ESTRATEGIA EUROPEA, ESTADO AUTONÓMICO Y POLÍTICA DE EMPLEO

XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



INFORMES Y ESTUDIOS
GENERAL

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

MINISTERIO DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

RET. 08-2.249

Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo

COLECCION INFORMES Y ESTUDIOS
Serie General Núm. 21

Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo

XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Vigo, 10 y 11 de mayo de 2007

Catálogo general de publicaciones oficiales
http://www.060.es

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo e Inmigración
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mtin.es
Internet: www.mtin.es

NIPO: 201-08-115-1
ISBN: 978-84-8417-305-2
Depósito legal: M. 41079-2008
Réplica electrónica de publicación en papel

Fotocomposición e impresión: Fareso, S. A.
Paseo de la Dirección, 5. 28039 Madrid

ÍNDICE

Págs.

PRÓLOGO
Santiago González Ortega 13

Ponencia General

ESTRATEGIA EUROPEA, ESTADO AUTONÓMICO Y POLÍTICA DE EMPLEO
Jaime Cabeza Pereiro 25

Comunicaciones a la Ponencia General

DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO COMUNITARIO Y REGULACIÓN ESTATAL DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE LA CUESTIÓN
Adoración Guamán Hernández..... 75

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA EUROPEA PARA EL EMPLEO REVISADA: VALORACIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO
Marta Moreno Marcos 93

LA ADECUACIÓN DEL DIÁLOGO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA EUROPEA PARA EL EMPLEO EN ESPAÑA: ÚLTIMAS APORTACIONES SOBRE EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE SEGURIDAD Y FLEXIBILIDAD
Helena Ysàs Molinero 111

Págs.

VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO ADOPTADAS EN LAS DIFERENTES CUMBRES EUROPEAS DE EMPLEO
Salvador Perán Quesada 131

LOS PLANES DE ACCIÓN PARA EL EMPLEO DEL REINO DE ESPAÑA: CASI DIEZ AÑOS DE HISTORIA
Dulce María Cairós Barreto 147

LA FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA *«ANTICIPATIVA-PREVENTIVA»* DE LOS TRABAJADORES: UN OBJETIVO GENERAL DE LA POLÍTICA DE EMPLEO PENDIENTE DE DESARROLLO
David Moreno Mendoza 165

Ponencia Temática I

EL ENTRAMADO INSTITUCIONAL DEL EMPLEO EN LAS VERTIENTES PÚBLICA Y PRIVADA
Faustino Cavas Martínez 183

Comunicaciones a la Ponencia Temática I

¿ES FAVORABLE UNA SITUACIÓN LABORAL TRANSFRONTERIZA?: ANÁLISIS DEL TRABAJO EN LA EURORREGIÓN: GALICIA - NORTE DE PORTUGAL
Miriam Trillo Ojea 309

LAS EMPRESAS DE INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO LABORAL MARÍTIMO Y EL CONVENIO REFUNDIDO DE LA OIT SOBRE EL TRABAJO MARÍTIMO DE 2006
Olga Fotinopoulou Basurko 333

LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL EN CATALUÑA: ESTUDIO DE SU RÉGIMEN JURÍDICO
Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz 349

LAS EMPRESAS DE *TRAVAIL À TEMPS PARTAGÉ* FRANCESAS
Raúl Ayuso Mozas 367

EL MODELO ALEMÁN DE GESTIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO
Alberto Arufe Varela 383

CUESTIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL PROCESO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL
María Salas Porras y *Francisco Vila Tierno* 393

Págs.

EL TELETRABAJO COMO ELEMENTO DE POLÍTICA ACTIVA
Jordi García Viña 409

EL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO. EL PROCESO DE CREACIÓN Y LA GESTIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO
Carolina Serrano Falcón 427

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS QUE CONDENAN AL CUMPLIMIENTO DE LAS CLAÚSULAS CONVENCIONALES SOBRE BOLSAS DE EMPLEO
Margarita Tarabini-Castellani Aznar 445

LA CREACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE COLABORACIÓN EN LA GESTIÓN DEL EMPLEO: DE LA UNIDAD DE LOS SIPES A LA POSTERIOR DISGREGACIÓN
Jorge Torrents Margalef 471

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LOS ENTES LOCALES EN MATERIA DE EMPLEO. UN MODELO EN CONSTRUCCIÓN
Patricia Nieto Rojas 491

EL AGENTE DE EMPLEO Y DESARROLLO LOCAL: ACTOR Y DESTINATARIO DE POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO
Amanda Moreno Solana 509

Ponencia Temática II

LAS POLÍTICAS SELECTIVAS DE EMPLEO
María Fernanda Fernández López 525

Comunicaciones a la Ponencia Temática II

SÍNTESIS Y VALORACIÓN GENERAL DE LA POLÍTICA DE INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
Jesús Lahera Forteza 589

LA REGULACIÓN ESTATAL DEL EMPLEO CON APOYO: UN MECANISMO NECESARIO PARA EL EMPLEO NORMALIZADO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
Ricardo Esteban Legarreta 603

EL ENCLAVE LABORAL: ¿CESIÓN DE PERSONAL DISCAPACITADO O SUBCONTRATACIÓN CON CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO?
Mónica Llano Sánchez 621

Págs.

LOS ENCLAVES LABORALES COMO MEDIDA DE TRANSICIÓN AL EMPLEO ORDINARIO
Marta Navas-Parejo Alonso 641

LOS ENCLAVES LABORALES: ENTRE LA CONTRATA Y LA CESIÓN DE TRABAJADORES
Julio Cordero González 663

EL PAPEL DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO EN LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
Vanessa Cordero Gordillo 681

LAS POLÍTICAS DE EMPLEO P ARA LA CONSECUCIÓN DE LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS MUJERES: LA LUCHA CONTRA LA SEGREGACIÓN VERTICAL DE GÉNERO
Estefanía Rodríguez Santos 699

LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO CONTRAPRESTACIÓN EN LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO CONVENCIONALES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
Alberto Pastor Martínez 719

LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA PARA FAVORECER EL ACCESO AL EMPLEO DE LAS MUJERES MEDIANTE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
María Belén Fernández Collados 737

LA INSERCIÓN DE LOS JÓVENES PROFESIONALES CUALIFICADOS EN EL MERCADO DE TRABAJO
Rafael Álvarez Gimeno 753

LAS MEDIDAS DE EMPLEABILIDAD DE LOS P ARADOS DE LARGA DURACIÓN. ALGUNAS PROPUESTAS INNOVADORAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
Cristina Aragón Gómez 775

MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO PARA TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA
Nora María Martínez Yáñez 793

POLÍTICAS DE FOMENTO DEL EMPLEO, ESTRATEGIA DE PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA Y DISCRIMINACIÓN
Marta Fernández Prieto 813

Págs.

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA POLÍTICA DE EMPLEO PARA COLECTIVOS ESPECÍFICOS Y SU RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL
J. Alberto Nicolás Bernad 831

POLÍTICAS SELECTIVAS DE EMPLEO P ARA PERSONAS RESPONSABLES DEL CUIDADO FAMILIAR
María José Gómez-Millán Herencia 849

INCIDENCIA DEL EMPLEO DE INMIGRANTES EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL
María Dolores Valdueza Blanco 867

LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO APLICABLES A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN SU CONDICIÓN DE EMPRESARIO
Xavier Boltaina Bosch 885

ESCUELAS TALLER, CASAS DE OFICIOS Y TALLERES DE EMPLEO COMO VÍAS DE ACCESO/REINCORPORACIÓN AL MERCADO LABORAL
Iván Antonio Rodríguez Cardo 903

Ponencia Temática III

LAS POLÍTICAS PASIVAS DE EMPLEO EN ESP AÑA: EVOLUCIÓN Y PROYECCIONES FUTURAS
José Luis Gilolmo López 923

Comunicaciones a la Ponencia Temática III

LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS TRANSICIONES LABORALES REVERSIBLES: LA —DIFUSA— FRONTERA ENTRE LAS CATEGORÍAS DE TRABAJADOR/A Y PENSIONISTA
María Gema Quintero Lima 959

LA REFORMA EN LOS OBJETIVOS DE LAS POLÍTICAS PASIVAS DE EMPLEO
José Javier Orcaray Reviriego 979

FIJOS DISCONTINUOS Y DESEMPLEO AGRARIO: UN PANORAMA COMPLEJO
Francisco Javier Hierro Hierro 1001

Págs.

LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN DISPENSADA A LOS TRABAJADORES EN LOS SUPUEST OS DE INSOL VENCIA EMPRESARIAL. REFORMA DE LAS PRESTACIONES DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN LA LEY 43/2006, DE 29 DE DICIEMBRE
Javier Fernández-Costales Múñiz 1015

LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO A CIERTOS CARGOS PÚBLICOS Y A LOS CARGOS SINDICALES. RAZONES DE UNA INCLUSIÓN
Noemí Serrano Argüello 1037

LA CAPITALIZACIÓN POR DESEMPLEO Y EL TRABAJADOR AUTÓNOMO: BALANCE HISTÓRICO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO
Fernando Moreno de Vega y Lomo 1063

VALORACIÓN Y PROPUESTAS SOBRE LAS MEDIDAS O TÉCNICAS DE FOMENTO DEL AUTOEMPLEO RECOGIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL
María Begoña García Gil 1079

LA INTEGRACIÓN DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN EN LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR REAL DECRETO 1369/2006, DE 24 DE NOVIEMBRE
Francisco Javier Fernández Orrico 1089

EL CONTENIDO PRESTACIONAL DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN EN EL RD 1369/2006: ¿ENTRE LAS POLÍTICAS ACTIVAS Y PASIVAS DE EMPLEO?
Josep Moreno Gené 1105

NOVEDADES EN EL CONTENIDO NORMATIVO DEL PROGRAMA DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN
Rocío Molina González-Pumariega 1129

EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO O DOMÉSTICA
Ana María Romero Burillo 1143

PRÓLOGO

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Ex-Vicepresidente de la Asociacion Española de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

El XVIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Vigo los días 10 y 11 de mayo de 2007, ha tenido como tema monográfico el referido a las políticas activas y pasivas de empleo, bajo el título de «Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo». Pese a la evidente existencia de otros temas de actualidad que fueron barajados y que hubieran podido ser elegidos como objeto del XVIII Congreso (los relativos, por ejemplo, al trabajador autónomo, a las políticas de igualdad, o la atención a las personas en situación de dependencia, por citar algunos), difícilmente hubiera podido optarse por otro de tanta relevancia y trascendencia social. Por decirlo de alguna manera, todo lo relacionado con el empleo, desde sus variadas perspectivas (políticas activas o de incentivo de la contratación, políticas de formación, de empleabilidad, de garantía de las transiciones entre las situaciones de activo o de pasivo, o lo relacionado con la protección social de las situaciones de desempleo), es siempre una materia actual y está constantemente necesitada de reflexión, revisión o de estudio, al margen de que existan, como es el caso, razones normativas, institucionales o estructurales que incidan de forma especial en la actualidad del análisis. Todo lo anterior es lo que motivó la elección de la Junta Directiva de la Asociación; elección temática que, a la vista de los resultados que se recogen en la presente publicación, se ha demostrado particularmente acertada.

Como es ya tradicional en las citas científicas anuales de la Asociación Española de Derecho del Trabajo, el tema que es el objeto general del Congreso se ha abordado, en primer lugar , de forma global, a través de la denominada Ponencia General, en este caso a car go de Jaime Cabeza Pereiro, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Vigo y co-organizador local del Congreso. Tras esta introducción general al tema a partir de una visión global de la problemática de las políticas de empleo en todos los niveles de actuación de los poderes públicos con responsabilidades y competencias sobre esta materia, la cuestión del empleo se ha abordado, de forma más específica, mediante Ponencias Te-

máticas que se han referido, la primera, al «Entramado institucional del empleo en sus vertientes pública y privada», elaborada por Faustino Cavas Martínez, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Murcia; la segunda, a «Las políticas selectivas de empleo», realizada por María Fernanda Fernández López, Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla; y, finalmente, la tercera a «Las políticas pasivas de empleo: evolución y proyección futuras», a cargo de José Luis Gilolmo López, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

El resultado, con el añadido de las excelentes y numerosas Comunicaciones a cada una de las Ponencia, ofrece una visión, a la vez general y particular de todas las dimensiones de las políticas de empleo, tratando desde el entramado normativo, el soporte institucional y or ganizativo del empleo, las políticas de cada nivel de actuación, y sus finalidades hasta todo lo relativo a la protección social de las situaciones de desempleo, pasando por el análisis de las concretas políticas dirigidas a colectivos particulares necesitados de una protección especial debido a sus dificultades de ocupación o su fragilidad en el mercado de trabajo, tanto en lo relativo a la obtención del empleo como a la conservación y pérdida del mismo. La actualidad, calidad e interés de las aportaciones al Congreso justifican que, en este Prólogo, se haga una breve mención de cada una de ellas.

La Ponencia General, de igual título que el del Congreso, ha sido elaborada, como se ha señalado, por Jaime Cabeza Pereiro, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo y miembro del Comité Or ganizador del Congreso. Se trata de un excelente trabajo, caracterizado por la singularidad de su enfoque, la modernidad de su contenido, la exhaustividad del análisis y el cumplimiento estricto de la finalidad de una Ponencia de estas características: ofrecer un enfoque general y onmicomprensivo del tema objeto del Congreso, con una funcionalidad que no es otra que la de establecer el marco de debate y análisis, destacar los temas centrales y los enfoques más adecuados, y ofrecer, en fin, los elementos conceptuales y referenciales más importantes para el tratamiento más específico de las PonenciasTemáticas. Algo que la Ponencia General cumple con absoluta suficiencia.

De la Ponencia General, que se centra en el análisis de la política de empleo en el marco comunitario pueden destacarse los siguientes extremos. En primer lugar, la identificación del soporte normativo de tales políticas, a partir del Titulo de Empleo del Tratado de Ámsterdam; en segundo lugar, una amplia reflexión y valoración de la política europea del empleo en el marco de la estrategia comunitaria; en tercer lugar, la consideración, análisis y valoración detallada del denominado «método abierto de coordinación», aplicable en el ámbito de las políticas de empleo comunitarias en relación con las nacionales; en cuarto lugar, el estudio de

los contenidos de la estrategia comunitaria del empleo expresada a través de los llamados «pilares» y «directrices», con una especial incidencia en los aspectos, no tanto cuantitativos, sino cualitativos de tales políticas. Las conclusiones de la Ponencia General se han visto, además, reforzadas por las variadas Comunicaciones presentadas a la misma.

La primera de las Ponencias Temáticas versa, como se ha dicho antes, sobre el «Entramado institucional del empleo en sus vertientes pública y privada», estando a car go de Faustino Cavas Martínez. Se trata de una amplia y excelente Ponencia de la que pueden destacarse los siguientes aspectos. En primer lugar , la descripción y comentario que se hace del marco normativo del empleo que abarca desde la enumeración de toda la evolución normativa relativa a la política de empleo hasta desembocar en la Ley de carácter or ganizativo o instrumental, la Ley 56/2003, de 16 de septiembre, de Empleo. Como el Ponente indica, la Ley de Empleo es una norma marco o básica, a partir de la cual ha de hablarse, no ya de Servicios de Empleo, sino de un Sistema Nacional de Empleo. Con vocación sin duda (otra cosa es que la Ley de Empleo lo haya conseguido y que su aplicación final tenga ese resultado) de sumarse a los ya existentes Sistemas Nacionales de Seguridad Social y de Salud, junto con el posteriormente creado Sistema Nacional de Dependencia (que más correctamente habría que integrar en un Sistema Nacional de Servicios Sociales) como los clásicamente llamados pilares del Estado del Bienestar (por recordar una terminología y una tipología típica de los informes de Lord Beveridge, en los que el empleo ocupa un lugar predominante).

Tomando como referencia la Ley de Empleo, el autor hace un análisis de sus aportaciones, que pueden sintetizarse en la revisión del papel de las instituciones públicas en el mercado de trabajo a partir de las innovaciones producidas en el mismo relacionadas con el contexto demográfico y económico, la naturaleza estructural y cíclica del desempleo, la complejidad y apertura del mercado de trabajo, y la presencia de nuevas estructuras políticas, institucionales y or ganizativas. Concluyendo la necesidad, que la Ley de Empleo apunta aunque no desarrolle plenamente, de un nuevo concepto de la política activa de empleo que tenga en cuenta una serie de variables. De entre las que es preciso tener en consideración, de un lado, el fenómeno de la multiplicación de los actores públicos en el escenario de las políticas de empleo al compás de la ampliación de dicho mercado (interviniendo aquí las instancias comunitarias a través de directrices y estrategias coordinadas de empleo); de otro, de la descentralización de las políticas de empleo (lo que abre la puerta, por imperativos constitucionales y prácticos, a la actuación de ComunidadesAutónomas y Entes Locales); y también, de la liberalización de tales políticas (lo que significa revisar el papel de organizaciones sociales y agentes privados de todo tipo, más allá de las tradicionales agencias de colocación) no sólo como factor de eficiencia y de realismo sino también en la me-

dida en que, por ejemplo, viene exigida por la defensa a nivel comunitario de los principios de la libre competencia, la libre prestación de servicios o la libre circulación de trabajadores.

La Ponencia concluye, en esta dimensión general, que los rasgos sobre los que ha de basarse la nueva política de empleo deben ser necesariamente, entre otros, los siguientes: a) la pluralidad de los sujetos que actúan en el mercado de trabajo, incluyendo tanto sujetos públicos variados como sujetos privados, igualmente múltiples, dejando definitivamente atrás conceptos clásicos, pero obsoletos, de las políticas de colocación basados en el monopolio público; b) la necesaria coordinación de las políticas públicas de empleo, desde el nivel local al europeo; c) la regulación de la intervención privada en el mercado de trabajo, abordando de forma más realista tanto la variedad de sujetos (agencias de colocación y de selección, empresas de inserción, de recolocación o de búsqueda de trabajadores, bolsas de trabajo, e incluso, empresas de trabajo temporal) como la gratuidad o el carácter lucrativo de su actuación; d) la amplitud de la noción de intermediación en el mercado de trabajo, pasando de la más estricta de la mera colocación a la más global de servicios de empleo que incluyen, sin duda, acciones formativas, de orientación profesional, de fomento del autoempleo y de la movilidad, de establecimiento observatorios de empleo y de itinerarios profesionales individualizados, la identificación de yacimientos de empleo, la elaboración de programas especiales referidos a situaciones, coyunturas o colectivos, etc.; y , e) la voluntariedad y libre elección de los sujetos afectados (trabajadores y empresas) de los mecanismos de intermediación que consideren más adecuados.

La estructura de la Ponencia se ajusta de forma muy clara a las reflexiones anteriores, estando integrada por un Capítulo II, dedicado al análisis de la política de empleo en España, teniendo en cuenta sus antecedentes hasta culminar con la aprobación en el año 2003 de la Ley de Empleo; por un Capítulo III, en el que se hace una ilustrativa descripción de la estructura del Sistema Nacional de Empleo, integrando en la misma desde el nuevo Servicio Público de Empleo Estatal, hasta la red comunitaria EURES, pasando por los Servicios de Empleo de las Comunidades Autónomas y las todavía escasamente desarrolladas iniciativas locales de empleo a partir de la necesaria e inevitable intervención de las Entidades Locales en este campo; y , finalmente, por el Capítulo IV dedicado a la cuestión, trascendental pero mal tratado normativamente pese a su pujanza real, de la intermediación privada en el mercado de trabajo. El análisis del Convenio 181 de la OIT que, como se sabe, ha liberalizado de forma importante la actividad de los entes privados en el mercado de trabajo, rompiendo definitivamente con una tradición prohibitiva de dicha intervención; la elaboración de un nuevo y más amplio concepto de servicios relacionados con el empleo, la enumeración de todas las

alternativas y sus posibilidades de intervención privada en el mercado de trabajo, además, en fin, de una crítica acerca de la inadecuación normativa, de la escasa atención por parte de la Ley de Empleo a estos fenómenos y de la constatación de que muchas de estas actuaciones no están previstas ni reguladas por la norma, constituyen el contenido de este interesante Capítulo IV de la Ponencia.

El interés de la aportación de Faustino Cavas Martínez, se ve incrementado por las Comunicaciones a la Ponencia que, con un alto grado de calidad e innovación, han abordado diversos aspectos relacionados con la cuestión del entramado institucional. Pudiendo destacarse las que han hecho referencia al papel de las empresas de inserción, a las experiencias europeas en materia de política de empleo y de gestión del mercado de trabajo, a la incidencia de las nuevas tecnologías de la información en el funcionamiento y en las prestaciones proporcionadas por las instituciones y entidades que operan en el mercado de trabajo y , finalmente, las que analizan el papel de las entidades locales, sus iniciativas y actuaciones en el mercado de trabajo a partir de experiencias concretas.

La segunda de las Ponencias Temáticas tiene como objeto el estudio de las «Políticas selectivas de empleo», y ha sido desarrollada por María Fernanda Fernández López. Lo más relevante de esta Ponencia lo constituye la elaboración teórica acerca del contenido de la expresión «políticas selectivas de empleo», diferenciándola del concepto más general de «políticas activas de empleo». Entendiendo estas últimas como todas las acciones orientadas no exclusivamente a la contratación de trabajadores sino, de forma más global, a la creación de empleo, a la mejora del sistema de gestión del empleo, al incremento de las posibilidades de ocupación (lo que se suele calificar como empleabilidad u ocupabilidad), a la prevención de la desocupación mediante acciones fundamentalmente formativas, a la reintegración de los trabajadores desocupados al mercado de trabajo y a la conservación del empleo. Medidas que desbordan el simple incentivo a la contratación, que se apoyan básicamente en la actuación en el terreno de la formación, la movilidad y la capacitación profesional y que afectan a campos que van desde la regulación de las modalidades de contratación hasta el régimen del despido, la modificación de condiciones, la movilidad interna, la jornada o la conciliación de la vida laboral y personal. La elaboración del marco conceptual citado se realiza, además, por la Ponencia en relación tanto a nivel europeo como nacional

Establecido este marco general de las políticas activas de empleo, la políticas selectivas se mueven, en opinión de la autora, en un terreno más tradicional o clásico, orientando de forma específica las políticas ordinarias de empleo hacia colectivos determinados, si bien subrayando su función esencial de lucha contra la discriminación y la exclusión social que

suele acompañar a la baja tasa de empleo de los colectivos que han sido, y siguen siendo, los destinatarios de esas políticas selectivas: discapacitados, mujeres, jóvenes, desempleados de larga duración, inmigrantes, trabajadores de edad madura. Los mismos colectivos que menciona expresamente como necesitados de una especial protección en el mercado de trabajo el art. 26 de la Ley de Empleo.

En esta línea, la autora, partiendo de una crítica hacia lo que considera que son posiciones excesivamente tradicionales de las políticas selectivas de empleo excesivamente ancladas en incentivos de tipo económico (subvenciones o bonificaciones de costes sociales), sostiene la necesidad de que tales políticas, si se quiere que sean eficaces elevando la tasa de actividad de los colectivos mencionados, se fundamenten en un rediseño de los sistemas de gestión de las políticas de empleo (lo que afecta sin duda a las estructuras or ganizativas, sobre todo públicas, a las que se hacía referencia en la Ponencia anterior); en un mayor peso de la formación para la ocupación y la empleabilidad; en una intermediación descentralizada que se refiera no sólo a los momentos de la contratación y de la extinción del contrato sino a todo el ciclo vital del trabajador; en el seguimiento y en el control de la eficiencia de tales políticas; en el desarrollo de actuaciones preventivas de forma que se adecúen las competencias profesionales a las exigencias del mercado y se preparen a los integrantes de esos colectivos de forma específica para obtener y conservar su empleo, y para adquirir y mejorar sus capacidades profesionales.

Las interesantes aportaciones de la Ponencia Temática Segunda que se han comentado, se complementan igualmente con las numerosas Comunicaciones que se refieren, de forma específica y particular a cada una de las posibles dimensiones de las políticas selectivas de empleo que han sido consideradas en la Ponencia, pudiendo destacarse las que analizan el contenido de tales políticas en relación con los colectivos especialmente desfavorecidos o frágiles. Más concretamente, las Comunicaciones se refieren a las políticas de empleo en relación con discapacitados, mujeres, jóvenes, desempleados de lar go duración, trabajadores de edad madura, inmigrantes y, también, trabajadores que tienen a su car go responsabilidades de cuidado familiar.

La Tercera Ponencia Temática se refiere a las «Políticas pasivas de empleo», estando a cargo de José Luis Gilolmo López y abordando, como ya es tradicional en los Congresos de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el enfoque de la materia objeto del Congreso desde la perspectiva de la protección social. Algo, por otra parte, inevitable tratándose de las denominadas como políticas pasivas, constitutivas, como habitualmente se entiende, de una tutela, fundamentalmente económica, de las personas en situación de desempleo. No obstante, la Ponencia no trata de la prestación de desempleo, dentro del

Sistema de Seguridad Social, como una prestación pública desvinculada de las políticas activas; no es, pues, ni lo pretende, un análisis de dicha contingencia protegida y de la prestación que el Sistema le otor ga al sujeto afectado. Por el contrario, el enfoque de la Ponencia es complementario del tratamiento de las políticas activas, insistiendo en esa conexión inescindibles entre unas y otras y que las más recientes reformas normativas han puesto de manifiesto.

En esta línea, el autor dedica gran parte de su aportación a poner de manifiesto esa vinculación o complementariedad entre políticas activas y pasivas subrayando cómo la finalidad de la protección frente al desempleo han visto desplazarse su función exclusiva de sustitución de rentas de activo en beneficio del desempleado (un derecho económico generado por sus aportaciones y cotizaciones previas que materializan tiempos previos de actividad) hacia otra más relevante de constituir el instrumento de la transición de las situaciones de activo a pasivo y viceversa. De forma que la protección por desempleo más que la tutela económica de un tiempo de desocupación viene a configurarse como la garantía de recursos durante el periodo, que se pretende sea el menor posible, durante el cual el trabajador desempleado no consigue retornar al mercado de trabajo. Por eso, la finalidad garantista de la protección económica se subordina al objetivo del retorno más inmediato posible a la actividad profesional. Considerando la situación de desempleo tutelado como una situación indeseable y haciéndola, por lo mismo, más inconfortable como forma de empujar al trabajador a la búsqueda y la obtención de un nuevo empleo u ocupación. De forma que, como el propio Gilolmo pone de manifiesto, las políticas pasivas de empleo son, cada vez más, políticas activas o adquieren las características de éstas.

