. La presente Orden entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 15 de julio de 2010

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE EMPLEO

ORDEN de 14 de mayo de 2010, por la que se delegan determinadas competencias en materia de formación profesional para el empleo.

La Orden de esta Consejería de Empleo, de 23 de octubre de 2009, desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional

para el Empleo en Andalucía y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones y ayudas y otros procedimientos.

Esta Orden establece, en su artícu-

lo 70.4, que el Servicio Andaluz de Empleo, a través de la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo, inscribirá o acreditará de oficio en el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo a los Centros Públicos de Formación Profesional para el Empleo, regulados en el apartado a) del artículo 29 del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre.

Por otra parte, el artículo 51.1 de la Orden de 23 de octubre de 2009, atribuye la competencia para suscribir convenios de colaboración al Servicio Andaluz de Empleo en materia de prácticas profesionales no laborales, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 26.2, letra i), de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Por ello, es conveniente, en ambos casos, a efectos de agilizar en la mayor medida posible la tramitación de los mismos y por lógicas razones de cercanía territorial, delegar en las personas titulares de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo la competencia para la suscripción de convenios de colaboración con las entidades beneficiarias y las empresas donde se realicen las prácticas profesionales no laborales, así como la inscripción o acreditación de oficio en el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo de los Centros Públicos de Formación Profesional para el Empleo, regulados en el apartado a) del artículo 29 del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre.

Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 101 y

102 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y teniendo igualmente en consideración lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en uso de las facultades que me vienen conferidas por la vigente legislación,

DISPONGO

Artículo 1. *Delegar en las personas titulares de las respectivas Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo la competencia atribuida originariamente a la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo establecida en el artículo 70.4 de la Orden de esta Consejería de Empleo, de 23 de octubre de 2009, así como la competencia atribuida al Servicio Andaluz de Empleo en el artículo 51.1 de la misma Orden.*

Artículo 2. *Las resoluciones y todos los actos administrativos particulares y generales que se dicten en cumplimiento de esta Orden habrán de especificar expresamente esta circunstancia.*

Disposición final. Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 14 de mayo de 2010

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