La Ponencia resalta numerosos ejemplos y manifestaciones de esa mutación de la protección por desempleo, concretándola en: la ampliación del concepto de colocación adecuada que obliga al beneficiario de la prestación a aceptarla so pena de perder la prestación económica; el llamado compromiso de actividad que expresa plásticamente esa obligación personal del sujeto protegido de asumir responsabilidades en la búsqueda del empleo, sea a través de acciones formativas, de recualificación, o de adquisición de nuevas aptitudes o conocimientos; la fijación, por parte de los sistemas de protección, de itinerarios personalizados de inserción de los trabajadores desempleados; la sanción reforzada en cuanto a la prestación del rechazo de las oportunidades de empleo o de la pasividad del trabajador en la búsqueda de la nueva ocupación; los incentivos al autoempleo que tan bien se ejemplifican en las medidas relativas a la capitalización de la prestación por desempleo para la finalidad de convertirse en trabajador autónomo o socio de una sociedad laboral o una cooperativa. En definitiva, la idea de que la protección social de naturaleza económica requiere del trabajador beneficiario una serie de

contrapartidas que se expresan en la idea, a la que el Ponente también se refiere, de *first work* (o primero el empleo; antes que la tutela del desempleo).

Finalmente, la Ponencia recorre con detenimiento las reformas más recientes en materia de desempleo destacando, justamente, esa nueva dimensión de la protección social, que el autor califica de «giro copernicano» en la orientación de la misma; analizando con esta finalidad los elementos concretos de las reformas. Un análisis que, como en el caso de las Ponencias Temáticas anteriores, se completa con la aportación de las variadas Comunicaciones referidas a la compatibilidad entre trabajo y empleo, a la protección de colectivos concretos, a la relación entre desempleo e insolvencia empresarial, a la renta activa de inserción y a la capitalización del desempleo y el autoempleo.

Expuestas, con la brevedad que la ocasión requiere, las aportaciones realizadas al XVIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, no es necesario subrayar la calidad, actualidad y novedad de las mismas. Algo que el lector apreciará inmediatamente con el manejo de este excelente volumen que, sin duda, constituye una obra de referencia en relación con las Políticas de Empleo vistas desde cualquiera de sus variadas dimensiones. Pero ningún Congreso puede alcanzar resultados satisfactorios sin la aportación de numerosas personas a las que es necesario hacer referencia. En primer lugar, sin duda, de los Ponentes y Comunicantes quienes, con su trabajo, han dado valor y entidad al Congreso y a sus trabajos; en segundo lugar, a los participantes que, con su presencia e intervenciones han enriquecido el debate y ha resaltado la validez de su contenido científico; y, en tercer lugar, a los colegas de las Asociaciones Italiana y Portuguesa de Derecho del Trabajo que con su asistencia al Congreso, le dieron nivel internacional y prestigio.

Pero ningún Congreso puede tener éxito si no se apoya en un trabajo organizativo, excelentemente desarrollado por los responsables locales, a cuyo frente se encuentra Jaime Cabeza Pereiro, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Vigo, y por la estructura administrativa de la Asociación, a cargo de la Gerente, Susana Barcelón Cobedo, Profesora Titular de la Universidad Carlos III de Madrid. Y tampoco sin el apoyo, no sólo pero sí fundamentalmente económico, de la Xunta de Galicia, en concreto de la Consellería de Traballo, del Ayuntamiento de Vigo y de la Diputación de Pontevedra, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y, finalmente, de entidades privadas como El Corte Inglés y la Obra Social de Caixa Nova. A todos ellos ha de agradecerse la labor desarrollada y atribuirles, en la parte que les toca que no es pequeña, el éxito del Congreso.

No es posible terminar este Prólogo sin ofrecer un recuerdo cariñoso y emocionado a la memoria de Juan Rivero Lamas, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Zaragoza y que, en las fechas de celebración del Congreso, era el Presidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Parte importante del éxito del Congreso celebrado en Vigo, y del que este libro es el producto científico, se debe a su impulso, a su entusiasmo, y a su capacidad de liderar iniciativas de este alcance; aunque su estado de salud le impidiera ya asistir al mismo. Quienes formamos parte de la Junta Directiva de la Asociación bajo su mandato creemos que es de justicia reconocerlo así; y con nosotros, estoy seguro, toda la comunidad científica de laboralistas españoles.

Madrid, julio de 2008

Ponencia General

ESTRATEGIA EUROPEA, ESTADO AUTONÓMICO Y POLÍTICA DE EMPLEO

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

SUMARIO:

I. EL TRATADO DE ÁMSTERDAM Y EL TÍTULO DE EMPLEO.—II. EL DESARROLLO DE LA POLÍTICA EUROPEA DE EMPLEO: LOS PLANES DE EMPLEO EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA COMUNITARIA: UNA SÍNTESIS VALORATIVA.—III. EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN.—IV. POLÍTICA DE EMPLEO, MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN Y BUENA GOBERNANZA. 1. La implicación de las partes sociales. 2. La implicación de las autoridades regionales y locales.—V. LA FORMULACIÓN DE CONTENIDOS. 1. Los pilares clásicos, su simplificación y la integración de directrices económicas y de empleo. 2. Los postulados del informe Kok. 3. La Cumbre de Bruselas de marzo 2005 y el diseño actual. 4. Un apunte sobre los aspectos cualitativos de la política de empleo. 5. Los últimos acontecimientos.—VI. UNA REFERENCIA AL LIBRO VERDE «MODERNIZAR EL DERECHO LABORAL PARA AFRONTAR LOS RETOS DEL SIGLO XXI».

I. EL TRATADO DE ÁMSTERDAM Y EL TÍTULO DE EMPLEO

La implicación comunitaria con el tópico del empleo hunde sus raíces en el Tratado de Ámsterdam, que introdujo explícitamente el Título «Empleo», hoy constituido por los arts. 125 a 130 del texto consolidado del Tratado de Roma. Pero no es difícil rastrear antecedentes en los años anteriores [1], a lo largo de los cuales se tomó progresiva conciencia de la necesaria implicación de las instituciones europeas. En particular, es obligada la referencia al libro Blanco de J. Delors «Crecimiento, competitividad y Empleo», en cuyas páginas se relaciona de forma explícita el crecimiento económico, los proyectos en infraestructuras y el empleo, y se concluye que los objetivos de la política económica y de empleo se complementan recíprocamente [2]. Pero, al mismo tiempo, se asume que el desempleo constituye un problema estructural de enorme magnitud cuyo remedio no se alcanza con dicho crecimiento económico por sí solo [3]. En realidad, el Libro Blanco propone directamente una estrategia europea para el empleo, que se articula con algo más de precisión al año siguiente, en el Consejo Europeo de Essen, de diciembre de 1994. En efecto, en él —en el Libro Blanco— se toma una decisión explícita de acometer un proceso de coordinación sobre esta materia [4] y se fija una estrategia común, a la vez que se requiere a cada Estado miembro que elabore su política plurianual, como sustento de unos mecanismos de coordinación a

---

[1] Una sucinta, pero suficiente, referencia a ellos en BARNARD, C. y DEAKIN, S.: *A year of living dangerously? EC social rights, employment policy, and EMU*, Industrial Relations Journal, núm. 30:4, 1999, p. 356.

[2] Véase esta idea en RADAELLI, C.M.: *The Open Method of Coordination: a new governance architecture for the European Union?*, Swedish Institute for European Policy Studies (Estocolmo, 2003) p. 19.

[3] Así lo recuerda JACOBSSON, K.: *Soft regulation and the subtle transformation of status: the case of EU employment policy*, Journal of European Social Policy, núm. 14, 2004, p. 360.

[4] Recordando este origen, SMISMANS, S.: *EU Employment Policy: decentralisation or centralisation trough the Open Method of Coordination*, EUI Working Paper Law núm. 2004/I, European University, Florencia, 2004, p. 2, en la web http://hdl.handle.net/1814/1881.

nivel comunitario [5]. Para ello, se identifican tres áreas prioritarias de actuación: en primer lugar, una mayor flexibilidad en los mercados de trabajo, en particular por lo que se refiere a los marcos legales de relaciones laborales, con el fin de que éstos se configurasen como más adaptados a las necesidades de las empresas (*more employment-friendly*), aunque se rechaza explícitamente una amplia desregulación. En segundo, la configuración mercados de trabajo eficientes capaces de responder a los retos de la competencia. Y, en tercero, la consecución de un espacio permeable a la globalización económica. Es sumamente expresiva la sección del Libro intitulada «Convertir Crecimiento en Empleo» (*Turning Growth into Jobs*) y que parte de la premisa de que el mercado por sí solo no se basta para resolver el desempleo [6].

No es este el momento de detenerse en mayores detalles, sino de enfatizar que con el Tratado de Ámsterdam se le confiere definitivamente una dimensión europea a la política de empleo. Su «europeización» constituye, sin duda, uno de los cambios más trascendentales en la lógica del texto fundamental comunitario [7], hata el punto de poder afirmarse que constituye uno de sus rasgos característicos a partir de 1997 [8]. Su artículo 2 considera misión prioritaria de la Comunidad promover un alto nivel de empleo, a la vez que su art. 3 enuncia que la acción comunitaria ha de implicar, entre otras cuestiones, «el fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo». Aunque las palabras empleadas en absoluto son inocentes, debe desatacarse por ahora cómo reflejan el consenso alcanzado sobre que esta materia requiere la apuesta por alternativas diseñadas en el ámbito supra-estatal, por más que no sea fácil encontrar soluciones comunes o aplicar recetas uniformes. Entre otros motivos, porque el problema del empleo puede requerir cambios legales en diversas materias, tales como Seguridad Social o normativa fiscal, en las cuales o bien existe falta de competencia comunitaria o bien resulta sumamente difícil de poner en marcha la que reconoce el Derecho Originario. Si a esto se suma el hecho de que las tradiciones de los distintos Estados miembros en materias como las relaciones laborales o, en general, las políticas de bienestar son sumamente divergentes entre sí, el panorama que se dibuja resulta más confu-

---

[5] Véanse más datos al respecto en C RISTÓBAL RONCERO, R.: *Políticas de empleo en la Unión Europea*, RMTAS, núm. 33, 2001, pp. 34 ss.

[6] Sobre los contenidos del libro blanco, más en extenso, ASHIAGBOR, D.: *The European Employment Strategy. Labour market regulation and new governance*, Oxford University Press (Oxford, 2005) pp. 94 ss.

[7] Así lo afirman TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G, *Hard and soft law in the construction of Social Europe: the role of the Open Method of Co-ordination*, European Law Journal, vol. 11, núm. 3, 2005, p. 348.

[8] O'CONNOR, J.: *Policy coordination, social indicators and the social-policy agenda in the European Union*, Journal of European Social Policy , núm. 15, 2005, p. 348.

so. Y, por encima de estas dificultades, la lucha contra el desempleo y por el empleo de calidad no está dotada de estrategias claras e inequívocas. Comoquiera que sea, sí que debe reconocerse que la aproximación del Tratado de Ámsterdam y de la subsiguiente Cumbre de Luxembur go al desempleo iba a resultar , a la postre, insatisfactoria, porque sólo se plantearon los problemas y las soluciones desde una perspectiva endógena, como si aquéllos residieran en exclusiva en un mal funcionamiento del mercado de trabajo [9]. Por toda referencia a un ámbito más amplio de políticas, el artículo 126.2 del Tratado recordó —y recuerda— que las de empleo deben formularse «de forma compatible con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros».

Sucintamente considerada, la política de empleo que diseña el Título VIII del Tratado está dotada de un carácter predominantemente procedimental. Sus preceptos reiteran expresiones, sobre las que habrá que abundar a lo largo de estas páginas, tales como «cooperación», «interés común», «coordinación», «complemento», «información», «buenas prácticas»…Con todas ellas se articula uno de los más arquetípicos ejemplos del método abierto de coordinación. Y se establece una curiosa relación de subsidiariedad, particularmente invasiva —es decir , no del todo subsidiaria— en la que se les confiere un fuerte protagonismo, además de a los propios Estados miembros, a la Comisión y al Consejo. En síntesis, el Consejo Europeo debe examinar anualmente la situación de empleo en la Comunidad a partir de un informe de conjunto anual que elaboran la Comisión y el Consejo. A partir de ahí, tomando como referencia las conclusiones del Consejo Europeo, el Consejo elabora anualmente unas orientaciones que los Estados miembros deben tener en cuenta en la elaboración de sus respectivas políticas de empleo. Dichas orientaciones se aprueban a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Comité de Empleo. Las mismas deben servir de referencia para que cada Estado elabore un informe anual sobre las principales medidas adoptadas para aplicar su política de empleo. Con dichos informes, el propio Consejo, tras recibir las opiniones del Comité de Empleo, ha de efectuar un examen anual de las políticas de los Estados miembros a la vista de las orientaciones anteriormente elaboradas. Consecuentemente, por mayoría cualificada, sobre la base de una propuesta de la Comisión, puede formular recomendaciones concretas a los Estados miembros, si así lo estima oportuno con base en el referido examen. Por último, para cerrar el círculo, el resultado del examen ha de servir para preparar el informe anual conjunto al Consejo Europeo, en el que se analiza la situación de empleo de la Comunidad y la aplicación de las orientaciones para la política de empleo.

---

[9] Así lo reconoce R AVEAUD, G.: *La Stratégie européenne pour l'emploi: une première évaluation*, Document de Travail núm. 04-02, Institutions et Dynamiques Historiques de l'Economie, en la web http://www .idhe.ens-cachan.fr, p. 11.

Como elementos coadyuvantes de este procedimiento, regulado en el artículo 128, el propio Título VIII hace referencia a dos aspectos de singular importancia que también precisan de un análisis detallado: de un lado, la toma en consideración de las prácticas internas relativas a los interlocutores sociales —artículo 126.2—. De otro, la posibilidad de que el Consejo, previa consulta al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, adopte medidas de fomento que alienten la cooperación entre los Estados miembros y los apoye mediante iniciativas tales como intercambios de información y buenas prácticas, análisis comparativo, asesoramiento y promoción de planteamientos innovadores y evaluación de experiencias tales como proyectos piloto (art 129). Ambas previsiones legales involucran a diversos actores en la estrategia europea y , al mismo tiempo, apelan a prácticas que tienen mucho que ver , como se analizará más adelante, con el método abierto de coordinación.

En todo este sistema, además de otros ór ganos más tradicionales, se constituye un Comité de Empleo, regulado en el artículo 130 y al que el artículo 128 remite a efectos consultivos. Creado por el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo, su carácter es meramente consultivo y su objetivo, fomentar la coordinación entre los Estados miembros en materia de políticas de empleo y del mercado laboral. Como tareas fundamentales, el Tratado señala dos: 1) supervisar la situación de empleo y las políticas en materia de empleo de los Estados miembros y de la Comunidad, y 2) elaborar dictámenes a petición del Consejo, de la Comisión o por propia iniciativa y contribuir a la elaboración de las medidas que le competen al Consejo en el procedimiento que diseña el artículo 128 del Tratado. Como elemento de legitimación en el ejercicio de su mandato, este Comité, cuya composición obedece a una designación de dos miembros por cada Estado y otros dos por la Comisión, debe consultar a los interlocutores sociales [10]. De nuevo se recurre a ellos como muestra del importante papel que, teórica y normativamente, tienen atribuido en la estrategia europea.

En relación con este papel, debe destacarse, en un sentido contrario, que la consulta a los interlocutores sociales no es directa por el Consejo, sino indirecta, pues es al Comité de Empleo al que compete recabarla. En este sentido, ha de reconocerse que el protagonismo de los mismos es menor y su papel más ancilar que el que prevé el artículo 138 del Tratado en relación con la consulta de la Comisión a los mismos en la orientación de las políticas sociales comunitarias [11]. Más adelante se reflexionará al respecto con mayor extensión.

Además, también debe ponerse de manifiesto cómo el Tratado no concede expresamente ningún papel a las autoridades subestatales, regionales y

[10] Sobre estas reglas del artículo 30, J ACOBSSON, K.: *op. cit*., p. 358.
[11] SMISMANS; S.: *op. cit*., p. 6.

locales, ni tampoco a otros actores de la sociedad civil. Lo cual contrasta con las importantes funciones de unas y otra en el ámbito interno, en ocasiones expresamente refrendado por un reparto de competencias materiales —como es el caso del Reino de España—. Esta circunstancia plantea de modo muy directo cómo se integran todos los actores omitidos en el procedimiento comunitario y en las estrategias europeas que lo desarrollan.

Se ha dicho en alguna ocasión que el comité de empleo tiene una función paralela, en la materia que nos ocupa, a la que desempeña el Comité de Política Económica en relación con el Ecofin[12]. Permite, en suma, un debate abierto y continuado en cuanto al empleo y otras materias estructurales relacionadas con él, con el soporte institucional que hasta 1997 no se contemplaba [13]. Pese a su carácter técnicamente consultivo, su influencia en el diseño de propuestas es grande, hasta el punto de que constituye el fundamental soporte del Consejo [14].

II. EL DESARROLLO DE LA POLÍTICA EUROPEA DE EMPLEO: LOS PLANES DE EMPLEO EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA COMUNITARIA: UNA SÍNTESIS VALORATIVA

Los años inmediatamente siguientes al Tratado de Ámsterdam asistieron a un fuerte incremento del empleo y descenso de la tasa de desempleo, coincidente con un repunte claro de la población activa [15]. Casi paradójicamente, con las primeras recomendaciones a los Estados miembros en desarrollo del procedimiento del artículo 128 del Tratado pudo comprobarse el temor de los mismos a posibles consecuencias negativas en la esfera doméstica [16]. A este estado de ánimo contribuyó sin duda la rapidez con que se urdió el proceso de Luxembur go, originado en la Cumbre extraordinaria de noviembre 1997, en la que se decidió la aplicación anticipada de las disposiciones del Título VIII del Tratado con efectos desde 1998 y se diseñó más en concreto la estrategia comunitaria. En el diseño se buscó inspiración en el método seguido para la conver gencia económica, salvándose las claras diferencias materiales entre uno y otro. Se trata, por lo tanto, de un mecanismo similar , si bien no tan estricto, al aplicado en la vertiente económica de la Unión Económica y Monetaria [17].

---

[12] Véase Pochet, P. y Degryse, C.: *La nouvelle estrategie europeenne pour l'emploi*, Revue Belge de Securite Sociale, 2.º trimestre, 2003, p. 584.

[13] O'Connor, J.: *op. cit*., p. 348.

[14] Smismans, S.: *op. cit*., p. 7.

[15] Raveaud, G.: *op. cit*., p. 10.

[16] Véase esta idea en Schäfer, A.: *A new form of governance? Comparing the open method of coordination to multilateral surveillance by the IMF and th OECD*, Journal of European Public Policy, 13:1, enero, 2006, p. 79.

[17] Así la define Robles Carrillo, M.: *La coordinación de políticas nacionales en el marco de la Unión Europea*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 10, 2005, p. 22.

Cualquiera que fuera el diagnóstico de la situación económica del momento, y pese al evidente estado de bonanza, la decisiva Cumbre de Lisboa de marzo 2000 expresa algunos de los problemas más evidentes con que se enfrenta el empleo y , en general, la política social europea. Ambiciosa en sus objetivos, se muestra muy realista en dicho diagnóstico, cuando alude a una Europa aquejada de alto índice de desempleo, de niveles bajos de participación en el mercado de trabajo, de fuertes y crecientes gastos en bienestar social y en pensiones, de mercados laborales poco adaptables, de servicios públicos ineficientes y de serios problemas con las cualificaciones profesionales [18]. Alguna actuación debía emprenderse para crear más empleo, rebajar el desempleo, incorporar a amplias capas de población en el mercado de trabajo y afrontar los ingentes gastos en pensiones públicas.

En la propia Cumbre de Lisboa, el Consejo hace suya la responsabilidad de guiar y coordinar , con el fin de que quede garantizada una coherencia global, los avances hacia los objetivos estratégicos económicos y sociales. A tal fin, decide que se celebre una sesión anual de primavera dedicada a ambas materias [19]. Así pues, junto a los tradicionales Consejos Europeos de julio y diciembre, sur ge uno que habrá de desarrollarse alrededor de la segunda quincena de marzo y que debe abordar específicamente ambas cuestiones, la económica y la social, desde una consideración conjunta [20].

Durante los primeros años posteriores a la Cumbre de Luxembur go, los mayores esfuerzos se centraron en la elaboración de directrices, hasta el punto de llegar a señalarse como una de las debilidades del proceso su escasa atención a la efectiva puesta en marcha de reformas por parte de los Estados miembros[21]. Pero debe reconocerse que desde el Consejo de Barcelona de 2002 —la segunda Cumbre de Primavera— ya se puso de manifiesto que el interés central debía dirigirse hacia la ejecución de las políticas más que hacia la elaboración de directrices, por más que la supervisión y seguimiento de las mismas supusiera un arduo y burocrático trabajo, que debía atender concretas medidas en los ámbitos estatales y regionales [22].

La Estrategia Europea de Empleo estableció desde el principio los Planes Nacionales de Acción (PNA) como uno de sus ejes fundamentales. Se trata de los documentos por los cuales cada Estado miembro da

---

[18] Un comentario a este diagnóstico en T RUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *op. cit*., p. 348.

[19] ROBLES CARRILLO, M.: *op. cit*., p. 36.

[20] SMISMANS, S.: *op. cit*., p. 3.

[21] HOBBS, R. y N JOYA, W. *Regulating the European labour market: prospects and limitations of a reflexive governance approach*, British Journal of Industrial Relations, núm. 43, 2005, p. 306.

[22] SMISMANS, S.: *op. cit*., p. 9.

cuenta de la actuación en materia de política de empleo desarrollada en el año precedente, de los progresos realizados, de los recursos consumidos, y expone sus objetivos e intenciones para el período sucesivo. Esta idea de informe y de programa, además elaborado en el marco de las orientaciones emanadas del Consejo, implica, de una parte, una descripción del *status quaestionis* en un momento dado. Y, de otra, desde una perspectiva dinámica, una orientación programática de las políticas de ocupación a nivel interno a través de la cual las autoridades estatales podrán coordinar los objetivos propuestos y su ejecución con las autoridades de nivel inferior y con todos los demás agentes de la política de empleo. Puede decirse, pues, que el Plan es un instrumento de doble dimensión: de una parte, cognitiva, de otra, regulativa [23].

Claro que en el «debe» de los PNA hay que apuntar el hecho de que se conciben básicamente como un proceso desarrollado a nivel estatal, cuando menos en su fase de redacción, lo cual poster ga considerablemente el protagonismo de los agentes sociales, de otras autoridades regionales o locales o, en fin, de otros protagonistas de la sociedad civil. Aunque estas fallas no constituyen tanto un vicio originario del proceso como unos malos hábitos adquiridos en el nivel interno, bien que propiciados por una normativa originaria no suficientemente exigente a este respecto [24]. Comoquiera que sea, puede afirmarse que la Estrategia Europea está fallando como mecanismo de deliberación directa en una multiplicidad de niveles, como debiera funcionar de conformidad con su planteamiento teórico [25]. Y, desde luego, las recomendaciones que formula el Consejo a los Estados miembros, así como la respuesta de éstos a las mismas, apenas merecen la atención de los medios de comunicación y en absoluto llegan a conocimiento de la ciudadanía en general, la cual, salvo puntuales excepciones, no tiene noticia alguna de la política comunitaria de empleo [26]. Incluso debe reconocerse el muy escaso grado de conocimiento de los PNA por parte de sus propios interesados, lo cual redunda desde luego en una muy escasa efectividad práctica en el nivel interno [27].

A partir de estas evidentes insuficiencias, se ha afirmado que el Título de Empleo del Tratado no proporciona un marco suficiente de lo que

---

[23] En este sentido, R AVELLI, F.: *Il coordinamento delle politiche comunitarie por l'occupazione e i suoi strumenti*, I Working Papers, Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona», 43/2005, pp. 29-30.

[24] Otra vez conviene la cita de S MISMANS, S.: *op. cit.*, p. 7.

[25] Así se pronuncian D E SCHUTTER, O. y D EAKIN, S.: «Reflexive governance and the dilemas of social regulation», en *Social Rights and Market Forces: is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?*, Bruylant (Bruxelles, 2005) p. 12.

[26] SCHÄFER, A.: *op. cit.*, p. 79.

[27] TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *La interacción entre las políticas activas de empleo y políticas económicas en la Unión Europea, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos sobre la política de empleo española*, RMTAS, núm. 62, 2006, p. 60.

debiera ser la estrategia europea de empleo en un contexto caracterizado por la existencia de muchos niveles de decisión, de gobierno y de participación. Puede decirse que la aproximación del Título VIII peca de excesivamente centralizada [28]. También se ha dicho que acaso sobre estrategia y falte política, en el sentido de poder afirmarse que el Título VIII del Tratado y todo su desarrollo poco más significa que unos procedimientos de actuación y la formulación de unos objetivos concretos[29], pero sin que todo ello se traduzca en una implicación sustantiva de los distintos agentes estatales y extra-estatales.

Pero conjuntamente con tales aspectos negativos, hay que reseñar innegables virtudes. La primera de ellas, de mera constatación empírica, consiste en verificar cómo todos los Estados miembros han cumplido, al menos desde una perspectiva formal, con los deberes que les ha impuesto la normativa originaria europea y los sucesivos instrumentos comunitarios que la han desarrollado. En este sentido, se ha generado una dinámica de actuación que ha creado bastantes automatismos y también no pocas sinergias. Por supuesto, todo ello ha propiciado unos flujos de intercambio de información y de cooperación entre las autoridades ministeriales de los dichos Estados y una colaboración en diversos niveles territoriales y funcionales. Paralelamente, sus empleados y empleadas públicas han tenido ocasión de confrontar experiencias, reflexionar y deliberar conjuntamente y aprender recíprocamente unos de otros. Además, la Estrategia Europea de Empleo ha influido en no pequeña medida en las políticas relativas al Fondo Social Europeo [30], condicionando de una manera muy evidente las decisiones de gastos y de inversión. Como resultado de todo ello, no cabe duda de que las políticas europeas han provocado y precipitado ciertos cambios de orientación en el marco de las internas. A la inversa, las experiencias internas han enriquecido el acerbo de las iniciativas comunitarias, como más adelante se va a poner de manifiesto [31].

Bien es cierto que un análisis del impacto real de la Estrategia Europea sobre cada uno de los Estados miembros produciría comentarios asimétricos, con grandes diferencias entre unos y otros, y que resulta evidente en la actualidad que en la Cumbre de Lisboa se pecó de un exceso de optimismo [32]. Pero, más allá de dichas diferencias, debe reconocérsele cierta capacidad transformadora. Aunque se relativicen los mensajes

---

[28] SMISMANS; S.: cit., p. 10.

[29] SCHÄFER, A.: *op. cit*., p. 76.

[30] Sobre este tema, más en concreto, SANSONI, A. M. y TIRABOSCHI, G.: *I nuovi fondi struturali UE*. Bolletino ADAPT, Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi, núm. 43, 2006, pp. 2-3.

[31] Un comentario valorativo sobre estas afirmaciones en TRUBECK, D. M. y TRUBECK, L.G.: *op. cit*., p. 351.

[32] RAVELLI, F.: *Il coordinamento*…, cit., p. 21.

excesivamente complacientes procedentes de las instancias comunitarias, y se reconozca que los distintos Gobiernos han asumido los planes de empleo como una carga burocrática, que muchos de ellos consideran los retos de Lisboa como objetivos inalcanzables y otros como referentes inútiles que ya cumplen apriorísticamente, debe concluirse en que la política social en materia de empleo ha constituido una herramienta muy útil en el crecimiento de la ocupación en el conjunto de la población activa europea [33]. Ahora bien, justo es reconocer que resulta sumamente dificultoso el conocimiento de los efectos cuantitativos y cualitativos de la estrategia europea en los niveles de empleo y desempleo y en la calidad de las ocupaciones que se generan. Más bien, debe reconocerse que no pueden discernirse factores internos y factores externos en estos datos [34].

Son evidentes las motivaciones políticas para la cooperación europea en el ámbito del empleo, derivadas de la sensibilidad común hacia los problemas derivados del fuerte desempleo y de las dificultades consiguientes que se ciernen a la hora de financiar los sistemas de Seguridad Social, cuyo alivio depende en parte de la mejora de la situación en términos genéricos y en cada Estado miembro [35]. Pero esta misma sensibilidad provoca cierto retraimiento de las instancias europeas hacia la formulación de críticas excesivamente expresas a cada uno de los Estados concretos. Más bien, la Comisión y el Consejo tienden a evitar un tono negativo en los diversos documentos en los que formulan apreciaciones directas dirigidas a uno de ellos y optan más bien por unos mensajes en clave de orientación positiva [36]. No obstante, dichas motivaciones políticas pueden redundar a la vez en un mayor descrédito de las instituciones comunitarias: en efecto, la Unión Europea aparece como la urdidora y responsable de la amalgama de objetivos y consideraciones de la Cumbre de Lisboa, y por lo tanto también de sus carencias, limitaciones y errores. Por mucho que la puesta en práctica de las medidas concretas descanse más bien en la responsabilidad de los Estados miembros, en la práctica resulta casi impensable que éstos se sustraigan a la tentación de apuntar en el debe de dichas instituciones comunitarias los errores que la política de empleo vaya generando [37].

Las tensiones entre el nivel comunitario y el nivel interno se manifiestan también en otros niveles. Por ejemplo, y a pesar de todas las sinergias positivas, anteriormente apuntadas, que pueda traer consigo la es-

---

[33] *Ibid*., p. 359.

[34] HOBBS, R. y NJOYA, W.: *Regulating*…, cit., p. 305.

[35] Sobre esta idea reflexionan KOHL, J. y VAHLPAHL, T.: *The Open Method of Coordination as an instrument for implementing the principle of subsidiarity?*, I Working Papers, Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona», 3/2005, p. 8.

[36] Pone de relieve esta circunstancia SZYSZCZAK, E.: *Experimental Governance: The Open Method of Coordination*, European Law Journal, vol. 12, núm. 4, 2006, p. 489.

[37] ROBLES CARRILLO, M.: *La coordinación de políticas*…, cit., p. 43

trategia europea, no es menos cierto que pueden ser contrarrestadas —y lo son, de hecho— por determinadas presiones políticas que se generan en el marco de cada Estado miembro y que desencadenan la propia masa electoral o instituciones tales como partidos políticos u or ganizaciones sindicales, y que pueden retraer de experimentos o de prácticas contrastadas en otros Estados miembros [38].

Más allá de estas consideraciones, se ha pretendido encasillar la Estrategia Europea para el empleo dentro de los modelos tradicionales de política económica y social predominantes en el ámbito de la Unión Europea. Y se ha puesto de manifiesto que implica un compromiso o una transacción entre un modelo liberal de corte anglosajón y otro más social de origen nórdico. Desde el punto de vista de los oferentes de empleo, la atención tan central que se les ha otor gado a los tópicos del espíritu de empresa y de la adaptabilidad evoca una aproximación más liberal a la cuestión del empleo, en la que se le conceden interés sobresaliente a iniciativas tales como una cierta desregulación del mercado de trabajo o una significativa reducción de la presión fiscal. Pero, desde la perspectiva de los demandantes de empleo, el interés hacia objetivos tales como una mejora de sus posibilidades de empleo a través de la formación ocupacional y continua o, más en general, el desarrollo de políticas activas de empleo, se aproxima más bien a los paradigmas de los Estados escandinavos [39]. Además, se ha dicho que predomina el elemento anglosajón en la práctica de incitar a los desempleados a aceptar un empleo y en el interés, acaso desmesurado, por incrementar la tasa de empleo [40], y el nórdico en la lucha contra el desempleo de lar ga duración y contra la exclusión social [41]. No en vano, es fácil de contrastar que las dificultades de adaptación a los objetivos y a la propia estrategia europea resultan mucho más elevadas en los Estados centroeuropeos y mediterráneos y que las recomendaciones del Consejo revelan unas necesidades de cambio más trascendentes en ellos. Por el contrario, también se concluye sin dificultad que los Estados con mejores ejecutorias son las más de las veces el Reino Unido, Suecia, Dinamarca y Finlandia [42].

Detrás de todo ello, resulta claro que la Estrategia Europea de Empleo, ya desde su diseño [43], pero con mayor evidencia tras la Cumbre de

---

[38] Véase esta idea en H OBBS, R. y N JOYA, W.: cit., p. 307.

[39] Así lo afirma S MISMANS, S.: *op. cit*., p. 15.

[40] DE SCHUTTER, O. y D EAKIN, S.: *op. cit*., p. 13., A SHIAGBOR, D.: insiste en que la agenda de empleo define como prioridades la creación y mantenimiento de niveles altos de empleo, lo cual orienta el discurso hacia ideas macroeconómicas de competitividad (*op. cit*., p. 92).

[41] RAVEAUD, G.: *op. cit*., p. 7. Este autor reconoce también ciertos elementos de origen claramente francés en la desmesurada burocracia que se ha generado alrededor del Título VIII del Tratado.

[42] RAVEAUD, G.: *op. cit*., p. 6.

[43] En realidad, ya el Libro Blanco «Crecimiento, Competititivad y Empleo» de 1993 conformaba una dicotomía muy precisa entre política económica y social. Así lo expresa ASHIAGBOR, D.: *op. cit*., p. 91.

Lisboa y en los años posteriores, parte de una consideración conjunta y coordinada de los ámbitos económico y social. No en vano el Consejo de Primavera tiene por objeto la proyección coordinada de ambos, de tal manera que la política de empleo debe ser coherente con las Orientaciones Generales de Política Económica [44]. Y tampoco es casual que el Título VIII, de empleo, vaya precedido del Título VII, sobre Política Económica y Monetaria. Como expresa el artículo 126 del Tratado, las políticas de empleo deben desarrollarse de un modo coherente con las económicas de los Estados miembros y de la Comunidad. Y —no puede ser de otro modo—, la dependencia real y jurídica tiene que traducirse en una dependencia estratégica, como se comprueba con la propia historia reciente en el desarrollo de los objetivos de Lisboa. De hecho, la ralentización económica de comienzos de la década actual supuso un freno en las buenas expectativas de empleo y en los más optimistas objetivos identificados en dicha Cumbre. En ella, se fortalece el emparejamiento entre lo económico y lo social en el nivel comunitario y la transferencia de técnicas y procedimientos del primer ámbito hacia el segundo. De modo expresivo, se ha puesto de manifiesto que la estrategia de empleo merece el apelativo de «solidaridad competitiva», en tanto en cuanto uno de sus retos fundamentales consiste en invertir en capacidades productivas [45].

Ya en el Tratado de Ámsterdam, la Estrategia Europea de Empleo y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento se concibieron en paralelo, si bien en éste se previeron mecanismos sancionadores para el caso de que algún Estado miembro no alcanzara los objetivos generales [46]. Y, claramente, la interdependencia entre ambos ha ido *in crescendo*. De hecho, el advenimiento de la moneda única ha provocado, entre otros efectos, que los Gobiernos no puedan utilizar la política monetaria como herramienta de creación de empleo. Además, se ha limitado en gran medida la posibilidad de recurrir a políticas fiscales con el mismo fin [47]. En realidad, en un ámbito en el que diversos Estados se dotan de una moneda única y comparten un mismo mercado, la política social de uno de ellos deviene relevante para los demás. La Unión Económica y Monetaria precisa una política de empleo basada en unas medidas fiscales sumamente estrictas, restricciones del gasto público, modernización de los sistemas de protección social y reformas estructurales para mejorar la competitividad de los mercados laborales [48].

---

[44] Al respecto, POCHET, P. y DEGRYSE, C.: *La nouvelle…*, cit., p. 583.

[45] Sobre el particular, DALY, M.: *EU Social Policy after Lisbon*, Journal of Common Market Studies, vol. 44, núm. 3, 2006, p. 469.

[46] Véase este paralelismo en KOHL, J. y VAHLPAHL, T.: *The Open Method…*, cit., p. 7. En efecto, el artículo 104 del Tratado establece sanciones por incumplimiento de los niveles máximos de endeudamiento y déficit público. Sobre este tema, A SHIAGBOR, D.: *op. cit*., pp. 122-3.

[47] TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *op. cit*., p. 345.

[48] Véase esta idea en A SHIAGBOR, D.: *op. cit*., p. 125.

III. EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN

Aunque está implícita en la propia concepción de la Estrategia Europea de Empleo desde sus mismos orígenes, de una forma explícita, la técnica conocida como método abierto de coordinación —MAC— se inaugura en la Cumbre de Lisboa [49], concebida no como un instrumento de armonización, sino como un concepto a través del cual se han de difundir las mejores prácticas y se ha de conseguir una mayor convergencia hacia los objetivos estratégicos de la Unión Europea, a través de la asistencia a los Estados miembros en la elaboración progresiva de sus políticas internas [50]. Se ha dicho, pues, que la política europea de empleo debe considerarse la madre de dicho método [51].

Puede decirse que el MAC es una hijuela del principio de subsidiariedad[52]. Éste pretende una ordenación social en la que los objetivos y las actividades para conseguirlos se desarrollen principalmente en los ámbitos más reducidos. De tal forma que, en cuanto las autoridades subestatales o estatales puedan autónomamente desarrollarlos, no deben intervenir las instancias comunitarias. Pero para que eso sea así debe guardarse una tensión entre un movimiento centrífugo y otro centrípeto: por una parte, debe evitarse la intromisión de las autoridades políticas de la Unión en la actividad de las estatales y regionales. De otra, aquéllas deben prestar su ayuda y promover la actuación de las instancias descentralizadas si éstas no pueden por sí mismas desarrollar sus competencias o desarrollarlas de un modo absolutamente idóneo[53]. Así pues, este método se basa en los trazos básicos de la subsidiariedad, e incluso supone una radicalización de la misma, en cuanto pretende no tan sólo una descentralización en términos verticales —que la política de empleo se ejecute efectivamente por las autoridades estatales, regionales y locales— sino también en términos horizontales —que se implique además a las partes sociales y a la sociedad civil— [54].

---

[49] Así lo reconocen, entre otros autores, DE LA VILLA GIL, L. E.: en la editorial del núm. 62 de la RMTAS, 2006, p. 9, SZYSZCZAK, E.: *Experimental governance*…, cit., p. 486, TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *Hard and soft law*…, cit., p. 343. Bien es cierto que en los Consejos previos al de Lisboa ya se atisban algunos de los elementos característicos del MAC. Así, en el de Cardiff (junio de 1998) se hace referencia a la necesidad de definir indicadores comparables de progreso y de asegurar la contribución eficaz de los interlocutores sociales. Así lo entiende TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *La interacción entre políticas*…, cit., p. 5.

[50] RAVELLI, F.: *Il coordinamento delle politiche*…, cit., p. 3.

[51] SMISMANS, S.: *EU employment policy*…, cit., p. 1.

[52] Un más completo análisis de este principio en APARICIO TOVAR, J.: *Introducción el Derecho Social de la Unión Europea*, Bomarzo (Albacete, 2005) pp. 75 ss.

[53] KOHL, J. y VAHLPAHL, T.: *The open method*…, cit., pp. 2 y 3. Estos autores recuerdan que el concepto fue por primera vez empleado en la encíclica del papa Pío XI «Cuadragésimo Año» (1931) para referirse a las relaciones entre los individuos y las diversas comunidades sociales a las cuales pertenecen: la familia, la parroquia u otras entidades religiosas.

[54] SMISMANS, S.: *op. cit*., p. 4.

En realidad, el MAC se ha desarrollado en dos ámbitos en los que aparece diseñado en sus pilares básicos en el propio Tratado de Roma: en las Directrices Generales de Política Económica y en la Estrategia Europea de Empleo. En ambas, el Derecho Originario prevé mecanismos concretos de coordinación[55]. Pero el proceso de Lisboa desencadena su expansión hacia otras áreas, como las de modernización de la protección social, inclusión social, pensiones y atención sanitaria, I+D+I, educación, sociedad de la información, medio ambiente o inmigración. Para todos ellos, la materia de empleo se proyecta como guía y como modelo de configuración[56]. Pero, porque cada uno obedece a su propia lógica interna, se ha dicho que, en lugar de «método abierto» se debería hablar de diferentes métodos[57].

De acuerdo con las conclusiones de la Cumbre de Lisboa, el MAC implica: 1) la definición de directrices comunitarias combinadas con calendarios específicos para la consecución de los objetivos fijados a corto, medio y largo plazo; 2) la determinación, en su caso, de indicadores cuantitativos y cualitativos y de parámetros de referencia al máximo nivel, a fin de confrontar las mejores prácticas; 3) la transposición de las orientaciones europeas a las políticas estatales y regionales a través del establecimiento de objetivos específicos y de medidas que tomen en consideración las diversidades de Estados y regiones; y 4) el periódico desarrollo de actuaciones de «monitorización» y control, así como de análisis entre las partes implicadas con la vista puesta en el aprendizaje recíproco [58]. Destinado a facilitar la configuración de las políticas internas, responde a un planteamiento teórico descentralizado de acuerdo con el principio comunitario de subsidiariedad [59]. Pero que se haya logrado la plasmación práctica de ese modelo es una cuestión a la que habrá de darse respuesta en las páginas que siguen. Comoquiera que el MAC implica esencialmente cooperación inter -gubernamental y amplia participación de diversos actores[60], el éxito del modelo exige que todas las piezas se ensamblen y funcionen correctamente.

La descentralización y el juego de la subsidiariedad no empañan en absoluto el importante papel que se les reserva a las instancias comuni-

---

[55] SMISMANS, S.: *op. cit.*, p. 4.

[56] SZYSZCZAK, E.: *op. cit.*, p. 494. Sobre la expansión del MAC a otras áreas temáticas, ALES, E.: *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale. Consideracione critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento*, I Working Papers, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo, núm. 51, 2007.

[57] RADAELLI, C. M.: *The Open Method…*, cit., 41. Este autor entiende que la referencia en singular al MAC no es sino un discurso legitimador .

[58] *Vid.* este concepto descriptivo, que glosa las Conclusiones de la Cumbre de Lisboa, en RAVELLI, F.: *op. cit.*, pp. 5-6.

[59] Véase esta valoración en R OBLES CARRILLO, M.: *La coordinación de políticas…*, cit., p. 37.

[60] JACOBSSON, K.: *Soft regulation…*, cit., p. 357.

tarias. Aunque el epicentro del MAC pueda establecerse en el nivel estatal, le resta un papel fundamental a la Comisión, como responsable en la elaboración de las directrices, en el proceso y sistematización de los datos recibidos de cada uno de los Estados y en la preparación de informes de síntesis. Por lo tanto, puede concluirse que la Comisión controla el proceso en su globalidad y contribuye a las actuaciones cotidianas. Pese a que no se le confiera ninguna potestad formal en temas decisorios, su influencia es más que notable [61].

Típicamente, y más en el ámbito del empleo, el MAC aglutina varias técnicas de actuación que definen su contenido. Básicamente las cuatro siguientes: la formulación de directrices (*guidelines*), la búsqueda de las mejores prácticas o de los mejores ejemplos (*benchmarking*), el análisis o la revisión conjunta entre Estados (*peer review*) dirigidos al aprendizaje mutuo (*mutual learning*) y la gestión por objetivos (*management by objetives*). Cada uno de ellos requiere una breve referencia para describir su papel en el proceso, si bien por ahora se omite la relativa a las directrices, sobre las que se habrá de volver más adelante tanto en cuanto a su diseño actual como a sus contenidos [62].

En cuanto al *benchmarking*, constituye una herramienta sumamente útil en la mejora de la situación económica y en el incremento de la competitividad de las or ganizaciones. No por casualidad nace en el entorno de la empresa privada, y al servicio de la optimización de los beneficios[63], aunque más tarde su campo de actuación se multiplica y comprende vastos sectores, entre otros el de la política social y del empleo. Esencialmente, *benchmarking* implica búsqueda de la mayor competitividad mediante el análisis de las mejores prácticas que han producido unos mejores resultados. Se basa en la capacidad de una organización para medir y analizar detalladamente los resultados de otras entidades concurrentes que hayan sido superiores a los suyos propios, con el fin de hacer suyas esas experiencias exitosas. La organización más exitosa (el *best performer*) se reconoce como parámetro de referencia (*benchmark*) y las que asumen su experiencia se constituyen en entidades seguidoras, que atienden a dicho parámetro a la vista de las diferencias de resultados causados por la práctica ejemplar[64].

La puesta en funcionamiento de esta técnica requiere con carácter previo un proceso lógico que pasa por constatar las diferencias entre los resultados de dos o más entidades, seguidamente individualizar la causa

---

[61] KOHL, J. y VAHLPAHL, T.: *The Open Method*…, cit., pp. 18-19.

[62] Una sistematización distinta, aunque en gran parte coincidente, en R ADAELLI, C. M. *The open method*…, cit, p. 15, TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *op. cit*., p. 348 y SZYSZCZAK, E.: *op. cit*., p. 493.

[63] JACOBSSON, K.: *op. cit*., p. 358.

[64] He tomado esta descripción básicamente del trabajo de R AVELLI, F.: *op. cit*., pp. 7 ss.

de estas diferencias y la práctica que las justifica y , por fin, experimentar esa buena práctica en la or ganización propia. Si, después de este proceso, un nuevo análisis de resultados lleva a la conclusión de que tales diferencias han disminuido, ello quiere decir que la asimilación del parámetro de referencia ha conseguido el objetivo pretendido. Por el contrario, si no han retrocedido o lo han hecho en una intensidad inferior a la esperada, habrá que revisar los condicionantes y probablemente seleccionar otra buena práctica más exitosa o más adecuada a las circunstancias de la or ganización seguidora.

Por supuesto que el *benchmarking* puede asumir varias modalidades. Por ejemplo, el parámetro de referencia puede buscarse en el ámbito de la propia organización o fuera de ella. Tomando el caso de la Estrategia Europea para el Empleo, cabría buscarlo en el ámbito de los Estados Miembros o en cualquier otra entidad ajena a la Comunidad Europea. O, desde la perspectiva de cada Estado miembro, dicho parámetro es externo siempre que se encuentre en otro perteneciente a la Comunidad Europea. Asimismo, puede hacerse referencia a una modalidad más competitiva, en la que pretende mejorarse el rendimiento en perjuicio de otras entidades concurrentes, y a otra más cooperativa, como debe ser en teoría la que anima la política de empleo, en cuyo caso el acento ha de ponerse en el aprendizaje de buenas prácticas procedentes de otras or ganizaciones. Aunque debe reconocerse que en todo proceso, y muy especial en los muy políticos como el de empleo, siempre se busca en cierta medida una ventaja competitiva más que la propia difusión del conocimiento. Una tercera división distingue entre un *benchmarking* orientado al proceso y otro orientado al resultado, en atención a si se persigue como finalidad principal el aprendizaje de un procedimiento de mejora continua o bien la consecución de unos determinados objetivos mediante las mejores medidas asumidas de otras entidades. En realidad, ambas dimensiones confluyen en la Estrategia Europa[65]. En resumen, no puede aludirse a un modelo hegemónico de parámetro de referencia en materia de empleo, máxime cuando no hay una definición uniforme de objetivos comunes y confluyen una diversidad de actores y una pluralidad de niveles territoriales[66]. Además, el MAC, por lo que respecta a la estrategia de empleo, no persigue la fijación de valores comunes ni de objetivos de validez general, sino más bien busca las mejores prácticas que contribuyan a una mayor efectividad de las políticas internas [67].

La revisión o el análisis conjunto (*peer review*) se ha convertido en una práctica habitual en el ámbito de las políticas de empleo coordinadas desde Bruselas. Periódicamente, los Estados miembros exponen sus

---

[65] Véanse estas ideas, con algo más de desarrollo, en R AVELLI, F.: *op. cit*., pp. 9 ss.
[66] SMISMANS, S.: *op. cit*., p. 16.
[67] DE SCHUTTER, O. y D EAKIN, S.: «Reflexive governance…», cit., p. 8.

propios planes internos y los someten a la consideración de los representantes de otros Estados. Asimismo se contemplan sesiones bilaterales entre funcionarios de la Comisión y representantes de los Estados, en las que el grado de análisis alcanza incluso intensidades superiores. Incluso cabe la posibilidad de que alguno de ellos se someta a una revisión y someta su propio programa a la evaluación por parte de otro [68]. En realidad, todo este tipo de estrategias cuentan con un referente muy claro y con un antecedente banco de pruebas en la actuación de la OCDE, que ha sido la organización que más las ha ensayado [69].

Las dos técnicas anteriores persiguen, o cuando menos producen como consecuencia, el aprendizaje recíproco de todos los agentes que participan en el proceso. Los propios Estados perciben las ventajas de este aprendizaje en cuanto implica el intercambio de una información muy valiosa y la revisión de las políticas de los demás, evitándose que el empleo constituya un área de rivalidad recíproca[70]. Pero esta dimensión cognitiva se produce a muy diversos niveles, desde los supraestatales hasta los regionales, y pasando también por diferentes instancias privadas. Los PNA requieren una estrecha colaboración entre los diversos ministros del ramo de los diferentes Estados, de las partes sociales, de los funcionarios públicos comunitarios, estatales y regionales. Se van generando, pues, redes (*networks*) de intercambio, cooperación y comunicación[71], en las cuales se difumina la jerarquía y se priman procesos de aprendizaje a partir de experiencias a nivel europeo, pero también a nivel regional, a través de procesos inductivos de emulación [72].

Es probable que la técnica del *benchmarking* constituya la esencia del MAC. Pero, en el fondo, se configura, por lo menos en cuanto a la EEE, como un proceso de gestión por objetivos (*management by* objectives) basado en la formulación apriorística de objetivos mensurables y en la medición *a posteriori* de los efectos producidos en orden a la consecución de los mismos a través de las iniciativas que se hayan adoptado. Por lo tanto, y en tres fases sucesivas, se trata de fijar las líneas maestras de la política que se debe realizar en primer lugar , para posteriormente adoptar en los niveles descentralizados las medidas necesarias y valorar finalmente los resultados obtenidos. Puede decirse, pues, que en el MAC en materia de empleo ostenta una importancia sobresaliente la consecución de determinados logros en torno a objetivos diseñados apriorísticamente[73].

---

[68] Comentarios y datos más concretos de estas modalidades de *peer review* en RAVELLI, F.: *op. cit.*, pp. 32 ss.

[69] JACOBSSON, K.: *op. cit.*, p 358.

[70] TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. M.: *op. cit.*, p. 346.

[71] *Ibid.*, p. 358.

[72] SZYSZCZAK, E.: *op. cit.*, p. 496.

[73] RAVELLI, F.: *op. cit.*, pp. 11 ss.

El MAC admite varios enfoques y está abierto a numerosas críticas, de las que se va a dar suficiente noticia. Por ahora, conviene tener en cuenta alguna de las utilidades que sin duda lo adornan. En primer lugar , debe destacarse que pretende abordar dificultades concretas y no cuestionar concepciones políticas generales[74]. Se trata de una aproximación a los problemas sumamente pragmática que pretende la apertura de nuevas vías para la mejora de resultados, las cuales merecen difundirse de unos sistemas a otros. Las complejidades se «trocean» en pequeños componentes en sí mismos más simples y fáciles de gestionar . Pero, más allá de la simplificación mediante un punto de vista más analítico y secuencial, se evitan los problemas derivados de la difícil convivencia entre varias opciones políticas. Bajo el techo común de un método, pueden convivir en armonía autoridades gubernamentales y regionales de muy distinto color político, sin que el trasvase de pequeñas fórmulas de unas a otras produzca el rechazo propio de las opciones más complejas y generales.

Pero bien es cierto que ha cambiado radicalmente la agenda social. Con la proliferación del MAC en la EEE y en su ámbito circundante, parece que se renuncia, al menos en parte, a un método comunitario tradicional en el cual se ha pretendido articular normas imperativas a nivel comunitario, en beneficio de unos objetivos genéricos que permitan mejorar el mercado de trabajo y competir a la economía europea en el marco globalizado[75]. Esta es, como se va a ver , la mayor desconfianza que despierta el MAC entre los juristas de trabajo: la amenaza de que sustituya y elimine un Derecho Social Comunitario más imperativo a favor de opciones políticas de *soft law*.

Puede decirse, desde este punto de vista, que el recurso creciente al método abierto implica un cambio de orientación de la Comunidad, desde un modelo de armonización normativa hacia otro que pone más el acento en la coordinación de las políticas internas mediante unos objetivos genéricamente diseñados desde los órganos comunitarios[76]. No se trata tan sólo de procurar una intervención adecuada que pretenda evitar distorsiones a la coordinación de políticas —como puede suceder , vg., en el caso de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social que desarrollan el artículo 42 del Tratado—, sino más bien de buscar la transferencia de políticas que merezcan ser emuladas en ámbitos distintos de aquellos en los que fueron concebidas y puestas en práctica [77].

Esta aparente disyuntiva entre un método tradicional y el MAC ha provocado un intenso debate entre defensores y detractores de los nue-

---

[74] Así lo pone de manifiesto R ADAELLI, C. M.: *op. cit*., p. 20.

[75] JACOBSSON, K.: *op. cit*., p. 356.

[76] ROBLES CARRILLO, M.: *La coordinación por objetivos*…, cit., p. 17. La misma idea en RAVELLI, F.: *op. cit*., p. 6.

[77] SZYSZCZAK, E.: *Experimental governance*…, cit., p. 500.

vos vientos. Se ha dicho que el método abierto puede constituir un primer paso hacia una mayor integración en los ámbitos donde se ensaya, que más tarde abra el camino hacia la armonización normativa [78]. También, que puede acudirse a él como segunda instancia en aquellas materias en las que no es posible la acción comunitaria clásica por una fuerte oposición a ella[79]. En tales casos, se puede utilizar como un mecanismo de penetración más sutil y menos ofensivo que la actuación armonizadora, que resultaría demasiado invasiva de las competencias propias de los Estados[80]. Se trataría, en esta línea, de abrir caminos y de poner encima de la mesa argumentos de cambio político ante la falta de consenso [81].

Dicha capacidad de penetración que se le concede al MAC propicia asimismo que se pueda utilizar como alternativa de síntesis entre dos opciones simétricas, como serían la de reservar a la exclusiva responsabilidad interna el diseño y ejecución de determinadas políticas o la de confiarlas preferentemente a la praxis de la Comunidad [82]. Hasta el punto, como se ha descrito en relación con la Estrategia de Lisboa, de que puede emprender la modernización económica y social al margen de los postulados del Derecho originario[83]. O, desde una perspectiva más modesta, pero acaso más realista, también puede servir a la recomposición de áreas tradicionalmente cubiertas por unas normas de la UE de impronta más o menos imperativa, pero cuya eficacia o claridad haya sido progresivamente erosionada o puesta en tela de juicio por parte de la jurisprudencia comunitaria. Sería el caso muy evidente de la asistencia sanitaria prestada en otro Estado Miembro, cuya contemplación desde la perspectiva de la libre prestación de servicios ha socavado las premisas tradicionales[84]. En definitiva, por cualquiera de estos caminos, el método abierto ostenta cierta capacidad para contribuir a la definición de un modelo social y económico europeo[85]. Se trata de un instrumento relativamente joven de coordinación y transferencia política [86] dotado de gran eficacia a la hora de transformar el discurso a nivel comunitario y a nivel interno y de orientar las políticas de los Estados Miembros [87].

---

[78] KOHL, J. y VAHLPAHL, T.: *op. cit.*, p. 12. Al respecto, se ha puesto de manifiesto que en ámbitos temáticos como el medio ambiente, es claro que el MAC, por más que de utilización débil, anima el método tradicional (SZYSZCZAK, E, *op. cit.*, p. 492).

[79] *Ibid.*, p. 13.

[80] SMISMANS, S.: *op. cit.*, p. 2.

[81] SZYSZCZAK, E.: (*op. cit.*, p. 496) pone de manifiesto, a partir de un análisis de los distintos PNA de los Estados miembros, que la EEE ha sido empleada como argumento persuasivo —o casi coercitivo— para poner en marcha cambios políticos de alcance en ámbitos en los que faltaba el consenso o había una fuerte oposición en el nivel interno.

[82] Véase esta alternancia en RAVEAUD, G.: *La Stratégie…*, cit., p. 6.

[83] ROBLES CARRILLO, M.: *op. cit.*, p. 42.

[84] Nuevamente conviene la cita de SZYSZCZAK, E.: *op. cit.*, p, 491.

[85] POCHET, P. y DEGRYSE, C.: *La nouvelle Strategie…*, cit., p. 596.

[86] KOHL, J. y VAHLPAHL, T.: *op. cit.*, p. 4.

[87] TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *Hard and soft law…*, cit., p. 357.

La propia denominación del método tiene algo de enigmático. Sobre los porqués de que se le llame «abierto» y «de coordinación» se ha reproducido el debate entre sus defensores y sus detractores. Porque, en realidad, en la Cumbre de Lisboa no se definió qué quiere decir cada uno de esos calificativos[88]. Se ha dicho, por ejemplo, que se le llama «abierto» porque toma en consideración el contexto interno de cada Estado, de tal forma que no pretende elaborar «desde la cúspide» recetas que se apliquen de forma invariable en todos los ámbitos territoriales de la Unión Europea, sino que atiende a las circunstancias y a los condicionantes concretos y pretende articular políticas y medidas propias para cada uno de ellos. Además, el adjetivo de «abierto» también le conviene porque pretende trascender el diálogo entre las instituciones comunitarias y las instancias gubernativas estatales, regionales y locales, y alcanzar a las partes sociales y, en general, a toda la sociedad civil or ganizada[89].

Pero, desde otro punto de vista, se ha criticado la propia calificación como «abierto» de un método al que más convendría considerarlo «cerrado» porque sólo se conoce por los expertos en las políticas comunitarias[90]. Y también se le ha achacado que, en la práctica, en absoluto haya sido —al menos hasta ahora— abierto en términos de participación. Como mucho, se afirma, se le puede aplicar este adjetivo en términos de la flexibilidad de las políticas que preconiza, o incluso de lo impredecibles que pueden llegar a ser las medidas concretas que se pongan en marcha e incluso los resultados que puedan alcanzarse [91].

En síntesis, de las ventajas que se han proclamado en relación con el MAC, pueden destacarse las siguientes: 1) se trata de una técnica mucho más dúctil que el método comunitario tradicional, y que puede evitar alguno de los riesgos bien conocidos de éste. Entre ellos, el de una carrera normativa a la baja en la que todos los Estados miembros se sitúan en el umbral mínimo de cumplimiento de la norma derivada comunitaria, hasta el punto de que, en la práctica, la típica cláusula *stand still* de las Directivas sociales ha constituido una norma de estilo de escasa efectividad práctica. En esta línea, se ha dicho que la propia historia del Derecho Social Comunitario es la de dichas «carreras hacia la cola» [92]. 2) Puede afirmarse que se trata de un proceso intrínsecamente eficaz, derivado de una menor politización de las decisiones y del recurso a la experiencia y a la actuación de redes de expertos, pero sin que se elimine la negociación política, como garantía de un grado de legitimidad suficiente[93]. Consigue, así

[88] RADAELLI, C. M.: *The open method…*, cit., p. 14.
[89] Véanse ambas explicaciones en R AVEAUD, G.: *op. cit.*, p. 6.
[90] SCHÄFER, A.: *A new form of governance…*, cit., p. 85.
[91] SMISMANS, S.: *op. cit.*, p. 17.
[92] TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *op. cit.*, p. 346.
[93] Ya antes he aludido a la idea de R ADAELLI, C. M.: (*op. cit.*, p. 17) de que el MAC tiene una vertiente evidente de discurso legitimador .

pues, un equilibrio suficientemente armónico entre eficacia y legitimidad[94], en una aproximación realista y pragmática a la mejor manera de solucionar problemas concretos, en la que se cuenta con el valor añadido de una participación activa de muchos agentes distintos. 3) Ostenta grandes posibilidades de conocimiento de políticas concretas y de buenas prácticas por parte de los Estados miembros, las autoridades subestatales y la sociedad civil en general, mediante un sistema que tiende a sustituir las prácticas negociales por sistemas de deliberación que animan la conver gencia de políticas sociales en el lar go plazo[95]. En este sentido, el MAC pretende un aprendizaje de doble dirección, en el que los ámbitos inferiores hacen suyas las experiencias y recomendaciones que provienen de los superiores, pero éstos a la vez acogen y asumen como propias las buenas experiencias que se emprenden en los ámbitos inferiores [96]. 4) Por su vocación práctica propicia también siner gias importantes entre el *soft law* y el *hard law*, al converger en su ámbito de actuación, aunque sea tangencialmente, con amplios ámbitos materiales cubiertos con normas vinculantes comunitarias derivadas del método tradicional [97]. El MAC le otor ga a la norma jurídica un papel nuevo, sin duda más limitado.

Por lo que respecta a las mayores críticas que ha recibido, se han enunciado las siguientes: 1) como consecuencia de la necesidad de que se alcancen acuerdos generales, la definición de objetivos resulta demasiado vaga e inaprensible, de tal forma que las políticas concretas se vuelven hasta cierto punto vagas y arbitrarias. Porque, cuanto más clara sea la formulación de objetivos, más riesgo de politización se asume y , por lo tanto, menor posibilidad de alcanzar acuerdos generales y mínimamente satisfactorios para todas las partes que intervienen [98]. 2) No cuenta —al menos por lo que se refiere a la EEE— con sanciones específicas para los casos de incumplimiento de las recomendaciones y de los objetivos por parte de los Estados Miembros, o, en el caso de existir, cuentan con un grado muy bajo de coercibilidad[99]. 3) Los acuerdos y la propia negociación se producen básicamente en el plano gubernamental, entre los Gobiernos de los Estados Miembros y el Consejo y la Comisión, pero con un evidente descuido y desatención al Parlamento Europeo, en su dimensión de ór gano de mayor legitimación democrática de la Unión Europea. Falta, pues, un claro engarce con la institución que acaso debiera ser la más central [100]. Ello se tradu-

---

[94] RAVELLI, F.: *op. cit.*, pp. 4-5.

[95] Véase descrita en mayor extensión esta idea en S CHÄFER, A.: *op. cit.*, p. 72.

[96] Al respecto, RADAELLI, C. M.: *op. cit.*, p. 25. Afirma este autor que el MAC funciona de una manera muy similar a como lo hace un radar .

[97] TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *op. cit.*, p. 344.

[98] Así lo asume y reconoce R ADAELLI, C. M.: *op. cit.*, p. 21.

[99] RAVELLI, F.: *op. cit.*, p. 39.

[100] SZYSZCZAK, E.: *op. cit.*, p. 495. De ahí que se haya postulado la necesidad de implicar más el Parlamento Europeo con el fin de democratizar el MAC. Apunta esta idea SMISMANS, S.: *op. cit.*, p. 18.

ce en que se le otorga demasiada consideración a los intereses particulares internos, y menor atención a un auténtico interés común de todos los Estados y todos los ciudadanos y ciudadanas [101]. Consecuentemente, los parlamentarios —los europeos, pero también los de las cámaras representativas de los Estados Miembros— no consideran de utilidad dedicar su atención a temas como el empleo, gobernados por la técnica del MAC. 4) Frente a una teórica invitación a la participación, lo cierto es que ésta he resultado más escasa de la esperada. En especial en el ámbito de las instancias regionales y locales, de las partes sociales y de la sociedad civil, limitándose, en la práctica, a un diálogo intergubernamental. 5) En la tensión anteriormente comentada entre las técnicas de *soft law* y las de *hard law*, se ha dicho que el MAC rompe totalmente el equilibrio a favor de las primeras, de modo que está erosionando gravemente los fundamentos del Derecho Social Comunitario[102]. Porque el MAC y, en general, las técnicas de derecho no coactivo pueden resultar complementarias, pero no sustitutivas de las normas tradicionales imperativas. De hecho, en su dimensión de herramienta al servicio del mantenimiento del modelo social europeo, debe reconocerse que el método abierto no ofrece las garantías ni la capacidad de incidencia del método tradicional [103]. Incluso no debe oscurecer el creciente espacio del diálogo social europeo, en su dimensión de fuente emergente, en muchas ocasiones —no siempre— de normas imperativas y coercibles, que se yuxtapone también a la puesta en marcha de fórmulas del método abierto[104].

Una puesta en conexión de virtudes y críticas con seguridad obliga a un juicio menos parcial. Como en general sucede con el *soft law*, el método abierto desempeña un papel en las políticas comunitarias, sin que este papel deba ser exageradamente ensalzado ni vilipendiado. La asunción de políticas de empleo por parte de los Estados miembros se produce por cauces predominantemente voluntarios [105]. Pero, más allá de estas afirmaciones, en realidad debe reconocerse que los conceptos de *hard* y *soft law* no están perfectamente identificados, porque en la práctica se entrelazan en muchas ocasiones. El *soft law* puede tener una gran fuerza expansiva a través de varios procedimientos, como la reprensión, la mimesis, la discusión y deliberación, el aprendizaje o la creación de redes, pero ha de reconocerse que, en el contexto, se fusionan con otras más características del método comunitario tradicional. Es verdad que el expe-

---

[101] Algunas de estas críticas en KOHL, J. y VAHLPAHL, T.: *op. cit.*, pp. 20-21.

[102] A este respecto, se ha utilizado la imagen de un virus que está infectando toda la acción comunitaria. Véase una descripción de esta imagen en TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *op. cit.*, p. 355.

[103] SMISMANS, S.: *op. cit.*, p. 17.

[104] Una alusión al diálogo social en el marco del MAC en TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *op. cit.*, p. 347.

[105] RAVELLI, F.: *op. cit.*, p. 38.

diente de confiar ciertas políticas a técnicas jurídicamente no vinculantes facilita el acuerdo y que en muchas ocasiones resulta más sencillo alcanzar el consenso mediante pactos de procedimiento que a través de pactos sustantivos[106].

Pero también lo es que el método tradicional resulta progresivamente un método más «abierto», en el sentido de flexibilizarse y admitir adherencias de técnicas jurídicamente no vinculantes. En este sentido, las nuevas Directivas en materia social admiten mayores alternativas y mayores dosis de flexibilidad en su incorporación a los ordenamientos internos, sin que planteen objetivos cerrados. Piénsese, por ejemplo, en las normas derivadas de ordenación del tiempo de trabajo y , muy en especial, en la Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre. O también en algunas de las Directivas de participación, sobre todo la Directiva 2001/86/CE, de 8 octubre. Más allá de estos ejemplos, la propia dinámica del Derecho Social comunitario muestra hasta qué punto ambas categorías jurídicas —*hard* y *soft law*— resultan compatibles entre sí y recíprocamente necesarias. Ejemplos claros son algunos ámbitos materiales, como el tópico de la discriminación por razón de sexo o de género, con la técnica del *mainstreaming*. O el tiempo parcial, en cuyo ámbito la Directiva 97/81/CE, de 15 diciembre actúa múltiples siner gias con las políticas de empleo, que atienden ahora con mayor interés a estos colectivos de trabajadores[107].

Pero, desde el punto de vista contrario, merece al menos discutirse que el MAC, en su vertiente de empleo, y en cuanto que técnica encuadrada en el ámbito del *soft law*, carezca de cualquier atisbo de juridicidad y control. Como primera muestra, hay que recordar que las recomendaciones que las instancias comunitarias dirigen a los Estados miembros tienden a reiterarse año tras año, produciéndose de este modo cierto efecto de presión hacia el destinatario de la recomendación, que recibe una especie de reprensión comunitaria por no haber superado cierta deficiencia en su política de empleo [108]. Y no se trata sólo del análisis que efectúan el Consejo y la Comisión, sino también los otros Estados Miembros en los procedimientos de *peer review*[109]. Por lo que respecta a la Comisión, se ha empeñado en endurecer progresivamente los procedimientos, a través de sistemas de control y de indicadores cuantitati-

---

[106] Así lo expresa SCHÄFER, A.: *op. cit.*, p. 83. Apunta este autor que el MAC, como técnica de *soft law*, permite flexibilidad en el desarrollo de las políticas más convenientes, minimiza la pérdida de soberanía por parte de los Estados miembros y coadyuva a superar ciertas reluctancias políticas en el ámbito interno.

[107] Véanse estas reflexiones en T RUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *op. cit.*, pp. 359 ss.

[108] SMISMANS, S.: *op. cit.*, p. 14.

[109] Se ha dicho, en este sentido, que los Estados miembros se verán abocados a cumplir con las directrices para sortear la crítica negativa en las revisiones conjuntas entre Estados y en las recomendaciones del Consejo.

vos y cualitativos[110], e incluso mediante la utilización de un lenguaje teñido de un tono más coactivo, en especial, por lo que respecta al empleo, a partir del año 2004[111]. En segundo lugar, debe recordarse que las directrices suelen adoptar la forma de Decisión del Consejo[112], con la implícita consecuencia de que se les quiere otorgar cierta eficacia normativa[113], pues la Decisión constituye un acto típico, jurídicamente vinculante y sometido teóricamente a enjuiciamiento por parte del Tribunal de las Comunidades. En tercero, no ha dejado de apuntarse cierta doctrina de dicho Tribunal que declara que los órganos judiciales internos, en la resolución de las controversias, deben tomar en consideración las recomendaciones y las orientaciones procedentes de las instancias comunitarias[114].

La propia EEE tiende a aproximarse en su dinámica a formas de derecho vinculante. La clarificación de directrices en forma de orientaciones destinadas a los Estados se acerca en su metodología a una especie de «interpretación judicial» de un lenguaje normativo más general, y las sanciones informales que llevan implícitas los exámenes anuales y las propias recomendaciones se aproximan a las sanciones formales. Parece razonable asumir que unos menores grados de libertad en la acción política y un más limitado espacio de maniobra se deben a las presiones de todo tipo inherentes a la cooperación comunitaria en la política de empleo[115]. Se ha dicho que la coordinación «suave» del método abierto ha tenido en la práctica un impacto muy fuerte, en la medida en que ha constreñido las políticas propias de los Estados miembros[116].

Desde otro punto de vista, una vez que se ha alcanzado un consenso amplio sobre la definición de objetivos y sobre las directrices políticas, el acuerdo tiende a perpetuarse aunque se produzcan cambios de Gobierno en algunos Estados miembros. Es decir, las decisiones que han sido adoptadas en el ámbito del MAC gozan de una especie de carácter vinculante para los sucesivos gobiernos, aunque no pueda hablarse de vinculación en estrictos términos jurídicos[117]. En cierto modo, quien sostenga sobrevenidamente que hay que cambiar ciertas líneas de actuación arrostrará la carga de la prueba de que tales cambios resultan necesarios[118].

---

[110] SCHÄFER, A.: *op. cit.*, p. 84.

[111] HOBBS, R. y NJOYA, W.: *Regulating the European Labour Market…*, cit., p. 306.

[112] Vg., Decisión del Consejo de 12 diciembre 2006 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, COM (2006) 815 final.

[113] SMISMANS, S.: *op. et loc. ult. cit.*

[114] RAVELLI, F.: *op. cit.*, p. 37, con cita del asunto C-322/88 *Grimaldi*, de 13 diciembre 1989. Concluye este autor (pp. 37 ss.) que, pese a su naturaleza predominantemente voluntaria, el *soft law* es más «derecho» que «suave».

[115] JACOBSSON, K.: *Soft regulation…*, cit., p. 359.

[116] ASHIAGBOR, D.: *The European Employment Strategy…*, cit., p. 191.

[117] Así lo subrayan TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *op. cit.*, pp. 344 y 349.

[118] Sobre el particular, KOHL, J. y VAHLPAHL, T.: *op. cit.*, p. 17.

IV. POLÍTICA DE EMPLEO, MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN Y BUENA GOBERNANZA

El término «gobernanza» se ha ido introduciendo en el ámbito de la Ciencia Política, procedente en particular del mundo anglosajón, y ha sido ya reconocido y recogido oficialmente en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como el «arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía» [119].

Ciertamente, el Libro Blanco Europeo sobre la gobernanza data del año 2001[120], pero sólo algo más tarde ha adquirido un lugar destacado en la EEE[121]. No se trata ahora de realizar un examen amplio de este documento, pero sí de recordar que se propone «abrir el proceso de elaboración de las políticas de la UE con el fin de asociar a un mayor número de personas y or ganizaciones en su formulación y aplicación, lo que se traducirá en una mayor transparencia y en una mayor responsabilización de todos los participantes. Eso debería permitir a los ciudadanos comprobar cómo los Estados miembros, actuando de manera conjunta en el marco de la Unión, son capaces de responder más eficazmente a sus preocupaciones»[122]. Y que enuncia, como principios de buena gobernanza, la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia, que a la vez se sostienen y refuerzan los principios comunitarios tradicionales de proporcionalidad y de subsidiariedad.

Se ha dicho que el MAC implica un nuevo sistema de gobernanza en el marco de la Unión Europea, caracterizado por una nueva aproximación a cómo resolver los problemas y por un papel más limitado del derecho[123]. En efecto, al jurista se le plantea el desafío de contemplar a los poderes públicos no sólo como autoridades sometidas a la ley y al control judicial, sino como entidades que sustentan su buen gobierno desde el equilibrio y la participación [124]. La «nueva gobernanza» partiría de un más intenso recurso al *soft law* y de un mayor énfasis en la coordinación, la flexibilidad, la subsidiariedad y la participación, con la vista puesta en un incremento de la integración [125]. Se trataría, en suma, de la persuasión por encima de la obligatoriedad [126].

---

[119] La cita la he extraído de R odríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: *Gobernanza y política de empleo*, RL, núm. 5, 2005, p. 2.

[120] «La Gobernanza Europea», Bruselas 25 julio 2001, COM (2001) 428 final.

[121] Terradillos Ormaetxea, E.: *op. cit*., p. 12.

[122] P. 4.

[123] Radaelli, C. M.: *op. cit*., p. 24.

[124] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: p. cit. , p. *3*.

[125] Kohl, J. y Vahlpahl, T.: *op. cit*., p. 14.

[126] Ravelli, F.: *op. cit*., p. 2.

Se ha dicho que, en materia de empleo, el tópico de la gobernanza nace como respuesta a cierta frustración hacia las expectativas que había despertado la Estrategia Europea. En efecto, el muy escaso conocimiento de la materia por parte de los interesados y la insuficiente implicación de los interlocutores sociales y de la sociedad civil plantean la necesidad de trascender algo que en la práctica se había convertido en poco más que una operación de imagen [127]. De hecho, la Comisión, al evaluar los primeros cinco años de Estrategia Europea de Empleo, ha tenido que señalar como los retos fundamentales de su efectividad futura la implicación de todos los agentes —sociedad civil, interlocutores sociales y autoridades regionales y locales, entre otros— [128]. Conviene, por todo ello, reflexionar sobre el papel que estas entidades han desempeñado hasta la fecha en esta parcela de la política social europea.

No sin antes añadir un par de reflexiones adicionales. La primera, relativa al papel que deben desempeñar , en una buena gobernanza, las instituciones comunitarias. Se ha insistido, en este sentido, en que el MAC no puede suponer un camino para obviar la intervención necesaria del Parlamento Europeo en la configuración y desarrollo de, entre otras, la política europea de empleo. Además, no cabe duda de que la información que se genere a través del método debe sentar las bases para determinar si es precisa la adopción de alguna medida legislativa a través de los mecanismos tradicionales[129]. Y también debe destacarse el peso de la Comisión. En realidad, el quehacer del Parlamento y del Consejo debe limitarse al establecimiento de los principios esenciales, en tanto que a la Comisión le compete el diseño de los detalles técnicos. Además, ésta ostenta la posición de intérprete última de las directrices de empleo, y de árbitro final sobre cuáles sean las mejores prácticas. Pero, probablemente, su protagonismo debiera crecer a costa de los gobiernos de los Estados miembros, con el fin de uniformar más las políticas de empleo y acaso permitir un más factible ámbito de configuración de normas vinculantes. En realidad, es el binomio Comisión-Parlamento el que dinamiza la aparición de las mismas, y probablemente también debería funcionar en el ámbito de la EEE [130].

La segunda versa sobre lo que se ha dado en llamar la gobernanza reflexiva. Enunciada conceptualmente, esta teoría propugna que las condiciones bajo las cuales haya de tener éxito un proceso de deliberación deben ser primeramente identificadas, y , posteriormente, se ha den de crear y mantener, sin que sea suficiente confiar en que se produzcan espontáneamente. En este sentido, no se trata tanto de que se ordenen desde las

---

[127] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *op. cit*., p. 4.

[128] Véase el documento «Propuesta para una Decisión del Consejo sobre las Directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros», de 8 abril 2003, COM(2003) 176 final.

[129] ASHIAGBOR, D.: *The European…*, cit., p. 236.

[130] Sobre estas reflexiones, véase de nuevo A SHIAGBOR, D.: *op. cit*., pp. 235 ss.

instancias de gobierno cambios sustantivos como de inducir a los agentes sociales para que ellos mismos autorregulen los cambios precisos, particularmente a través de sistemas de participación y de representación. En suma, la gobernanza reflexiva pretende la consecución de ciertos fines mediante mecanismos indirectos, que se basan fundamentalmente en estimular y facilitar dichos sistemas de autorregulación[131]. Pero, para que ello sea así, ha de tenerse en cuenta la composición de lugar que los propios actores sociales se hacen de sus propios intereses y de las condiciones en que ellos deben actuar. Todo ello tiene mucho que ver con el entorno institucional en que se ubican y con la responsabilidad y reconocimiento de que hayan sido objeto por parte del poder público. En este sentido, las partes sociales, o las autoridades regionales y locales, o, en general, la sociedad civil, sólo serán protagonistas concientes y responsables dentro de un MAC como puede ser el que se desarrolle en materia de empleo en la medidas en que se doten las herramientas necesarias para que se anime una deliberación fluida y continuada entre todos ellos. Y la ausencia de mecanismos para alcanzar una común percepción de la realidad o, al menos, una percepción de la realidad compartida, tiende a frustrar la eficacia de los mecanismos participativos[132].

Por lo tanto, no es suficiente con constatar que en la EEE ha sido francamente débil la participación de otras instancias al margen de la Comisión, del Consejo y de los gobiernos de los Estados miembros. Hay que trascender ese dato para, en positivo, remover los obstáculos materiales que hayan contribuido a que ello sea así. Si no han asumido el protagonismo que de ellos se esperaba, habrá que verificar dónde están los vicios de la puesta en práctica del sistema.

1. La implicación de las partes sociales

Ya he puesto de manifiesto que uno de los defectos a los que más reiteradamente se ha hecho referencia ha sido la baja participación de las partes sociales y a que, en el contexto de la EEE, las partes sociales no se han integrado totalmente al proceso de formulación de políticas [133]. El diseño de los PNA está transido de un fuerte carácter gubernamental, hasta el punto de que la presencia de or ganizaciones sindicales y empresariales resulta poco más que anecdótica. Y, desde luego, las fórmulas de consulta tienen lugar a un nivel mucho más burocrático y de tecnócratas, en contraste con el muy relevante papel que tiene la concertación social en el ámbito estatal en relación con otras materias [134].

---

[131] Hobbs, R. y N joya, W.: *Regulating the European Labour Market…*, cit., pp. 297-8.
[132] De Schutter, O. y D eakin, S.: *Reflexive governance…*, cit., pp. 7 ss.
[133] Szyszczak, E.: *op. cit*., p. 499.
[134] Smismans, S.: *op. cit*., p. 7.

Consecuentemente, el diagnóstico general consiste en que la débil implicación ha producido un muy escaso compromiso de las dos partes en el desarrollo de las estrategias europeas en materia de empleo [135]. En realidad, el Consejo y la Comisión han sido muy conscientes de este déficit desde ya hace algunos años, de tal forma que desde el año 2000, y en particular desde los Consejos de Lisboa y de Santa María de Feira se ha insistido mucho en la necesidad de interesar y de otorgar protagonismo a las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Y, desde las Directrices de 2001 y 2002, dicho interesamiento ha constituido un objetivo horizontal que debía tomarse en consideración en los por aquel entonces cuatro pilares de la estrategia de empleo [136]. De forma más asertiva, las Directrices para el año 2004 expresaban que, de acuerdo con las tradiciones y prácticas internas, las partes sociales deben ser invitadas, en el nivel estatal, para asegurar la efectiva ejecución de dichas directrices[137].

Las razones que aconsejan esta mayor implicación son tanto de legitimación como de eficacia. En cuanto a esta última, ya se ha dicho que el compromiso de las partes sociales propiciará sin duda una mayor efectividad en la EEE desde su consideración como un método abierto en el que la gobernanza reflexiva debe orientar las actuaciones comunitarias y estatales. Desde luego, tal implicación alberga múltiples potencialidades y enriquece mucho todas las técnicas características del MAC [138].

La contribución de las partes sociales puede proyectarse en varios niveles. Por ejemplo, en el nivel estatal pueden contribuir a la aplicación de las directrices comunitarias a través de la concertación social tripartita, o mediante el diálogo social bipartito, ya al margen de las instancias gubernamentales. Por supuesto, sus propias redes capilares de organización facilitan mucho que las iniciativas de empleo diseñadas a partir de la EEE puedan asimismo aplicarse o incluso generarse en los niveles inferiores de diálogo social, ya se trate de un nivel sectorial o incluso de empresa. Esto último, como se ha de ver, probablemente en coordinación con las autoridades regionales y locales [139].

Debe insistirse también sobre la conveniencia de promover una concertación social en los niveles regionales y locales. Resulta muy importante, en especial en el ámbito de los Estados Miembros con sistemas de gobierno más descentralizados —entre ellos quizá el Reino de España—, aunque no sólo en ellos, comprobar cómo en los últimos años se ha ido

---

[135] Véase este diagnóstico en FREDMAN, S.: *Some way to go: the European Employment Strategy re-assessed*, 2001, en la web www.competition-law.ox.ac.uk/ielc. También, en RAVELLI, F.: *Il coordinamento…*, cit., p. 30.

[136] SMISMANS, S.: *op. cit.*, p. 12.

[137] Véase esta referencia en HOBBS, R. y NJOYA, W.: *op. cit.*, p. 307.

[138] TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L.G.: *op. cit.*, p. 358.

[139] Estas ideas en SMISMANS, S.: *op. cit.*, pp. 9-10.

erigiendo una micro-concertación que ha acompañado la que se ha desarrollado, con menos vigor que en años anteriores, en el nivel estatal. Pero es preciso que unas prácticas similares se produzcan también en materia de empleo, por ejemplo mediante el fortalecimiento del papel de las partes sociales en la formulación de buenas prácticas y de modelos a seguir en el ámbito de los PNA [140].

Ahora bien, que ello sea así requiere un presupuesto que acaso no se produzca en el grado deseado en todos los ámbitos territoriales en los que estas recetas deben ser aplicadas. Me refiero a la suficiente implantación y a la existencia de un soporte organizativo suficiente por parte de las organizaciones sindicales y empresariales en los ámbitos regionales y locales, a los efectos de que pueda producirse la oportuna microconcertación con las autoridades de dichos ámbitos geográficos [141]. Se trata de una condición que, en apariencia, no deja de producirse, salvo excepciones, por lo que respecta al Reino de España, pero que habría que verificar en su contexto desde la perspectiva de una buena gobernanza. Y, más allá de esta implantación y mínima estructura, se requiere la existencia de unas relaciones fuertes y fluidas entre las partes sociales y las autoridades regionales y locales. A este respecto, la experiencia española cuenta con el sólido pilar de los consejos económicos y sociales, que han permitido la formalización de unas relaciones continuadas para una importante variedad de materias relacionadas con el desarrollo territorial. Pero, por lo que respecta a los temas de empleo, probablemente sea verdad, con carácter general, la afirmación de que la interlocución entre las autoridades y las partes sociales no haya sido tan fluida como debiera.

Por supuesto, la interlocución de las partes sociales en materia de empleo, a todos los niveles funcionales y territoriales, y en torno a la EEE, debiera soportar, animar y evaluar los esfuerzos que realizan los Estados Miembros en la ejecución de las directrices, de las recomendaciones y de sus propios PNA. Pero también deberían desarrollar su propio proceso de *benchmarking* y desarrollar indicadores adecuados, así como *peer review* y datos estadísticos con el fin de medir los progresos que se produzcan en las áreas de actuación total o parcialmente confiadas a su responsabilidad [142].

Bien es cierto que el papel que deben asumir las organizaciones sindicales y empresariales no es uniforme en todo el ámbito de actuaciones relacionadas con la EEE. Se ha hecho referencia a que ciertas materias les competen prácticamente en exclusiva, en especial en los sistemas de relaciones laborales dotados de una concertación social fluida y eficien-

---

[140] Véase esta propuesta en DE SCHUTTER, O. y DEAKIN, S.: *op. cit.*, pp. 12-3.

[141] Desde el prisma de SMISMANS, S.: *op. cit.*, p. 22, esta implantación resulta a todas luces insuficiente.

[142] SMISMANS, S.: *op. cit.*, p. 12.

te y de una negociación colectiva con ciertos niveles de desarrollo. Por ejemplo, muchos de los aspectos de lo que se ha dado en llamar la «adaptabilidad», en especial todo lo relacionado con la «modernización de la organización de trabajo» o con la formación continua de las personas trabajadoras. En otros ámbitos materiales, su responsabilidad se traduce más bien en cooperar con el Estado en la puesta en práctica de ciertas políticas o la prosecución de ciertos objetivos. Entre ellos, por ejemplo, la lucha contra el trabajo informal, la reducción de las brechas cuantitativas y cualitativas entre el trabajo de hombres y mujeres o la conciliación de la vida familiar y laboral. A este respecto, las Directrices posteriores a la Cumbre de Lisboa vienen reconociendo sin fisuras estos importantes papeles. Pero no sucede así en otras materias, quizá porque con relación a ellas se les supone un mar gen de actuación más modesto. Con toda probabilidad, debería plantearse con mayor grado de análisis cuál deba ser el nivel de implicación de las partes sociales en todos los contenidos de la política comunitaria de empleo. Porque sólo muy excepcionalmente podría reconocérseles un reducido protagonismo.

En otro orden de ideas, hay que reconocer un importante papel de la negociación colectiva en torno a la materia del empleo, como mecanismo de salvaguarda del mismo, especialmente en períodos de crisis económica. Sin perjuicio de que las experiencias a este respecto sean muy diversas, puede aludirse a una ensayada en Europea desde comienzos de los años 2000 y que tiene mucho que ver con la EEE, y que se refiere a una relación de intercambio entre el mantenimiento de puestos de trabajo o la asunción de compromisos de no deslocalización de la actividad o de partes de la misma de una parte y una flexibilización de las condiciones de trabajo de la otra [143].

2. La implicación de las autoridades regionales y locales

En relación con las autoridades regionales y locales, bastantes de las afirmaciones que se han formulado sobre las partes sociales serían de igual aplicación. El MAC sólo puede ser fructífero en cuanto al análisis de las mejores prácticas a través de la técnica del *benchmarking* en la medida en la que se anima la participación en los ámbitos territoriales descentralizados. La aplicación y puesta en práctica de la EEE, así como su revisión y análisis, requieren, pues, un activo empeño de dichas autoridades. Ya he hecho referencia a su importante papel como agentes fundamentales de la micro-concertación social. Pero, al mar gen de esa idea, debe reconocerse que su importancia es creciente, en una realidad que puede definirse como de tendencia hacia la «territorialización» de las po-

[143] Destacándola, entre las sinergias de la política de empleo, S MISMANS, S.: *op. cit*., p. 19.

líticas de empleo. En efecto, existe un creciente convencimiento de que la lucha por el empleo y contra el desempleo no se debe afrontar básicamente como un tema dependiente de políticas macroeconómicas centralizadas, sino que deben tomarse en consideración también los problemas particulares y el potencial que puedan aportar las condiciones y circunstancias locales. Este punto de vista favorece que se les atribuyan a las instancias de gobierno infra-estatales crecientes competencias y compromisos en el diseño, desarrollo y aplicación de las políticas activas de empleo. Además, la «territorialización» de las políticas económicas y sociales, y entre ellas las de empleo, favorece un desarrollo económico endógeno, como parece que puede contrastarse empíricamente a través de las experiencias más recientes [144].

Pese a todo lo dicho, la propia Comisión ha reconocido en alguna ocasión que la implicación de las autoridades regionales y locales ha sido, en los primeros años de desarrollo de la EEE, claramente insuficiente, como se expresa en el documento de la Comisión «Fortalecimiento de la dimensión local de la Estrategia Europea de Empleo» [145]. Y este déficit se traduce en que faltan estrategias a nivel local, más allá de iniciativas y proyectos aislados.

Desde luego las normas del Título VIII del Tratado no favorecen una configuración de la EEE que tenga excesivamente en cuenta las experiencias locales. De hecho, las autoridades infra-estatales son las grandes olvidadas en los arts. 125 y ss., y muy en particular en el artículo 128. En realidad, la dimensión local y regional de la política de empleo sólo es objeto de consideración indirecta con ciertas competencias de consulta que el artículo 129 le confiere al Comité de las Regiones. Dicho artículo 128 parte de una fuerte centralización del diálogo entre las instancias comunitarias y los gobiernos en torno a las directrices, las orientaciones y los PNA. Ello favorece una política de empleo asimismo centralizada, en la que las experiencias, los modelos y las buenas prácticas fluyen en una sola dirección, a modo de recetas, desde la Comisión o los gobiernos de los Estados miembros hacia las regiones y los ámbitos locales, sin que las experiencias positivas que se ensayan con éxito en éstos contribuyan suficientemente a enriquecer el modelo comunitario. Es decir, el propio diseño del Tratado dificulta que el *benchmarking* circule «de abajo a arriba», como debiera ser lo más natural y fructífero. Dicho en otras palabras, en la labor de la Comisión Europea acaso sobre un poco de tecnocracia y falte algo más de atención a la aplicación contextualizada de las recomendaciones y las directrices. Desde luego, hay un llamativo contraste entre la fuerte centralización de que hace gala el Tratado y la retórica descentralizadora que utiliza en sus documentos la Comisión.

---

[144] De nuevo hay que citar a este respecto a SMISMANS, S.: *op. cit.*, particularmente en pp. 19 ss.

[145] De fecha 6 noviembre 2001. COM(2001) 629 final.

Incluso al margen de las reglas del Tít. VIII, una eficaz participación de las esferas de gobierno infra-estatales encuentra otros obstáculos. Por ejemplo, las directrices del Consejo y, en general, el propio MAC en materia de empleo confieren singular protagonismo a cuestiones que no entran dentro de las competencias de estas autoridades. Por ejemplo, incentivos, bonificaciones o deducciones fiscales, la mayoría de ellas sólo aplicables previa reforma de normas estatales, o bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social, o ciertas reformas de «modernización» de los mercados de trabajo. Sin perjuicio de lo cual, las mismas directrices les reconocen un creciente espacio en ciertos aspectos de la EEE, en particular en todo lo que tiene que ver con lo que se ha dado en llamar el «espíritu de empresa» — *entrepeneurship*—. A este respecto se trata de animar a los gobiernos regionales y locales a desarrollar todas las posibilidades para la creación de empleos a nivel local y de promover todas las iniciativas posibles con esta finalidad. También se alude a ellas en cuanto a la necesaria adaptación de las condiciones de trabajo a favor del empleo, pero se ha omitido tradicionalmente la referencia a las mismas en un tema en el que están llamadas a desempeñar un papel al menos tan importante como el de los gobiernos, como es el de las medidas necesarias a favor del empleo —el clásico pilar de la *employability*[146]—.

En términos más generales, no cabe duda de que el éxito del MAC en materia de empleo depende de un adecuado uso de todos los resortes institucionales. De que los Estados tengan en cuenta la dimensión regional de la política de empleo y de que exista una interacción horizontal entre todos los actores que desarrollan su actividad en los ámbitos más descentralizados, no sólo las autoridades de gobierno y las partes sociales sino, en general, todos los cuerpos intermedios que conforman la sociedad civil. Es decir, a la par que una descentralización «vertical», en la que los gobiernos de los Estados miembros incluyan como protagonistas del proceso a las autoridades infraestatales, debe producirse una descentralización «horizontal» en la que éstas practiquen una interlocución fluida e integren en sus políticas a todo este elenco de actores de las políticas de empleo comunitarias. Todo ello genera un modelo de gobernanza comunitaria basado en una aproximación descentralizada.

Si estas reflexiones se aproximan un poco más a la realidad del Reino de España, las deficiencias resultan muy ostensibles. Los sucesivos PNA no han constituido en absoluto un elemento central de debate para que se discutieran y definieran las prioridades internas en materia de empleo más allá del estrecho círculo de personas que intervinieron en su diseño. Y, si ello ha sido un rasgo común en todos los Estados Miembros, desde luego nuestra realidad no ha sido ajena a tal circunstancia. Las partes sociales, por lo menos por lo que respecta al PNA de 2004, han de-

[146] Sobre esta crítica, de nuevo S MISMANS, S.: *op. cit*., p. 13.

nunciado el escaso nivel de interlocución al que han tenido acceso, de tal forma que la consulta que se ha practicado con ellas ha resultado en la práctica bastante estéril [147]. Y, a mayor abundamiento, debe reconocerse que nuestro plan de empleo precisa de una mayor legitimidad política y de hacerse más visible a los agentes sociales y a la opinión Pública. No puede ser un documento que se aprueba de forma casi clandestina en el Consejo de Ministros para ser enviado a Bruselas, sin ningún tipo de publicidad oficial, y sin que el Parlamento intervenga mínimamente [148].

Hay que advertir, así pues, que las Comunidades Autónomas cuentan con muy importantes competencias en materia de empleo, puede decirse que del grueso de las mismas [149], después del proceso de transferencias iniciado a mediados de la década pasada y de la entrada en vigor de la Ley 56/2003, de 16 diciembre. De ahí que la coordinación de la Administración del Estado con ellas resulte ineludible para enmarcar correctamente la estrategia europea con las políticas internas. Pero tampoco puede olvidarse que las Corporaciones Locales emprenden asimismo iniciativas muy importantes en esta materia que hay que orquestar asimismo con todos los demás ámbitos territoriales. Sólo así puede conseguirse una política de empleo convenientemente articulada.

* * *

Esta doble implicación, tanto a nivel de partes sociales como de autoridades regionales y locales, plantea una cuestión de suma importancia en la transferencia de políticas de empleo, en el marco del MAC y de la buena gobernanza, como es la de si debe prevalecer un sistema de aprendizaje «de arriba a abajo» (*top-down*) en el que las buenas prácticas se diseñen desde los ámbitos comunitarios o acaso estatales para ser asumidos en los niveles territoriales y funcionales inferiores, o acaso debe predominar un sistema más bien inverso, en el que los Gobiernos, la Comisión y el Consejo hacen suyas iniciativas y buenas prácticas que se hayan adoptado en desarrollo de la EEE en los niveles más descentralizados para asumirlas dentro del bagaje comunitario, a modo de un sistema «de abajo a arriba (*down-top*). Desde luego, y a primera vista, las técnicas más carácterísticas del MAC, y en especial el *benchmarking* y la *peer-review* invitan a decantarse más bien por esta segunda opción, sin desprecio, desde luego, de la primera.

En realidad, ambas transferencias no son incompatibles entre sí. Resulta obvio que, en una primera fase del proceso, en tanto que se trata de enunciar objetivos generales y principios de actuación, así como de dise-

---

[147] Véanse más detalles en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *Gobernanza y política de empleo*, cit., p. 8.

[148] Hago mías las palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *op. cit.*, p. 8, que me he limitado a parafrasear.

[149] Insiste en esta idea TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *op. cit.*, p. 72.

ñar el mínimo común denominador que ha de orientar la política comunitaria, el proceso debe de circular «de arriba a abajo», pero la fase subsiguiente de análisis y confrontación de cómo los Estados miembros ejecutan las directrices y recomendaciones invierte el sentido de la circulación para propiciar un aprendizaje «desde abajo» [150]. Resulta de suma importancia el aprendizaje *top-down* porque es el que dota de coherencia al sistema y permite que las ideas y principios que se desarrollan a nivel comunitario influyan gradualmente el desarrollo de las políticas estatales, regionales y locales [151]. Pero, en la medida en la que se confieran grandes dosis de autonomía a los niveles inferiores, como es característica esencial de los sistemas orientados por el principio de subsidiariedad, la capacidad de ensayar soluciones autónomas ha de proporcionar una muy valiosa información para que los ámbitos superiores puedan tenerlas en cuenta en todo lo positivo que puedan tener en el cumplimiento y consecución de los objetivos generales [152].

Por su parte, el Comité de las Regiones, en el ámbito de las consultas que se le formulan al amparo del artículo 129 del Tratado, ha puesto de manifiesto la necesidad de prestar la debida atención a las experiencias regionales y locales para difundir las buenas prácticas que en ellos se desarrollen con el fin de exportarlas a otras realidades [153]. Ahora bien, debe reconocerse que un análisis objetivo de la realidad conduce al reconocimiento de que el flujo ha sido más bien desde arriba hacia abajo. Se ha producido fundamentalmente más una deliberación entre comités especializados que un proceso de deliberación y participación desde la base que reconozca la diversidad de realidades, asegure la participación local y se someta a escrutinio público. Donde más se ha avanzado es en el desarrollo de redes trasnacionales que implican a un reducido número de funcionarios comunitarios y estatales [154].

No obstante, el modelo debía girar hacia otro que introdujera mayores niveles de *benchmarking* y de aprendizaje desde experiencias descentralizadas, que implicaran redes en ámbitos inferiores lideradas por los actores sociales en los mismos. En el fondo, esta aproximación al MAC desde una perspectiva *down-top* implica una especie de relación de intercambio en el que a los niveles inferiores se les reconoce autonomía y capacidad de experimentación en la solución de problemas a cambio de proveer a los niveles superiores de información útil en la dirección del proceso, en este caso de la EEE [155]. En este contexto, se ha identificado el

---

[150] Así lo describe RAVELLI, F.: *op. cit.*, p. 15.
[151] Poniendo énfasis en esta idea, TRUBEK, D. M. y TRUBEK, L. G.: *op. cit.*, p. 356.
[152] SMISMANS, S.: *op. cit.*, p. 5.
[153] *Ibid.*, pp. 73-4.
[154] *Ibid.*, pp. 6 y 8.
[155] DE SCHUTTER, O. y DEAKIN, S.: *op. cit.*, p. 9.

MAC con el funcionamiento de un radar , entendido como un conjunto de redes de análisis y deliberación a la búsqueda de soluciones útiles [156].

V. LA FORMULACIÓN DE CONTENIDOS

1. Los pilares clásicos, su simplificación y la integración de directrices económicas y de empleo

A partir de la Cumbre de Luxembur go de 1997, se establecen las directrices que habrían de ser incorporadas en los PNA de los primeros años de estrategia. Y se formulan alrededor de cuatro pilares básicos: la mejora de la capacidad de inserción profesional — *employability*—, el desarrollo del espíritu empresarial — *entrepeneurship*—, el incremento de la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas — *adaptability*— y el fortalecimiento de las medidas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres — *equality*—[157]. Alrededor de ellos, que desde luego fueron concebidos desde las instancias superiores y sin un previo proceso de discusión en los niveles inferiores, se or ganizaron las directrices y las recomendaciones a lo lar go de los primeros cinco años de andadura de la EEE, y constituyeron, desde luego, el núcleo duro de la misma. En realidad, los cuatro se situaron a un mismo nivel de importancia, aunque acaso, tanto en sus aspectos cuantitativos como cualitativos, se le haya concedido una relevancia algo más especial a la capacidad de inserción profesional[158]. Además, debe anotarse que, a partir del año 2001, se establece un objetivo «transversal» consistente en desarrollar las condiciones para el pleno empleo en una sociedad basada en el conocimiento [159].

Como quiera que sea, el modelo de directrices cambia sustancialmente a partir de los años 2002-2003. En septiembre de 2002, la Comisión propone una reorganización sustancial de los procedimientos y fija cuatro grandes objetivos: reforzar la eficacia, mejorar la coherencia y complementariedad de los procesos, promover una mayor responsabilización del Parlamento Europeo, de los Parlamentos internos, de las partes sociales y de la sociedad civil y aumentar la visibilidad y transparencia de la estrategia[160]. En enero de 2003, la Comisión[161] enuncia tres objetivos fundamentales: el pleno empleo, la mejora de la calidad y de la productividad en el trabajo y el reforzamiento de la cohesión social y de la inclu-

---

[156] RADAELLI, C.M.: *The open method of coordination*…, cit., p. 25.

[157] Cfr. su enunciado en TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *op. cit*., pp. 61-2.

[158] De esta opinión se hace eco R AVEAUD, G.: *La Stratégie européenne*…, cit., p. 4.

[159] Sobre este particular, KOHL, J. y VAHLPAHL, T.: *The «open method of coordination*»…, cit., p. 9.

[160] Así los describen P OCHET, P. y DEGRYSE, C.: *La nouvelle*…, cit., p. 585.

[161] El futuro de la Estrategia Europea de Empleo (EEE): «Una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos» COM (2003) 0006 final.

sión. Y, para la consecución de los mismos, se enuncian diez directrices, conjuntamente con un mandato de mejora de la gobernanza del proceso. Poco más tarde, el Consejo hace suyo este modelo al adoptar las nuevas directrices de empleo[162].

Se abandona la anterior referencia a los cuatro pilares y se hace más expresa la relación entre la política de empleo y la política económica [163] y, en consecuencia, se intentan coordinar los ciclos temporales de enunciado y revisión de unas y otras. Se establece, por lo tanto, una revisión trianual de ambas[164], de modo que, en cumplimiento de las exigencias del artículo 128 del Tratado, de directrices anuales, se alternan unas detalladas y bien estructuradas —por ejemplo, las de 2003— con otras dos que, en la práctica, reiteran las anteriores —vg., las de 2004—, resultando que las modificaciones en los años intermedios han sido fuertemente limitadas[165]. Por su parte, la Cumbre de Bruselas de primavera 2005 opta por reformar la coordinación de ciclos de programación de las políticas económicas y de empleo a través de «directrices integradas», que el Consejo ha de dictar cada tres años, de las cuales ha de seguirse, a nivel interno, un «Programa de Reforma Nacional»[166]. Pero este tránsito entre 2003 y 2005 es deudor de las conclusiones del Informe Kok.

2. Los postulados del informe Kok

Se ha dicho que la estrategia de Lisboa debe dividirse en dos fases: antes y después del informe del grupo de alto nivel presidido por Wim Kok[167], publicado en noviembre de 2003 [168] y remitido al Consejo de primavera de 2004. En síntesis, este informe se plantea cuatro requisitos esenciales: incrementar la adaptabilidad de trabajadores y empresas, atraer a más personas al mercado de trabajo, invertir más y de forma más eficiente en capital humano y asegurar una efectiva puesta en marcha de las reformas a través de una mejor gobernanza [169].

---

[162] Decisión del Consejo de 22 julio 2003.

[163] La Comunicación de la Comisión de 3 septiembre 2002 COM(2002) 87 expresa la necesaria coordinación de las políticas económicas y de ocupación.

[164] Sobre este significativo cambio, Schäfer, A.: *A new form of governance?*..., cit., p. 79.

[165] Así lo aseveran Hobbs, R. y Njuya, W.: *Regulating the European Labour Market*…, cit., p. 306.

[166] Véase un resumen de estos cambios en Ravelli, F.: *op. cit*., pp. 17-8.

[167] Véase esta afirmación en Daly, M.: *EU social policy after Lisbon*, cit., p. 465

[168] *Jobs, jobs, jobs. Creating more employment in Europe*. El grupo estuvo compuesto, además de por Wim Kok, por Carlo Dell'Aringa, por Federico Durán López, por Anna Ekström, por Maria João Rodrigues, por Christopher Pissarides, por Annette Roux y por Günther Schmid.

[169] Una síntesis de estos postulados en Suárez Corujo, B.: *Una Europa Social en la economía mundial: empleos y nuevas oportunidades para todos. Una nueva agenda social*, RMTAS, núm. 62, 2006, p. 214.

No se trata ahora de describir en profundidad este informe, pero sí de poner de relieve algunas de sus afirmaciones en torno a dichos requisitos. En cuanto a la adaptabilidad, se afirma que para los trabajadores se trata de asumir un buen número de transiciones y cambios de todo tipo —vg., cambios geográficos, transiciones entre trabajo y formación, entre unos empleos y otros, entre la vida activa y la jubilación, entre el empleo y el desempleo... Para las empresas, se trata de crear unas condiciones propicias que pasen por, entre otras cuestiones, reducir trabas administrativas y legales, desarrollar servicios de asesoramiento, mejorar el acceso a financiación o reducir el nivel de los costes no salariales y , en suma, por valorar en mayor medida el espíritu de empresa. Se insiste en reducir los costes laborales no salariales, tales como los impuestos y las cotizaciones sociales, lo cual reviste una especial importancia para los salarios más bajos. Y, desde otro punto de vista, en la necesidad de fomentar redes de investigación y desarrollo. Pero, muy en particular, es importante la combinación de flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo —es decir, el tópico de la *flexicurity*—. A este respecto, el informe insta a que los Estados miembros examinen y , en su caso, realicen los ajustes oportunos, los niveles de flexibilidad que existen en el ámbito de los contratos de trabajo ordinarios, para hacerlos atractivos para ambas partes, a que revisen el papel que deben desempeñar otros modelos de contratos[170], desde los dos puntos de vista de empresa y persona trabajadora, a que se aseguren de que existe un grado adecuado de seguridad en todas las modalidades contractuales, para evitar la segregación del mercado de trabajo, y a que retiren los obstáculos para un adecuado funcionamiento de las empresas de trabajo temporal, como intermediarios efectivos en el mercado de trabajo que ofrezcan mejores condiciones de trabajo. Asimismo, debe mejorarse la or ganización del trabajo a través de una mayor flexibilidad en el tiempo de trabajo, hacerse más atractivo para ambas partes el régimen legal del contrato a tiempo parcial y adaptarse la protección social a las diversas transiciones en las carreras profesionales de los trabajadores.

Todavía en cuanto a la adaptabilidad, es necesario añadir un par de apuntes que se enfatizan en el informe. En primer lugar , que el término «flexibilidad» no pretende promoverse tan solo en beneficio de las empresas, sino también de los trabajadores, que requieren asimismo condiciones de trabajo flexibles. Y, en segundo, que el término «seguridad» no debe concebirse en la actualidad como un trabajo para toda la vida, sino desde una perspectiva más dinámica que se traduzca en la capacidad de las personas para permanecer y progresar en el mercado de trabajo. Tiene que ver con un salario digno, con el acceso a la formación continua,

[170] A este respecto, y en lo que atañe al Reino de España, se enfatiza el problema derivado de la segmentación del mercado de trabajo entre contratos de trabajo ordinario y modalidades temporales y la escasa utilización que se hace del empleo a tiempo parcial.

con unas condiciones de trabajo equitativas, con la protección frente a la discriminación y frente al despido injustificado, con ayudas en caso de pérdida del trabajo y con la facultad de movilizar los derechos adquiridos cuando se cambia de empleo.

En cuanto al requisito de atraer a más personas hacia el mercado de trabajo, se trata de conseguir que el hecho de trabajar merezca siempre la pena y de perseguir la integración de los colectivos con más dificultades, en particular mujeres, trabajadores mayores, minorías e inmigrantes. Hay que analizar los incentivos fiscales y de protección social para trabajar, especialmente entre los salarios más bajos y probablemente introducir beneficios de estos tipos para las personas que trabajen, con el fin de fomentar un mayor valor de sus empleos. Conviene asimismo evolucionar hacia sistemas de tributación de la renta de corte individual más que de corte familiar. Y tener en cuenta que unos sistemas tributarios y de cotización inadecuados fomentan la economía informal. A este respecto, debe constituir un objetivo esencial que aflore el trabajo no declarado. En cuanto a las medidas activas de empleo, resulta de la mayor importancia que los organismos de colocación ofrezcan servicios personalizados y que se ofrezcan rápidas respuestas en caso de cierres de empresas.

Particular atención se presta en este segundo requisito a los pasos que deben darse para incrementar la participación de las mujeres. Entre otras cuestiones, resulta muy ur gente eliminar los desincentivos a su integración en el mercado laboral, fundamentalmente todos los fiscales y salariales, y muy en especial reducir la brecha que las separa de los hombres. Es asimismo crucial mejorar las acuerdos colectivos e individuales que incrementen los atractivos del trabajo a tiempo parcial, posibiliten la interrupción o suspensión de las carreras profesionales e introduzcan condiciones de trabajo flexibles. En este sentido, también, aumentar el acceso y la calidad de los servicios de cuidado de niños y personas mayores y adoptar medidas que atiendan especialmente a las necesidades de las mujeres desfavorecidas. Muy en particular debe atenderse a la especial situación de debilidad de las familias monoporentales, cuyo riesgo de caer en las redes de la pobreza crece geométricamente.

Y otro colectivo al que el informe Kok le presta muy particular atención es el de los trabajadores mayores. Un mercado de trabajo inclusivo para con ellos tiene que incorporar medidas de incentivo para el retraso de la edad de jubilación, pero también bonificaciones y subvenciones para su contratación y medidas de or ganización del trabajo que les aporten un ambiente laboral seguro, saludable y adaptable a sus necesidades. A este respecto, hay que tener en cuenta que sus aptitudes profesionales acaso puedan estar obsoletas y que en ocasiones no gozarán de una óptima salud. Habría, por otra parte, que establecer —y mantener— unas normas de Seguridad Social que favorezcan el retiro gradual, flexible y a tiempo parcial.

Y, por lo que respecta a las minorías y a los inmigrantes, constituye una prioridad facilitar su acceso a la educación y a la formación profesional, combatir las discriminaciones de que puedan ser objeto en sus centros de trabajo, tener en cuenta las necesidades específicas de las inmigrantes mujeres, promover su establecimiento como empresarios y autónomos y mejorar el sistema de reconocimiento de competencias y cualificaciones. Muy en particular , hay que diseñar medidas que eliminen las barreras culturales y lingüísticas.

El tercer requisito se refiere a invertir más y de modo más eficiente en capital humano. Al respecto, el informe se centra en el concepto de aprendizaje continuo —*lifelong learning*— e insiste en la necesidad de facilitar a todas las personas el acceso a la educación secundaria y a un nivel mínimo de competencias profesionales, de disminuir el abandono prematuro de los estudios e incrementar el acceso de los jóvenes a la educación universitaria, de insistir en el acceso a la formación profesional para todo el mundo, en particular las personas poco cualificadas y discapacitadas y de anticiparse a las futuras demandas de competencias profesionales. Los conceptos de formación individualizada y de facilitar el acceso a la formación constituyen claves de esta recomendación.

Finalmente, y como último requisito, el informe Kok se detiene en cuestiones de buena gobernanza, a través de la implicación y cooperación de todos los actores relevantes. Habrá que promover pactos de empleo a nivel regional o local, desarrollar medidas por parte de los Estados miembros con objetivos claros y con disponibilidades presupuestarias proporcionadas, incrementar la eficacia de los servicios públicos de empleo, promover la participación activa de las partes sociales y animar y sostener redes e iniciativas conjuntas de aprendizaje, investigación y desarrollo. Resulta crucial y prioritario, concluye el informe, reformar la aplicación de las directrices comunitarias más que revisarlas. Y centrar la atención en cuatro direcciones fundamentales: primeramente, reforzar la importancia de las recomendaciones específicas que la Comunidad dirige a los Estados miembros. En segundo lugar , utilizar políticamente los presupuestos comunitarios, que deben estar dirigidos de forma más clara al cumplimiento de los objetivos de la Cumbre de Lisboa. En tercero, reforzar la implicación de los interlocutores sociales a nivel comunitario y reconocerles mayor protagonismo en la toma de decisiones. Por último, promover que se difunda el aprendizaje recíproco a través del intercambio de experiencias.

El informe Kok constituye, así pues, un documento extenso, con propuestas variadas y abierto, sin duda, a algunas críticas. Se ha destacado por algún autor su iniciativa de recomendar a la Comisión que publique cada año una especie de «clasificación» de los Estados miembros en sus progresos hacia los objetivos de la Cumbre de Lisboa, con el fin expre-

so de incrementar la presión pública hacia los Estados con peores indicadores[171]. Y se ha criticado, desde otro punto de vista, que su mayor debilidad consiste en basarse en criterios cuantitativos, pasando por alto otros de corte cualitativo [172]. Pero, más allá de estos comentarios, el informe muestra que los esfuerzos de la EEE han resultado insuficientes para el crecimiento de la economía y del empleo. Y que el reto más urgente consiste en mejorar la gobernanza [173].

3. La cumbre de Bruselas de marzo 2005 y el diseño actual

A comienzos de 2004, algún autor escribía que la política de empleo que se había propuesto definir la EEE partía de una fuerte impostura intelectual, porque partía de la hipótesis de que las cuestiones relativas al empleo y al desempleo podían ser aisladas de la política monetaria y presupuestaria. Y añadía que la jerarquía de instrumentos y de políticas es clara en Europa: en primer lugar debe atenderse a la política monetaria y a la lucha contra la inflación, a continuación se situaba el equilibrio presupuestario y sólo más tarde habrían de abordarse las políticas de empleo [174]. Si estas conclusiones ya se habían asumido a partir de los años 2002-2003, es claro que el Consejo de Bruselas de 2005 las hace suyas con mayor intensidad.

La lógica de integrar las Directrices generales de política económica y las de empleo se debe a la necesidad de mejorar los instrumentos de la Estrategia de Lisboa. En realidad, la integración no se plantea como un instrumento cerrado, como se comprueba al verificar que se ha optado por el instrumento jurídico de la Recomendación, frente a la tradicional Decisión sobre las directrices de empleo. Pero se adopta ante la práctica resignación a que los objetivos de pleno empleo diseñados en el año 2000 ya eran, hacia 2005, prácticamente inalcanzables [175].

Puede decirse, pues, que el Consejo de primavera de 2005 abre un nuevo ciclo de gobernanza, con la Recomendación del Consejo de 12 julio 2005 relativa a las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad (2005-2008) [176] y la Decisión del Consejo, del mismo día, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros [177]. El primer documento, la

---

[171] Destacando esta propuesta, SCHÄFER, A.: *A new form of governance?...*, cit., p. 85.

[172] Así se pronuncian DAVOINE, L. y ERHEL, C.: *Monitoring employment quality in Europe: European Employment Strategy indicators and beyond*, Document de Travail núm. 66, julio 2006, Centre d'Etudes de L 'Emploi.

[173] ASHIAGBOR, D.: *The European…*, cit., p. 138.

[174] RAVEAUD, G.: *La Stratégie…*, cit., pp. 12-3.

[175] Véanse estas reflexiones en ASHIAGBOR, D.: *op. cit.*, p. 136.

[176] Diario Oficial de la Comunidad Europea L 205/28 de 6 agosto 2005.

[177] Publicada en el mismo Diario Oficial.

Recomendación, contiene dos secciones, la primera referida a las políticas macroeconómicas para el crecimiento y el empleo [178] y la segunda a reformas macroeconómicas para incrementar el potencial de crecimiento en Europa[179]. En ellas se refleja no ya la interrelación entre la política económica y la de empleo, sino más bien la dependencia de la segunda con respecto a la primera [180]. Por lo que respecta a las específicas directrices de empleo, como quiera que sólo deben ser objeto de una revisión exhaustiva cada tres años, se fijan básicamente hasta el año 2008. Si eran 16 las contenidas en la Recomendación, las de la Decisión se enumeran del cardinal 17 al 24, con el evidente interés de reforzar la visión de conjunto, que todavía se comprueba más con las remisiones que en el documento se realizan a las directrices 1 a 16.

Por lo que respecta al contenido de las Directrices de empleo, es evidente que el Consejo hace suyas las reflexiones del informe Kok, como se comprueba en mayor medida con la lectura de los comentarios y especificaciones que se formulan en torno a cada una de ellas. Son las siguientes: 1) aplicar políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y de la productividad del trabajo y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial. 2) Promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de la vida. 3) Asegurar unos mercados de trabajo inclusivos, aumentar el atractivo del trabajo y hacer que el trabajo sea remunerador para los solicitantes de empleo, entre ellos las personas desfavorecidas y las personas inactivas. 4) Mejorar la adecuación a las necesidades del mercado de trabajo. 5) Promover la flexibilidad combinada con la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo, prestando la debida atención al papel de los interlocutores sociales. 6) Asegurar que la evolución de los costes laborales y los mecanismos de fijación de salarios favorezcan el empleo. 7) Ampliar y mejorar la inversión en capital huma-

---

[178] Que incluye 6 directrices: 1) garantizar la estabilidad económica y el crecimiento sostenible. 2) Salvaguardar la sostenibilidad económica y fiscal. 3) Promover una asignación de recursos eficiente. 4) Garantizar que la evolución salarial contribuya a la estabilidad macroeconómica. 5) Promover una mayor coherencia entre las políticas macroeconómicas, estructurales y de empleo. Y 6) contribuir al dinamismo y buen funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria.

[179] Las siguientes diez directrices: 1) aumentar la inversión en I+D. 2) Facilitar todas las formas de innovación. 3) Facilitar la difusión y uso efectivo de las tecnologías de información y comunicación y construir una sociedad de la información plenamente integradora. 4) Reforzar las ventajas competitivas de la base industrial de Europa. 5) Fomentar la utilización sostenible de los recursos y potenciar las siner gias entre la protección del medio ambiente y el crecimiento. 6) Ampliar y profundizar en el mercado interior . 7) Garantizar la apertura y la competitividad de los mercados dentro y fuera de Europa y recoger los beneficios de la globalización. 8) Crear un entorno empresarial más competitivo y fomentar la iniciativa privada. 9) Promover la cultura empresarial y crear un entorno favorable para las pequeñas y medianas empresas. Y 10) ampliar, mejorar e interconectar las infraestructuras europeas y ejecutar los proyectos transfronterizos prioritarios.

[180] RAVELLI, F.: *Il coordinamento*…, cit., p. 19.

no. Y 8) adaptar los sistemas de educación y formación en respuesta a las nuevas exigencias en materia de competencias.

En cuanto al Reino de España, en cumplimiento del mandato del Consejo de Bruselas de marzo 2005, en octubre de 2005 se aprueba el Programa Nacional de Reformas, bajo el Título de «Convergencia y Empleo». De los siete ejes que incluye, merecen destacarse especialmente a los efectos que aquí interesan el tercero —«aumento y mejora del capital humano»— y el sexto —«mercado de trabajo y diálogo social»—. En el primero de ellos, prácticamente se hace eco de algunas alusiones expresas que se habían formulado a las deficiencias del sistema español en el informe Kok. En el segundo, asume como principales problemas del mercado de trabajo interno el escaso volumen de empleo, especialmente femenino, y la segmentación del mercado de trabajo, provocada sobre todo por una tasa de temporalidad que duplica con creces la media europea. Frente a lo cual, propone unos objetivos mensurables y un dodecálogo de medidas que tienden a mejorar el funcionamiento de dicho mercado de trabajo: 1) medidas para incrementar el empleo de los jóvenes, 2) medidas para aumentar la tasa de ocupación femenina y eliminar su discriminación laboral, 3) medidas dirigidas a favorecer la conciliación de la vida laboral y personal, 4) puesta en marcha de la ley de dependencia, 5) medidas dirigidas a apoyar la prolongación de la vida activa y de la modernización de los sistemas de protección social, 6) medidas para favorecer la integración laboral de las personas con discapacidad y otras personas o colectivos en situación o riesgo de exclusión social, 7) medidas para mejorar el funcionamiento de las instituciones del mercado de trabajo, 8) gestión adecuada de los flujos migratorios, 9) medidas destinadas a reducir la temporalidad, 10) medidas para promover el empleo autónomo y la economía social, 1 1) medidas para mejorar el sistema de salud y seguridad en el trabajo, y 12) apoyo al mantenimiento y consolidación del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva.

Visto este panorama en su conjunto, y con más de un año de perspectiva, no cabe duda de que se han acometido iniciativas y reformas legales en muchos de los aspectos enunciados en el Programa. No obstante, casi todos los defectos de una mala gobernanza se vuelcan en este documento, que ha pasado prácticamente desapercibido más allá de un selecto grupo de expertos. Bien es cierto que, en el apartado de «evaluación y seguimiento. Rendición de cuentas» se hace una especie de «propósito de la enmienda» al expresarse cuanto sigue: «el Gobierno es consciente del papel crucial que deben jugar los interlocutores sociales, las Comunidades Autónomas y el Parlamento para que este PNR cumpla los objetivos que se ha fijado y que han sido ampliamente compartidos. Por ello, el Gobierno mantendrá el diálogo para la elaboración de estos informes con los interlocutores sociales, con los representantes de las regiones, con el Parlamento, con las cámaras de comercio y con el resto de agentes que han

colaborado en este PNR y se reunirá con ellos al menos dos veces al año…»[181]. Pero este mismo diálogo y corresponsabilización no se vislumbra en los ejes temáticos, que están marcados por una fuerte consideración de las políticas desde la Administración del Estado. Por mucho que se hubiera consultado con muchos actores sociales el diseño del Programa.

4. Un apunte sobre los aspectos cualitativos de la política de empleo

En el desarrollo de la EEE se ha producido una tensión tradicional entre objetivos cualitativos y objetivos cuantitativos en materia de empleo. Se trata de la dialéctita entre más empleo y mejor empleo o empleo de calidad, si es que esta dialéctica existe. En síntesis, el problema de fondo consiste en verificar si la EEE, en su objetivo de crear más empleos, ha renunciado al de que éstos sean decentes o de calidad [182]. O, más ampliamente, si dicha calidad está reñida con otras políticas comunitarias, como la monetaria dirigida a la limitación del gasto. Como botón de muestra, se ha enfatizado ya hace tiempo hasta qué punto se ha producido una flexibilidad excesiva en la utilización de contratos temporales o a tiempo parcial al mar gen de la voluntad de los trabajadores, en Estados como el Reino de España o la República de Italia [183], pero también en otros como la República Helénica, la República de Portugal, el Reino de Suecia o la República de Finlandia [184].

Antes de las reformas de los años 2002-3 en las directrices de la Comisión, la doctrina[185] puso en guardia sobre la tendencia del pilar del espíritu de empresa hacia una agenda desreguladora, contra la que había que asegurarse de que la EEE no comprometiera los derechos tradicionales, y otro tanto podía predicarse del pilar de la adaptabilidad. En efecto, hasta la Cumbre de Lisboa es indudable que los criterios cualitativos ocupan claramente un segundo plano en la política de empleo. En el fondo, la inclinación hacia la cantidad tiene su explicación parcial en la comparación de los resultados de Europa con los de EEUU, en los que está suficientemente descrito cómo a lo lar go de las décadas de los ochenta y de los noventa la creación de empleo estuvo ligada a una fuerte y creciente desigualdad, en especial en el ámbito salarial [186].

No obstante, a partir de la Cumbre de Niza de diciembre de 2000 el Consejo comienza a poner cierto énfasis en la consecución de determi-

---

[181] Comentando estos pasajes en torno a la participación de las CCAA, en un tono acaso optimista en exceso, T ERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *op. cit*., p. 72.

[182] Así expuesto en F REDMAN, S.: *Some way to go…*, cit., p. 1.

[183] Véanse referencias al respecto en A SHIAGBOR, D.: *op. cit*., p. 179.

[184] *Ibid*., p. 184.

[185] FREDMAN, S.: *op. cit*., p. 2.

[186] ASHIAGBOR, D.: *op. cit*., p. 180.

nados estándares de calidad en el empleo [187]. Posteriormente, en la Cumbre de Estocolmo de marzo de 2001 —el primero de los Consejos de primavera— este tópico va ganando centralidad [188] y en la Cumbre de Laeken de diciembre de 2001 se definen por fin ciertos indicadores de calidad en el empleo[189]. Y, como ya se ha dicho *supra*, a partir de las directrices del año 2002 ya se explicita más la búsqueda de la calidad en el trabajo como un objetivo horizontal, además de como una directriz específica.

En realidad, hacia los años 2001 y 2002 esta irrupción de elementos cualitativos coincide con la aprobación de ciertas directivas que se orientan por la misma senda. Se trata, por ejemplo, de las directivas de participación de los trabajadores —entre ellas, y sobe todo, la Directiva 2002/14/CE, de 11 marzo—, o de las de igualdad —por ejemplo, a Directiva 2002/73/CE, de 23 septiembre, hoy compilada en la Directiva 2006/54/CE, de 5 julio—, o de la de garantías en caso de insolvencia del empresario —Directiva 2002/74/CE, de 23 septiembre—. Es decir, directivas que inequívocamente reconocen un suelo de derechos a todos los trabajadores de la Comunidad Europea. No puede dejar de reconocerse la evidente conexión entre la presidencia sueca del primer semestre de 2001 y de la Cumbre de Estocolmo con este desarrollo del derecho derivado. Porque en el tópico de «mejores trabajos» de la EEE estaba claramente implícito el mensaje de que habría que desarrollar paralelamente medidas de *hard law* al amparo del método comunitario tradicional.

Pero, con todas las modificaciones en el diseño de la EEE, la disyuntiva entre elementos de cantidad y de calidad se manifiesta a través de parámetros distintos. Bien es cierto que los indicadores se han ido definiendo sin excesivos cambios desde 2001, con base en dos grandes categorías: las características del trabajo considerado en sí mismo y las características del contexto en el que se desarrolla. En el primer grupo se encuadrarían la calidad intrínseca del trabajo y las competencias, formación y promoción profesional. En el segundo, una pléyade de indicadores tales como la igualdad de género, la seguridad y salud en el trabajo, la flexibilidad y seguridad, el acceso al mercado laboral, la or ganización productiva, la conciliación de la vida laboral y familiar , el diálogo social y la implicación de los trabajadores, la diversidad y no discriminación y la productividad[190]. Ello no obstante, se ha puesto de manifiesto que en los últimos años se ha producido cierto deslizamiento hacia una situación en que la calidad se interpreta cada vez más en términos de productividad y de atractivos financieros previstos para la creación de puestos de

---

[187] Como reconoce O'Connor, J.: *Policy coordination, social indicators*…, cit., p. 346.

[188] Pochet, P. y Degryse, C.: *La nouvelle strategie*…, cit., p. 583.

[189] Davoine, L. y Erhel, C, *Monitoring employment quality*…, cit., p. 6.

[190] Véanse enunciados en Davoine, L. y Erhel, C.: *op. cit*., p. 6. También en Ravelli, F.: *op. cit*., p. 23.

trabajo[191]. Y con la dificultad añadida de la propia debilidad del tópico, que se ha definido en términos excesivamente vagos y sin que realmente exista un conocimiento de la situación al respecto en los diversos Estados miembros.

Por su parte, la Comisión se ha empeñado en apuntar pautas a partir de esos indicadores. Por ejemplo, en cuanto a la formación de las personas trabajadoras, podría recurrirse al nivel de instrucción de los jóvenes, tasa de participación en la formación reglada, ocupacional y continua, inversión en recursos humanos o en la formación de personas adultas. Por lo que respecta a la seguridad y a la salud en el trabajo, podría recurrirse a tasas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Y en referencia a la or ganización del trabajo, cabría aludir a la posibilidad de obtener permisos parentales o de obtener medidas de horario flexible a favor de los trabajadores —aunque este criterio sería de muy difícil medición—. En resumen, cabría ir construyendo criterios, a cuyo fin los indicadores de Laeken pueden seguir siendo plenamente vigentes. Aunque la Comisión se ha visto en la tesitura de plantear elementos de medición en torno a la *flexicurity*, a cuyo fin había que verificar cuestiones tales como el porcentaje de trabajadores sometidos a condiciones flexibles, procesos de cambio de un empleo a otro y períodos intercurrentes de desempleo o número de personas que practican la movilidad geográfica[192]. Aunque habría que advertir que los datos numéricos por sí solos no aportarían una información suficientemente relevante. También se valora desde la EEE el comportamiento de los Estados Miembros en cuestiones tales como la lucha contra el trabajo no declarado, el número de trabajadores pobres, los índices de satisfacción en el trabajo, la brecha entre salarios masculinos y femeninos y la segregación entre géneros [193].

En resumidas cuentas, el tópico de la calidad continúa repleto de incertidumbres. Bien es cierto que las directrices se han vuelto más complejas y elaboradas y que, en cuanto al empleo, introducen vectores que trascienden claramente lo cuantitativo. Pero también lo es que la coordinación —o, mejor dicho, la subordinación— de la política de empleo con la política económica erosiona esta aproximación más cualitativa. Ya se ha dicho antes que el informe Kok supuso un refuerzo de los elementos numéricos y de todo lo fácilmente mensurable. Y, si dicho informe ha tenido tanto impacto en las directrices de empleo, como una parte de las directrices integradas, sin duda que la calidad se ha vuelto a resentir . No en vano en las directrices generales de política económica siempre ha prevalecido el criterio de

---

[191] DAVOINE, L. y E RHEL, C.: *op. cit*., p. 6.

[192] Unos datos y unas reflexiones sumamente interesantes al respecto en R AVELLI, F.: *op. cit*., pp. 20 ss.

[193] ASHIAGBOR, D.: *op. cit*., p. 183.

que una protección laboral y de Seguridad Social excesiva constituye un obstáculo a la creación de empleo [194].

5. Los últimos acontecimientos

El Consejo de primavera de 2006, de 23-24 marzo 2006 en Bruselas incluyó como pieza fundamental, en su anexo II, el Pacto Europeo por la igualdad de género, a la vista de que la disparidad entre hombres y mujeres sigue siendo considerable. Pero, en términos generales, la situación de empleo se valora en un sentido muy positivo desde las instancias comunitarias, como se refleja en la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de primavera que se titula gráficamente «Un año de resultados»[195]. O también en las Recomendaciones del Consejo a los Estados miembros[196], las cuales, por lo que respecta al Reino de España, se refieren a un avance adecuado, sin perjuicio de algunos aspectos susceptibles de mejora, ente otros la necesidad de que se «modernice la protección de empleo, incluyendo una legislación que estimule la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral, combata la segmentación y aumente el atractivo del trabajo a tiempo parcial» y la puesta en marcha de la reforma educativa subsiguiente a la aprobación de la nueva ley or gánica de educación.

También el Consejo de Primavera de Bruselas de 8 y 9 marzo de 2007 describe una situación de optimismo —«Europa está disfrutando en la actualidad de una mejora económica y las reformas están comenzando a traducirse en crecimiento y puestos de trabajo»—. En su parágrafo cuarto lanza un llamamiento a una adecuada aplicación del MAC, basado en la responsabilización de la sociedad civil, interlocutores sociales, regiones y autoridades locales y en el intercambio de prácticas idóneas. Por lo que respecta a cuestiones específicas de empleo —no puede decirse que el reciente Consejo se haya focalizado demasiado en esta materia— destaca el énfasis que se pone en el tópico del «buen trabajo», del cual enuncia los principios subyacentes: derechos y participación de los trabajadores, igualdad de oportunidades, seguridad y protección de la salud en el trabajo y una or ganización de trabajo conciliable con la vida familiar. Y muy en particular, muestra un interés fuerte por el debate relativo a la «flexiseguridad», que entiende decisivo en una política que

---

[194] Ashiagbor, D.: *op. cit*., p. 181.

[195] Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de primavera sobre la ejecución de la estrategia de Lisboa renovada para el crecimiento y el empleo, de 12 diciembre 2006 COM(2006) 816 final.

[196] Recomendación del Consejo relativa a la actualización de las Orientaciones Generales de Política Económica 2007 de los Estados miembros y de la Comunidad y sobre la ejecución de las políticas de empleo de los Estados miembros, de 12 diciembre 2006 COM(2006) 816 final.

atienda a las necesidades del mercado laboral. En síntesis, de sus escasas referencias al respecto parece que pone mayor énfasis en los aspectos cualitativos, como también se deduce de la llamada a enfocar el trabajo basándose en el ciclo de la vida. También la misma apuesta puede colegirse en su invocación a la cohesión social y a la lucha contra la pobreza y la exclusión social, en particular entre la población infantil.

VI. UNA REFERENCIA AL LIBREO VERDE «MODERNIZAR EL DERECHO LABORAL PARA AFRONTAR LOS RETOS DEL SIGLO XXI» [197]

Sería un documento que no requeriría un comentario específico desde la perspectiva de la EEE si no fuera porque incluye muchas de las reflexiones a las que hasta ahora se ha hecho referencia. Ya en su pórtico declara que «la finalidad del presente Libro Verde es plantear un debate público en la UE sobre cómo modernizar el Derecho laboral para sostener el objetivo de la Estrategia de Lisboa de crecer de manera sostenible, con más y mejores empleos». No se trata ahora de entrar en el debate que genera este importante documento, pero sí de resaltar algunas de las ideas que se suscitan en torno a la política de empleo en Europa. En esta línea, el propio documento resalta que las directrices integradas para el crecimiento y el empleo propugnan la necesidad de adaptar la legislación laboral al objeto de incrementar la flexibilidad y la seguridad en el empleo y reducir la segmentación en el mercado de trabajo y que, en la misma línea, pretende abrir un debate sobre cómo puede servir el ordenamiento jurídico-laboral a la promoción de la «flexiseguridad».

Su tesis fundamental, avalada por una serie de datos que incorpora, consiste en sostener que la proliferación de modalidades de contratos atípicos se ha debido a que el Derecho laboral y todas sus normas configuradoras no han adaptado suficientemente los esquemas clásicos del contrato de trabajo ordinario a las demandas de flexibilidad que plantea la organización del trabajo y de la sociedad actuales. Tal situación ha propiciado una «desregulación en los márgenes», es decir, se mantienen intactas las normas aplicables a los contratos de trabajo ordinarios y se incrementa la flexibilidad «de entrada» y «de salida» del mercado de trabajo de los colectivos de personas trabajadoras atípicas. Lo cual produce, entre otras consecuencias, una fuerte segmentación entre *insiders* y *outsiders*.

Acaso la receta para abandonar este círculo vicioso se halle en la flexiseguridad y, dentro de ella, en prestar más atención a las transiciones de una situación a otra. Es decir, al paso de la situación de trabajador activo a la desempleado, o al tránsito del trabajo ordinario a una situación

[197] De 22 noviembre 2006 COM(2006) 708 final.

de formación profesional, o de permiso parental, entre otras variadas circunstancias. En esta línea, el Libro Verde asegura que los trabajadores se sienten más protegidos con una legislación de protección del desempleo que por una legislación de protección de los puestos de trabajo. Añade ciertas reflexiones sobre la aparición de modalidades de trabajo atípicas formalmente amparadas por el Derecho mercantil y que afectan a un creciente número de trabajadores económicamente dependientes, todo lo cual plantea el reto del adecuado deslinde entre ambas ramas del ordenamiento y sobre la necesidad de expandir parte de las garantías del laboral a esos autónomos. Y sobre las relaciones de trabajo triangulares, en el marco de las empresas de trabajo temporal, así como en las cadenas de subcontratación, y sobre la necesidad de que aflore el trabajo no declarado.

En realidad, el abanico de temas para la reflexión que suscita no resulta demasiado novedoso, en el sentido de que la mayoría de ellos constituyen los principales asuntos de debate sobre la evolución del Derecho del Trabajo de los últimos años. Quizá la novedad se encuentre más en la nomenclatura utilizada —«flexiseguridad», «transiciones», en menor medida «ciclo de la vida» que en los contenidos de la reflexión. Pero de lo que no cabe duda alguna es de que el Libro Verde sugiere un debate sobre cómo configurar un Derecho que dé respuesta a unos retos exógenos, que tienen mucho que ver con el crecimiento y el empleo y menos con los valores de justicia social que han animado desde sus orígenes esta parte del ordenamiento jurídico. Como se ha dicho, y al mar gen de otras características que ahora no cabe apuntar , la Comisión plantea un Derecho del Trabajo definitivamente orientado al empleo y a la situación del mercado de trabajo, pues su eficacia sólo se valora desde su capacidad de generar empleos y de mantener determinados índices de ocupación [198]. En realidad, el documento trata bien poco del «Derecho del Trabajo» y mucho más de la «política del mercado de trabajo y de la flexibilidad» [199].

Desde luego, la noción de «flexiseguridad» que defiende pone en tela de juicio algunos importantes elementos de nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social [200], que por lo demás, mal que le pese al título del documento, y al igual que los ordenamientos de los demás Estados miembros, lleva ya largas décadas modernizándose e intentando dar respuesta a las exigencias de los mercados actuales [201]. Plantea una relación

---

[198] En este sentido, Baulos Grau, A. y Pérez Rey, J.: *Sobre el Libro Verde: Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*», en la web http://www .juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/paginaEstatica/lstContenido.

[199] Arrigo, G.: *Tutti i limiti della modernizzacione in un libro*, Bolletino ADAPT, Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi, núm. 9, 2007, p. 26.

[200] Así lo pone de manifiesto R odríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *El Libro Verde de la Comisión Europea «Modernizar el Derecho laboral»*, en la web http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/paginaEstatica/lstContenido.

[201] Valdés Dal-Ré, F.: *El Libro Verde de la Comisión Europea*, en la misma web.

de intercambio entre derechos laborales y protección por desempleo claudicante, en la que la mejora de la protección social debe hacerse a costa de los mecanismos protectores del contrato de trabajo. Pone el acento en la «inclusión» en el mercado de trabajo frente a la «exclusión del mismo», esto es, en los flujos de entrada y salida, y omite aludir a los derechos de los trabajadores [202]. Y, por encima de todas estas connotaciones, plantea un concepto de «flexiseguridad» sumamente inequitativo: la flexibilidad le corresponde al contrato de trabajo y , por lo tanto, al sinalagma entre empresario y trabajador , con una re-distribución de poderes y posiciones jurídicas entre ambos que refuerza la posición jurídica del primero. Y la seguridad se ubica extramuros del contrato, fundamentalmente en el sistema de tutela contra la falta de ocupación y , en general, en la red de protección social. Dicho en otros términos, un Derecho del Trabajo que confía la protección de sus destinatarios a instrumentos ajenos a él [203].

Así pues, los planteamientos actuales sobre la política de empleo y , en general, sobre la política social y el Derecho del Trabajo a nivel comunitario aparecen fuertemente entrecruzados, con referencias recíprocas constantes del uno al otro. En el fondo, el Libro Verde tiene demasiado que ver con la tensión entre los aspectos cuantitativos y los cualitativos de la política de empleo. Ya he dicho que en ésta ha prevalecido casi siempre lo cuantitativo, aunque los aspectos de calidad siempre pugnan por aflorar. Pero el error consiste en que la política de empleo pretende arrastrar la política social comunitaria, y no al revés, como seguramente fuera más adecuado. Si algunas de las directivas de los años noventa o algunas propuestas no culminadas tienden a establecer ciertos mínimos comunes en relación con los trabajadores atípicos —a tiempo parcial, temporales, de empresas de trabajo temporal— y si cierta jurisprudencia comunitaria está aportando esperanzadoras doctrinas sobre la protección de estos colectivos, habrá que concluir que las relaciones entre los contratos «clásicos» y los otros constituye un tema que no sólo pertenece al dominio del empleo. Éste debe desempeñar su papel, pero sin sobreponerse al ordenamiento jurídico-laboral. Eso sí, con la mayor participación de todos los agentes sociales y de todas las autoridades territoriales, en el marco de una gobernanza participativa y democrática.

---

[202] ARRIGO, G.: *op. cit.*, p. 28.
[203] *Ibid.*, p. 29.

Comunicación a la Ponencia General

DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO COMUNITARIO Y REGULACIÓN ESTATAL DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE LA CUESTIÓN

ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ
Universitat de València

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS V. REGULACIÓN ESTATAL DE LA INTERMEDIACIÓN PRIVADA.—III. LOS SERVICIOS DE EMPLEO ANTE EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA: ¿ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE?—IV. CONCLUSIONES: LA VALORACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL MANTENIDA POR EL TJCE

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Maastricht introdujo entre las misiones de la UE la promoción de un alto nivel de empleo. Se plasmaba así con carácter general un objetivo que ya estaba presente en el derecho originario, reconocido de manera dispersa entre las distintas políticas comunitarias. Tras el Tratado de Ámsterdam, las cuestiones relativas al empleo obtuvieron un Título propio, bajo cuya rúbrica se recogió la voluntad de los Estados miembros y de la Comunidad de desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, orientada hacia la adaptación y la flexibilización de la mano de obra y de los mercados de trabajo [1].

Como ha señalado la doctrina, tras la última reforma mencionada el reparto de las competencias en la materia se enmarca claramente en dos principios. La norma fundamental es el respeto de la acción estatal, que debe desarrollarse en el marco de las orientaciones generales definidas por los Estados miembros y por la Comunidad [2]. Ésta última se limitará a fomentar la cooperación y a complementar la acción estatal, siempre respetando la competencia de sus miembros y con la interdicción absoluta de una posible armonización (art. 129 *in fine)*.

A pesar de la aparente claridad de esta distribución competencial, en el actual momento de la construcción comunitaria debe admitirse que la política estatal de empleo se encuentra fuertemente encorsetada por el derecho comunitario. Esta limitación se ha producido no ya únicamente por la coordinación mencionada, sino por la interacción entre las normas que disciplinan el mercado interior , el derecho constitucional eco-

---

[1] Con carácter general, sobre la política comunitaria de empleo ver , *inter alia:* RODIÈRE, P.: *Droit social de l'Union Européenne*, L.G.D.J., Paris, 2002; SARAGOSSÀ i SARAGOSSÀ, V., (Coord.), *Derecho del empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 180 y ss.; COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., y SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.ª Ed., 1995; CRUZ VILLALÓN, J. y PÉREZ DEL RÍO, T. (Coord.) *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000.

[2] RODIÈRE, P.: *Droit social de l'Union Européenne*, cit., pp. 34 y 307 y ss.

nómico comunitario [3], y determinados aspectos de la regulación estatal de la materia, particularmente en lo relacionado con la intermediación laboral [4].

En efecto, y esta es la cuestión acerca de la cual versan las siguientes páginas, las normas que fundamentan el mercado interior comunitario han incidido en la regulación estatal de la intermediación laboral en un doble sentido. Por un lado, a través de la utilización de la libre prestación de servicios para controlar la intervención normativa estatal relativa a las actividades privadas de intermediación de mano de obra. Por otro, mediante la aplicación del derecho de la competencia a los monopolios públicos de colocación de trabajadores [5]. Desde ambas vías se limita la acción estatal dirigida a la protección de los trabajadores, evidenciando nuevamente la tensión entre los objetivos sociales presentes en los ordenamientos estatales y la construcción del mercado interior.

Como es bien sabido, la ordenación del mercado interior requiere el control del comportamiento de los agentes privados y de los Estados miembros, este control se realiza mediante las normas que aseguran las libertades de circulación y las disposiciones de defensa de la competen-

---

[3] Siguiendo la denominación acuñada por B AQUERO, se entiende el término «derecho constitucional económico de la Comunidad Europea» como denominación del conjunto conformado por el derecho de la competencia y las libertades de circulación. Señala B AQUERO que «La especificidad del derecho constitucional económico comunitario aparece con mayor claridad en comparación con el de los Estados miembros, que ha quedado tradicionalmente relegado a un segundo plano, careciendo de una influencia efectiva en la estructura de la economía. En el derecho económico de los Estados la legislación suele ser más importante que la constitución (…). En cambio, la orientación económica del Tratado CE es mucho más específica y precisa en cuanto a sus límites y a los límites que impone a la esfera económica. Lo es hasta tal punto que podría interpretarse que una de sus funciones o consecuencias es la de colmar las lagunas económicas de las constituciones estatales». B AQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación, el Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*. Civitas, Madrid, 2002, p. 140.

[4] Se acoge el concepto legal de intermediación en sentido amplio del Convenio 181 de la OIT de 1997 (ratificado por España, BOE de 13 de septiembre de 1999): Artículo 1 A efectos del presente Convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse; Servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante, empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución: Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las or ganizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

[5] SSTJCE de 23 abril de 1991, *Höfner,* C-41/90, de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre,* C-55/96; de 8 de junio de 2000, *Carra,* C-258/98 y de 19 de junio de 2001, *Monnier et al.,* C-9/01 a C-12/01.

cia, ambos conjuntos normativos se han considerado tradicionalmente como los pilares fundamentales de la construcción comunitaria [6]. Es imposible encontrar en el articulado del TCE una disposición que excluya la materia social o laboral del ámbito de aplicación de las disposiciones mencionadas. Al contrario, el desarrollo de las libertades de circulación y del derecho de la competencia, fundamentalmente mediante la acción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), ha evidenciado la interacción mencionada y la frecuente preponderancia de las normas del mercado comunitario [7].

La consideración de las actividades de intermediación laboral como un servicio ha sido la vía para colocarlas en el ámbito de las libertades de circulación [8]. En este campo, el fundamental concepto de restricción ha sido objeto de una ampliación paulatina, hasta el punto de considerar que es restrictiva de las libertades de circulación toda medida que prohíba, obstaculice o haga menos atractivo su ejercicio [9], incluyendo las disposiciones indistintamente aplicables entre las cuales se han englobado las normas laborales. La libre prestación de servicios (como el resto de libertades comunitarias) puede ser restringida si tal limitación se fundamenta en un imperativo legítimo en sentido de Derecho comunitario. Las consideraciones de interés general que permiten estimar los obstáculos a esta libertad de circulación como compatibles con el mercado común, se encuentran recogidas de manera explícita y con sentido limitativo en el artículo 46 TCE. Junto a esta disposición, y para dar cabida a otras razones, el TJCE ha construido la doctrina de las razo-

---

[6] BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación*… cit., p. 120; J OERGES, C. «What is left of the European Economic Constitution», EUI Working Paper, LAW, núm. 2004/13, EUI, Florence, p. 470.

[7] Se trata de una cuestión abundantemente tratada por la doctrina iuslaboralista europea, con carácter fundamental, vid., L YON-CAEN, G.: «La concurrence par la réduction du coût du travail», *Droit Ouvrier*, 2003, p. 261. L YON-CAEN, G. «L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence». *Droit Ouvrier*, Septembre 1992, pp. 313 y ss.; LYON-CAEN, A.: «Droit social et droit de la concurrence, observations sur une rencontre», *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de Jean Savatier , Puf, Paris, 1992, p. 331; B ARON, F.: *Marché intérieur et Droit social dans l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998. Entre nuestros autores vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Derecho del Trabajo y disciplina de mercado», RL , núm. 2, 2001, pp. 1 y ss.; MIRANDA BOTO, J. M.: «Los servicios públicos de colocación en el Derecho comunitario: ¿Derecho social o Derecho de la competencia?, AL, núm.2, 2001, pp. 255 y ss. G UAMÁN HERNÁNDEZ, A.: «La interacción entre el derecho del trabajo y el derecho de la competencia: apuntes sobre la cuestión», RL, núm. 17, 2006, pp. 15 y ss.

[8] SSTJCE *Webb* de 17 de diciembre de 1981, 279/80, apartado 9.

[9] STJCE de 11 de julio de 2002, *Gräbner,* C-294/00, apartado 39; STJCE de 30 noviembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, apartados 35 a 37; tradicionalmente el TJCE había mantenido como criterio para evaluar la existencia de una restricción, el carácter discriminatorio, directo o indirecto, de la norma estatal. Sin embar go, a partir de los noventa, el TJCE ha sido más riguroso con las medidas estatales, tendiendo a la unificación del concepto.

nes imperiosas de interés general, derivándola implícitamente del artículo 49 TCE [10]. No obstante, las normas estatales fundamentadas en estas exigencias imperativas deben cumplir una serie de condiciones: carácter no discriminatorio, ausencia de armonización de la materia [11], coherencia, fundamentación objetiva [12] y proporcionalidad [13]. Por añadidura, en relación con la libre circulación de servicios, el Tribunal ha introducido una exigencia adicional para la aplicación de la doctrina de las exigencias imperativas a la libre prestación de servicios: la comparación con las normas del país de origen [14]. Se establece así el llamado principio de «no-duplicidad» [15]. Según este último requisito, debe comprobarse que el interés protegido no queda ya salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el qué está establecido [16].

De manera paralela, en el concreto campo del derecho de la competencia, la amplitud y el carácter funcional de la acepción de empresa utilizada por el TJCE ha permitido extender el ámbito de aplicación de los

---

[10] Sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, «Cassis de Dijon»,* 120/78. Sobre la evolución del concepto de restricción vid. BARNARD, C.: «Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw», *E.L.Rev*. 2001, 26 (1), p. 35; SEGURA SERRANO, A.: «Hacia la Unificación definitiva del concepto de restricción a las libertades de circulación. A propósito de la STJE de 5 de octubre de 2004, *Caixa Bank* (C-442/02), RGDE, núm. 6, Enero 2005 ; HATZOPOULOS, V.: «Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie des théories ou pas de théorie du tout?», RTD eur. 34 (2), avr.-juin 1988, pp. 191-236.

[11] Cuestión ya recalcada en numerosas sentencias, por todas STJCE de 9 de julio de 1997, *De Agostini,* C-34 a 36/95. Sobre la cuestión y para un análisis en profundidad de la jurisprudencia ver BARNARD, C.: *The substantive law of the EU. The four freedoms,* Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 108 y ss.

[12] STJCE de 28 de abril de 1998, *Decker*, C-120/95.

[13] Entre todas puede señalarse la STJCE de 25 de octubre de 2001, *Finalarte,* asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98.

[14] STJCE *Webb* de 17 de diciembre de 1981, 279/80, p. 17.

[15] STJCE de 18 de enero de 1979, *Van Wesemael,* asuntos acumulados 110 y 111/78, párrafo 28. La aplicación de este principio ha sido especialmente significativa en los asuntos relativos al desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, v. gr. STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, apartados 34-35; STJCE de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni,* C-165/98, especialmente apartado 24; STJCE de 24 de enero de 2003, *Portugaia,* C-164/99, apartado 19; STJCE de 12 de octubre de 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, apartado 35.

[16] Este principio de no duplicación implica comparar las normas laborales en conflicto, como ha señalado la doctrina este método impone una comparación global entre las distintas normativas de los Estados miembros, cuestión que no puede contener mayor complejidad. Es en esta operación donde radica uno de los nudos gordianos de la aplicación de la libre circulación de servicios y que afecta muy especialmente a las normas laborales de los Estados miembros. ROBIN-OLIVIER, S.: «La mobilité international du salarié», DS , núm. 5, Mai, 2005, p. 501; sobre la comparación y la competencia entre los sistemas jurídicos ver , muy especialmente, MUIR WATT, H.: «La concurrence entre systèmes juridiques», Le Group de prospective du Sénat, disponible en http://www.prospective.org/gps_front/index.php?rubrique_id=13&tpl_id=2&contenu_id=385&id=913&lettre=.

arts. 81 y ss. a zonas habitualmente exentas de esta consideración [17]. La doctrina ha resumido la jurisprudencia fundamental del TJCE sobre la cuestión afirmando que: «toda entidad que utilice los factores de producción clásicos (personas y capitales) para prestar un servicio (o producto) debe ser considerada como una empresa, salvo si ese servicio (o producto) derive del imperio de una autoridad pública nacional» [18]. Como puede observarse, con esta definición se han excluido dos categorías de habitual importancia para determinar la existencia de una empresa: el estatuto jurídico de la entidad y el modo de financiación. Mediante la eliminación del primer criterio, el TJCE ha abierto la puerta a la consideración del Estado dentro de la categoría de empresa [19]. Al prescindir de la segunda característica, el TJCE ha entendido aplicables las normas de la competencia a todos los or ganismos encargados de un servicio público, sean estos subvencionados o financiados mediante cotizaciones obligatorias [20].

Mediante las dos vías señaladas, competencia y libre circulación, la formación del mercado interior ha liberalizado paulatinamente la colocación de la mano de obra a través de agencias de empleo, acabando así con la imposición por los Estados miembros de licencias específicas para tal actividad y con los monopolios estatales [21].

II. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS V. REGULACIÓN ESTATAL DE LA INTERMEDIACIÓN PRIVADA

Desde el asunto *Van Wesemael* [22] de 1979, el TJCE ha valorado diversas normas estatales relativas a la intermediación laboral privada a luz de

---

[17] Entre los asuntos más representativos para la delimitación del concepto de empresa deben señalarse las SSTJCE de 23 abril de 1991, *Höfner,* C-41/90; de 17 de febrero de 1993, *Poucet et Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91y STJCE de 19 enero 1994, *Eurocontrol*, C-364/92.

[18] Gyselen, L.: «L'applicabilite des regles de concurrence communautaires à des regimes de protection sociale», en Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck, Bruylant, Bruselas, 1999, p. 1081.

[19] Cuestión que deja clara en la STJCE de 16 de junio de 1987, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*, 118/85, apartados 7 y 8: «…el Estado puede actuar ya sea ejerciendo la autoridad pública ya sea ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado»… «no importa si el Estado ejerce dichas actividades económicas a través de una entidad distinta sobre la que puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante según los criterios enumerados en el artículo 2 de la Directiva, o las ejerce directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración del Estado». Afirmando esta cuestión, Rodière, P.: *Droit social de l'Union Européenne*, cit., p. 348.

[20] Raclet, A.: Droit communautaire des af faires et prérogatives…, cit., p. 239.

[21] De Vos, M.: *A decade beyond Maastricht: The European Social Dialogue Revisited*, Kluwer Law International, Great Britain, 2003, p. 64

[22] STJCE de 18 de enero de 1979, *Van Wesemael,* asuntos acumulados 110 y 111/78. En este caso el Tribunal se pronunció sobre la compatibilidad del Real Decreto belga rela-

la libre prestación de servicios. Entre estos asuntos se encuentran casos relativos a la colocación privada de mano de obra y sentencias relacionadas con la cesión de trabajadores. En todos ellos el Tribunal ha aplicado su doctrina general sobre la libre prestación de servicios, aun reconociendo desde la sentencia de 1979 que la especial naturaleza de algunas actividades como la colocación privada puede justificar ciertas limitaciones a la libre prestación. El alcance de tales límites al concepto de restricción fue establecido en el mismo pronunciamiento, afirmando el TJCE que las normas estatales reguladoras de esta actividad y orientadas a la protección de los trabajadores no podían desconocer el carácter fundamental de la mencionada libertad. De esta manera justificaba el Tribunal la aplicación del test habitual, que en esta ocasión resumió en tres condiciones: justificación en el interés general, carácter no discriminatorio y respeto del principio de «no-duplicidad». Aplicando estos requisitos al caso concreto, en el asunto *Van Wesemael* el Tribunal consideró que la norma estatal imponía exigencias que no eran «objetivamente necesarias», puesto que ya habían sido requeridas en el Estado de establecimiento, por lo que debía considerarse que la regulación estatal era contraria a la libre prestación de servicios.

Idéntica argumentación fue utilizada por el Tribunal años más tarde para valorar la adecuación de la regulación estatal de cesión de mano de obra a la libre prestación de servicios. El principal asunto de referencia es el conocido caso *Webb* [23]. En este asunto el Tribunal afirmó taxativamente que la cesión de trabajadores constituye un servicio a efectos de las disposiciones de libre circulación [24]. A continuación, el juez comunitario insistió en lo particularmente delicado de la actividad, desde el punto de vista profesional y social, recordando cómo la misma había sido tradicionalmente objeto de regulaciones estatales restrictivas e incluso prohibitivas. Teniendo en cuenta estas las especiales características, el TJCE admitió que para los Estados miembros constituía una «opción política legítima», el sometimiento de la cesión de trabajadores a un régimen de autorización que les permitiera garantizar el respeto de los dere-

---

tivo a la explotación de las oficinas de colocación privadas para artistas de espectáculos y la libre prestación de servicios. La norma belga preveía la necesidad de que estas oficinas contaran con una licencia del Ministro de trabajo. En caso de ser empresas extranjeras se les exigía pasar por la intermediación de una oficina belga con licencia. La cuestión prejudicial se elevó en el curso de un litigio provocado por las actividades en Bélgica de una empresa de colocación francesa, que había obtenido la autorización en su país, pero que no había cumplido con las previsiones del Real Decreto belga.

[23] STJCE de 17 de diciembre de 1984, *Webb,* 279/80. La cuestión prejudicial que originó este asunto se elevó durante un proceso penal motivado por un incumplimiento de la Ley relativa a la cesión de mano de obra holandesa que exigía una autorización previa para ejercer dicha actividad. La empresa infractora, de nacionalidad británica, poseía como en el caso anterior una autorización de su país de origen. El Tribunal resolvió la cuestión interpretando las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios en el mismo sentido que en el caso anterior .

[24] STJCE de 17 de diciembre de 1984, *Webb,* 279/80, párrafo 9.

chos de los trabajadores [25]. Tras esta afirmación, el Tribunal retomó el principio de «no-duplicidad», considerando que estas medidas superarían el objetivo perseguido si con ellas se repitieran requisitos ya exigidos en el Estado de establecimiento.

Tras la sentencia *Webb* el Tribunal ha retomado la cuestión en dos recursos de incumplimiento contra Alemania e Italia [26]. En ambos casos determinadas exigencias que las normas estatales imponían a las empresas de trabajo temporal, como la tenencia de un domicilio social o una sucursal en el territorio nacional o la obligación de constituir una fianza, fueron consideradas por el TJCE contrarias a la libre prestación de servicios, por razones similares a las antedichas.

El último capítulo de esta serie de pronunciamientos relativos a la intermediación de mano de obra lo ha protagonizado la reciente sentencia *ITC* [27], relativa a las agencias de colocación privadas. En este asunto el Tribunal ha analizado una norma estatal de seguridad social, que afecta a estas agencias, no ya sólo bajo el prisma de la libre prestación de servicios, sino sorprendentemente, a la luz de la libre circulación de trabajadores.

Con esta cuestión el Tribunal parece romper con su línea de razonamiento anterior. En efecto, como se ha señalado, al considerar la actividad de colocación como una prestación de servicios, el Tribunal ha procedido tradicionalmente a aplicar las normas reguladoras de esta libertad [28]. Sin embargo en el último pronunciamiento, el TJCE ha indicado la entrada en juego de las normas reguladoras de la libre circulación de trabajadores, que pueden ser alegadas por estas empresas para eliminar determinadas restricciones a su actividad impuestas por las normas estatales. Así, en el asunto *ITC,* el Tribunal ha declarado que «para ser eficaz y útil, el derecho de los trabajadores a ser contratados y empleados sin sufrir discriminación debe tener necesariamente como complemento el derecho de los empresarios a contratarlos con arreglo a las normas que rigen en materia de libre circulación de trabajadores». Por ello en aras del efecto útil de la libre circulación de trabajadores, «no puede excluirse que una agencia privada de colocación pueda, en determinadas circunstancias, invocar derechos directamente reconocidos a los trabajadores comunitarios por el artículo 39 CE» [29].

El supuesto de hecho que ha llevado al Tribunal a las anteriores consideraciones reviste características peculiares. En este caso la cuestión pre-

---

[25] STJCE de 17 de diciembre de 1984, *Webb,* 279/80, párrafo 19.

[26] SSTJCE de 25 de octubre de 2001, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania C-493/99 y de 7 de febrero de 2002, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, C-279/00.

[27] STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC,* C-208/05, apartados 44 y 62.

[28] STJCE de 18 de enero de 1979, *Van Wesemael,* asuntos acumulados 110 y 111/78, párrafo 7.

[29] STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC,* C-208/05, apartados 21-26.

judicial se planteó en un litigio entre una empresa alemana de colocación y su propio Estado de origen, por entender la primera que una determinada normativa estatal iba en detrimento de su libertad de prestar servicios en otros Estados miembros. La disposición cuestionada ante el Tribunal de Justicia era el artículo 421 g) del Código de la Seguridad Social alemán, que recoge la figura del llamado «bono de intermediación», destinado a cubrir a determinados trabajadores desempleados los gastos de la intermediación realizada por empresas privadas de colocación. Entre las condiciones para la obtención de esta compensación se encontraba la cotización a la seguridad social. Por este motivo, se denegó el bono de intermediación en un supuesto en el que el trabajador había sido empleado por una empresa radicada en el territorio de otro Estado, entendiéndose que la norma imponía la cotización en sistema de seguridad social alemán.

Al afirmar la aplicabilidad de la libre circulación de trabajadores, el TJCE comenzó en análisis por ésta, reiterando que la misma no puede ser obstaculizada por disposiciones nacionales que impidan o disuadan a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación [30]. Tras concluir que la normativa alemana producía este efecto obstaculizador , el TJCE pasó a evaluar su posible justificación. Según el Gobierno germano, la norma constituía un instrumento de la política del mercado laboral, dirigida a la mejora de la colocación y a reducir el desempleo, además de orientarse a proteger la seguridad social nacional. Pese a reconocer que la promoción de la contratación es un objetivo legítimo de la política social y que los Estados miembros poseen un amplio margen para el desarrollo de la misma, elTJCE descartó la posible justificación, aplicando el examen de proporcionalidad, y considerando que la normativa estatal encausada iba más allá de lo que resultaría necesario para alcanzar los objetivos previstos.

Para justificar el sentido de su posición el Tribunal retomaba una aseveración ya típica, que evidencia una vez más el desequilibrio entre los objetivos sociales y los económicos en el ámbito comunitario: «el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social no puede justificar que se vulneren los derechos que confieren a los particulares las disposiciones del Tratado que reconocen sus libertades fundamentales» [31].

Tras esta afirmación el TJCE procedió a evaluar la incidencia de la normativa alemana en la libertad de prestar servicios. En este caso el Tribunal evitó las referencias habituales a las especiales características de la actividad, aplicando directamente su doctrina general sobre la libre prestación de servicios y recordando que la misma se ve obstaculizada igualmente por normas

[30] STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartados 33.
[31] STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartados 40.

que, pese a no ser discriminatorias, suponen un desincentivo a la movilidad transnacional [32]. Este es el efecto producido por la norma alemana sobre sus propias empresas, recordando el Tribunal que la libertad comunitaria puede ser invocada por una entidad frente a su Estado miembro. Por todo ello, el Tribunal ha considerado la disposición alemana como restrictiva y contraria a la libre prestación de servicios, desestimando las posibles justificaciones por las mismas razones utilizadas respecto de la libre circulación de trabajadores.

A pesar del fallo, debe destacarse una apreciación *obiter dictum* que, como ya es habitual en la jurisprudencia del TJCE, suaviza los efectos a futuro de la sentencia. Advierte el Tribunal que la organización del mercado de trabajo, incluida la prevención de la pérdida de mano de obra cualificada puede, en ciertas circunstancias y con determinados requisitos, justificar restricciones a la libre circulación de los trabajadores (y de los servicios) [33]. Evidentemente, una afirmación en sentido contrario sería incongruente con una de las políticas comunitarias que mayor fomento han recibido, como es el fomento del empleo [34].

III. LOS SERVICIOS DE EMPLEO ANTE EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA: ¿ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE?

Como se señaló en la introducción, la amplitud y el carácter funcional de la acepción de empresa utilizada por el TJCE han permitido extender la misma a zonas habitualmente exentas de esta consideración, incluidas las actividades de las empresas públicas o privadas con objetivos sociales. En particular, los servicios públicos de empleo estatales han sido el objeto de una serie de sentencias en las que el Tribunal de Justicia ha constatado la aplicabilidad de las normas de la competencia a estas instituciones. De entre los asuntos relativos a esta cuestión se toman como muestra los más significativos, los casos *Höfner* [35] y *Job Centre II* [36], en

---

[32] STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartado 55.

[33] STJCE de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, apartado 44.

[34] Política comunitaria recogida en los arts. 125 a 130 TCE. En particular, las Directrices el empleo (2005-2008) recogen la aplicación de políticas dirigidas al pleno empleo y a la reducción del paro. Estas directrices se recogen en el Anexo de la Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, (2005/600/CE), DOUE L-205/21.

[35] STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner,* C-41/90. Este caso es uno de los asuntos clave para una cuestión que, dada su amplitud, trasciende del ámbito del presente estudio. Se trata del problemático equilibrio entre la construcción del mercado interior y los servicios públicos nacionales. Entre los años 1991 y 1992 un grupo de sentencias, entre las que destacan la ya mencionada *Merci* (STJCE de 10 de diciembre de 1991, C-179/90) y el asunto *Höfner* evidenciaron como el TJCE no sólo ponía en tela de juicio el ejercicio de los derechos monopolísticos de ciertas empresas públicas, sino también su propia existencia.

[36] STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre,* C-55/96.

los que el TJCE sentó una jurisprudencia que ha consolidado en posteriores ocasiones [37]. En estos asuntos el Tribunal ha afirmado que las actividades de colocación son actividades económicas y que las instituciones públicas que ofrecen estos servicios deben ser consideradas como empresas.

En el asunto *Höfner* en 1991 el tribunal alemán remitente preguntó al TJCE, entre otras cuestiones, si la oficina de empleo público podía ser considerada dentro del ámbito de aplicación de los arts. 86.2 y 82 TCE (ex arts. 86 y 90.1) [38]. Según se relata en la sentencia, la Ley Alemana de Colocación establecía un monopolio a favor de la oficina pública de empleo. La actividad de la misma se cuestionaba en concreto en relación a la colocación de cargos directivos. La parte demandante en el litigio principal, una empresa insatisfecha por los servicios prestados, afirmó que la oficina de empleo debía ser examinada a la luz de las normas comunitarias de la competencia. La Comisión, por su parte, consideró que el mantenimiento de un monopolio de colocación de la mano de obra constituye una infracción de los arts. 82 y 86.1 TCE, cuando el or ganismo encargado de la actividad es incapaz de cumplir con la misma y si esta conducta es además, susceptible de afectar al comercio interestatal [39]. Contrario a este parecer, el gobierno alemán alegó que la actividad de colocación se encontraba fuera del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de la competencia en función de dos razones fundamentales: la condición de or ganismo público de la oficina que realizaba la actividad y la gratuidad de la misma. Ninguna de las dos afirmaciones fue aceptada por el Tribunal.

Para contestar a las cuestiones del ór gano remitente el TJCE examinó con detalle el ámbito subjetivo de las normas de la competencia. En primer lugar, su examen se orientó a verificar si la oficina de empleo en cuestión podía ser considerada como una empresa. Su respuesta afirma-

---

[37] Con las SSTJCE de 8 de junio de 2000, *Carra,* C-258/98 y de 19 de junio de 2001, *Monnier et al*., C-9/01 a C-12/01. Un repaso de todas estas sentencias puede encontrarse en el comentario de ROUSSEAU, Y.: «Le service public de l'emploi et la jurisprudence de la CJCE», DS, 2002, n.11, p. 974-998; entre nuestra doctrina, vid., PÁZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de al productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación», en MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N.; MONEREO PÉREZ J. M.: *Comentario a la constitución socio-económica de España,* Comares, Granada, 2002, pp. 389-390 y MIRANDA BOTO, J. M.: «Los servicios públicos de colocación en el Derecho comunitario: ¿Derecho social o Derecho de la competencia?, AL, núm. 2, 2001, pp. 255 y ss.

[38] En la cuestión prejudicial el ór gano remitente pregunta primero por la compatibilidad de la actividad de la oficina con la libre circulación de servicios. El Tribunal no responde a esta cuestión ar gumentando que el comportamiento de todos los implicados se realiza en un solo Estado miembro, Alemania, por lo que no cabe alegar la libre prestación de servicios.

[39] STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner,* C-41/90, apartado 18.

tiva se convirtió en un párrafo habitual en su jurisprudencia posterior . El Tribunal afirmó con carácter general que «debe observarse en primer lugar que, en el contexto del derecho de la competencia, el concepto de empresa abarca a cualquier entidad encar gada de una actividad económica, independientemente del estatus legal del or ganismo o del modo de financiación de la actividad…» [40]. En relación al caso concreto, consideró el TJCE que «el hecho de que la colocación de mano de obra está normalmente confiada a agencias públicas no puede afectar a la naturaleza económica de la actividad. La provisión de mano de obra no ha estado siempre, y no es necesario, realizada por entidades públicas…». De esta manera el Tribunal consideró el artículo 82 TCE aplicable a un servicio público de empleo. A continuación, afirmando que una oficina de empleo debía ser considerada como una empresa encar gada de la prestación de un servicio económico de interés general, el TJCE valoró el juego del artículo 86.2 TCE que exceptúa la aplicación de las normas de la competencia si la misma implica una obstrucción de las funciones asignadas a dicha empresa. Para resolver esta cuestión el Tribunal valoró que la actividad de colocación se realizaba igualmente por entidades privadas, sometidas a las normas de la competencia, lo que evidenciaba a su juicio que estas disposiciones no obstruían la actividad de suministro de mano de obra.

Una vez constatada la aplicabilidad del artículo 82 TCE y la imposibilidad de aplicar la exención el Tribunal pasó a examinar las condiciones en las que eran prestados los servicios de colocación de mano de obra, en particular, el suministro de car gos directivos, para determinar si existía un abuso de la posición dominante sustentada por el monopolio legal. Tras el análisis de los hechos, el TJCE dedujo que la oficina en cuestión era manifiestamente incapaz de satisfacer la demanda existente en el mercado en materia de colocación de car gos directivos [41]. Por esta razón, al garantizar el monopolio para esta concreta actividad, el Estado miembro situaba a la empresa pública en una situación de posición dominante. Dicha acción, que no es *per se* contraria al artículo 82 TCE, se convertía en incompatible con el mismo si la empresa no era capaz de satisfacer la demanda, pues el mantenimiento del monopolio la colocaba en una situación de abuso de dominio. Por añadidura, tal situación de monopolio legal evitaba el ejercicio efectivo de la actividad de colocación por empresas privadas.

Estas apreciaciones llevaron al Tribunal a considerar que la empresa pública alemana estaba sometida a las normas de la competencia y que el derecho exclusivo en materia de colocación de altos directivos la situaba forzosamente en una situación de abuso de posición dominante, por la incapacidad de satisfacer la demanda del mercado. De esta manera, y considerando que las actividades de colocación se ofertaban también a

---

[40] STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner,* C-41/90, apartado 21.
[41] STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner,* C-41/90, apartado 25

ciudadanos de otros Estados miembros, aplicando de nuevo su concepto amplio de afectación al comercio intracomunitario, el TJCE apreció que el monopolio era contrario al artículo 82 del TCE. La única manera de superar esta situación, pues el artículo 82 no admite excepciones, era la supresión del mencionado monopolio.

Con el asunto *Job Center II*[42] el TJCE se mostró aun más contundente al examinar, a la luz de la argumentación establecida en la sentencia comentada, la legislación italiana en materia de intervención y mediación en la colocación de mano de obra. El Tribunal extendió sus consideraciones anteriores, recogiendo el parecer de la Comisión y afirmando la incapacidad de las oficinas públicas de empleo para satisfacer la demanda en general, no sólo la de colocación de altos directivos. Entendía el Tribunal que «el mercado de las prestaciones relativas a la colocación de trabajadores es, por una parte, muy amplio y , por otra, altamente diversificado. La demanda y la oferta de trabajo en este mercado engloban a todos los sectores productivos y comprenden una gama de empleos que van desde la mano de obra no cualificada hasta las capacitaciones profesionales más elevadas y menos representadas» (…) «en un mercado tan vasto y diferenciado, que, por añadidura, está sujeto a grandes cambios debidos al desarrollo económico y social, las oficinas públicas de empleo pueden no ser capaces de satisfacer una parte significativa de la totalidad de las demandas de prestaciones» [43].

---

[42] STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Center II*, C-55/96. Sobre este asunto existen multitud de comentarios. Cabe destacar el realizado por S CIARRA que imbrica el análisis jurídico del asunto con los movimientos políticos y legislativos que marcaron el devenir de la cuestión en Italia, SCIARRA, S.: *Job Centre: An Illustrative Example of Strategic Litigation*, en SCIARRA, S (Ed.) «Labour law in the Courts, National judges and the European Court of justice», Hart, Oxford, 2001, pp. 241-259; es asimismo interesante la contribución de R ICCI, G.: «Il controverso rapporto fra principio comunitari della concorrenza e normative nazionali del lavoro, il caso Job Centre II», *Diritto delle relazioni industriali*, N.2-1998, p. 145

[43] STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96. La cuestión prejudicial tuvo su origen en la denegación de la solicitud por parte de *Job Centre*, empresa en creación, de la homologación de la escritura de constitución de la sociedad. Tal denegación se fundamentó en la incompatibilidad del objeto social, el ejercicio de la actividad de mediación entre la demanda y la oferta de trabajo por cuenta ajena y de suministro temporal a terceros de prestaciones de trabajo, con la legislación italiana. Ésta reservaba la actividad de mediación e intervención en la colocación de mano de obra a las agencias públicas de colocación. De manera previa a la denegación, Job Centre había solicitado en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la calificación de sus estatutos para proceder a su inscripción en el registro. En este primer momento, el tribunal que conocía del asunto elevó una cuestión prejudicial para cuyo conocimiento el TJCE se declaró incompetente. (STJCE de 19 de octubre de 1995, *Job Centre*, C-11/94). El Tribunal comunitario se fundamentó en la inexistencia de un litigio pendiente ante el organismo remitente, que en el procedimiento en cuestión no ejercía una función jurisdiccional. El TJCE consideró que para justificar su intervención era necesaria la existencia de una controversia de carácter contencioso, que sólo podía surgir a partir de una denegación de la calificación. Cuando tal denegación se produjo y *Job Centre* procedió a recurrirla, el órgano jurisdiccional italiano competente elevó una segunda cuestión prejudicial interrogando al TJCE sobre la aplicación de las normas comunitarias

En la resolución del asunto el Tribunal desestimó las alegaciones del gobierno italiano con respecto a la finalidad social de la actividad, afirmando que «…el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación y (…) la actividad dirigida a la colocación es una actividad económica» [44].

Como se desprende de los casos comentados, ni los objetivos sociales perseguidos por la oficina de empleo, ni su carácter gratuito ni la falta de vinculación entre las aportaciones de trabajadores y empresarios con los servicios prestados, fueron considerados por el Tribunal como argumentos para evitar calificarlas como empresas, sujetas a las normas de la competencia.

Respecto a estos asuntos la doctrina francesa ha señalado que lo sorprendente no es tanto la condena del monopolio como la aplicación del derecho de la competencia a una actividad que estaba tradicionalmente fuera de su ámbito de aplicación [45]. Con estas sentencias, el TJCE rompía dos de los argumentos utilizados para mantener los monopolios de colocación de mano de obra. Por un lado desoía tanto la consideración de que la mano de obra no es una mercancía como la necesidad de proteger al trabajador en el momento de búsqueda de empleo; por otro lado, ignoraba el objetivo social de los servicios de empleo y su carácter de servicio público, rechazando considerarlos fuera del mercado de bienes y servicios. Así, la sentencia *Höfner* hizo saltar un cerrojo que protegía no solo a los servicios de empleo sino a todos los servicios de interés general, constituyéndose como «una de las piezas claves de la jurisprudencia del TJCE para desmantelar las prerrogativas que se les reconocen en algunos Estados miembros» [46]. De hecho, en el trasfondo de la decisión del Tribunal se aprecia la voluntad de proteger la libre competencia y de permitir «un espacio de negocio para las empresas privadas en la intermediación en el mercado de trabajo, frente al monopolio en esa intermediación justificado históricamente al servicio del empleo y de la transparencia del mercado de trabajo y para evitar los abusos en el momento de la contratación» [47].

Un amplio sector de la doctrina ha sido especialmente duro con estos pronunciamientos. Entre otras apreciaciones en esta línea crítica debe destacarse la opinión de los profesores G. y A. Lyon-Caen. Estos autores señalaron las consecuencias de la infiltración del derecho de la compe-

---

[44] STJCE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96, párrafo 21.

[45] Rousseau, Y.: «Le service public de l'emploi et la jurisprudence de la CJCE», DS, 2002, núm. 11, p. 975.

[46] *Ibidem,* p. 976.

[47] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «Derecho del trabajo y disciplina de mercado», cit., p. 6.

tencia en los ámbitos sociales, afirmando que con esta sentencia, en relación al caso *Höfner,* se afectaba a la totalidad de la política nacional de empleo [48]. En cambio, para otros autores como Barón, la valoración de estos asuntos no puede limitarse a recalcar la utilización de concepciones liberales por parte del TJCE. En su opinión, el Tribunal actuó de manera pragmática y movido por la voluntad de asegurar un servicio eficaz a los trabajadores y a las empresas. Así, con los asuntos señalados se puso fin a la actuación de las empresas privadas de colocación al mar gen de la legalidad y permitió la mejora del servicio, lo cual demuestra, siempre en opinión de Barón, que la actuación del Tribunal no se aleja de los objetivos sociales del Tratado sino que busca asegurar los mismos mediante la rebaja del número de personas desempleadas [49]. Ante estas afirmaciones, un tanto voluntaristas, es necesario señalar que en ninguno de los apartados de la sentencia, el Tribunal de Luxemburgo menciona los intereses y los derechos de los trabajadores como destinatarios de las oficinas públicas de empleo, centrando su ar gumentación en los intereses de las empresas usuarias y en las potenciales competidoras.

IV. CONCLUSIONES: LA VALORACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL MANTENIDA POR EL TJCE

En ausencia de una articulación normativa expresa de las cuestiones sociales y las normas que disciplinan el mercado interior , ha quedado demostrado que los límites dependen en gran medida de la actuación del TJCE. Sin embar go, la valoración de la jurisprudencia reseñada no debe perder de vista que el origen de esta labor del TJCE se encuentra, en la mayoría de los casos, en una inquietud de las jurisdicciones nacionales, que elevan las cuestiones prejudiciales al respecto. Las distintas sensibilidades entre los mencionados tribunales explican en parte el por qué una mayoría de conflictos se ha producido respecto a normas e instituciones de los Estados miembros más antiguos y con más tradición comunitaria, siendo el conflicto menos frecuente en Estados de reciente incorporación [50]. De hecho, la doctrina ha puesto de relieve la existencia de una coordinación y una estrategia para el litigio en casos tan significativos como el asunto *Job*

---

[48] Lyon-Caen, G. y Lyon-Caen, A.: *Droit Social international et européen*, Dalloz, Paris, 7.ª Ed., 1991, p. 261.

[49] Baron, F.: *Marché intérieur et Droit social…,* cit., p. 510.

[50] Como señala Poiares debe recordarse que «los tribunales nacionales no son instrumentos pasivos de la «Europeización» de los ordenamientos jurídicos estatales. Ellos han sido participantes activos de la construcción del ordenamiento jurídico comunitario y han entrado in un verdadero diálogo con el TJCE más allá de cualquier construcción jerárquica de la ley», Poiares maduro, M.: «Never on Sunday-What has (EU) Law got to do with it?», en Sciarra, S.: (Ed.), *Labour law in the Courts, National judges and the European Court of justice*, Hart, Oxford, 2001, p. 284.

Centre [51], señalando que «el impacto del Derecho comunitario puede ser más fuerte en áreas donde los tribunales nacionales requieren del mismo para la corrección de problemas nacionales que no pueden ser solventados mediante reglas estatales» [52].

En efecto, señala Poiares [53] que las decisiones del TJCE son fruto de una interacción entre un amplio conjunto de actores presentes en la comunidad jurídica comunitaria. A raíz de esta interacción, el significado de la norma deviene una consecuencia de la discusión entre, en el caso comunitario, los actores sociales estatales y supranacionales, los tribunales nacionales, el TJCE e incluso la Comisión. Indudablemente, como señala el autor, el nivel de impacto e incluso las áreas de mayor actividad del Derecho comunitario depende de dicho conjunto de actuaciones. Dos tendencias se contraponen, por un lado, aquella que utiliza el Derecho comunitario en sede nacional para instar a un cambio normativo, (el ejemplo más evidente es la utilización del artículo 28 del TCE por los agentes económicos para eliminar normas nacionales restrictivas de ciertas actividades económicas); por otro lado, la resistencia de los Estados miembros a los cambios normativos que se les exigen mediante la aplicación de las normas de libre circulación y de defensa de la competencia en el ámbito comunitario.

El TJCE ha establecido con carácter general la afirmación de que la legislación estatal, aun cuando tenga naturaleza social o laboral, puede tener efectos restrictivos sobre los intercambios y las condiciones de competencia en el mercado interior [54], entrando en el campo de aplicación de las libertades de circulación y de las normas *antitrust*. Esto le permite controlar los objetivos de la acción estatal, las vías utilizadas, la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las normas sociales estatales con respecto a sus objetivos y , fundamentalmente, su incidencia sobre la libertad de circulación del empresario [55] así como sus efectos sobre la competencia en el mercado.

Aun sin reconocer abiertamente el conflicto, a lo lar go de su jurisprudencia el Tribunal de Justicia ha entrado a valorar la repercusión de una norma laboral en el mercado interior , efectuando en realidad un ejercicio

---

[51] Sciarra, S.: «*Job Centre:* an illustrative example of strategic litigation», en S ciarra, S.: (Ed.) «Labour law in the Courts, National judges and the European Court of justice», cit., pp. 241 y ss.

[52] Poiares Maduro, M.: «Never on Sunday…» cit., p. 283

[53] El autor acomete un estudio en extenso de la jurisprudencia del TJCE en algunas de sus obras. Destaca como análisis general, P oiares Maduro, M.: *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A critical reading of Article 30 of the EC Treaty,* Hart, Oxford, 1998.

[54] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «Derecho del trabajo y disciplina de mercado», cit., p. 5.

[55] Rodière, P.: RTD eur. 2003, p. 542.

de balance entre los derechos laborales nacionales y los derechos económicos protegidos en el derecho constitucional económico comunitario [56]. Como ha señalado la doctrina, la penetración del análisis económico dentro del razonamiento del Tribunal es una consecuencia casi connatural a la propia naturaleza de la construcción comunitaria [57]. En este sentido, afirmaba Rodière ha señalado que en el razonamiento del Tribunal se aprecia una evaluación económica de lo social, caracterizada por una confrontación entre ambos factores [58]. Considera el autor que la ponderación realizada tiene dos posibles resultados, bien la condena económica de lo social, considerando contraria a Derecho comunitario la norma estatal (asunto *Höfner* [59]), bien la justificación económica de lo social, afirmando la adecuación de la norma (asunto *Albany* [60]).

La vía de acción reseñada en las páginas anteriores se enmarca en un movimiento global de ampliación de las fronteras de las normas que disciplinan el mercado hacia los ámbitos tradicionales del Derecho social. El empeoramiento paulatino de la cuestión indica la necesidad de insertar los límites en el propio Tratado CE. Sólo de esta manera puede razonablemente esperarse un cambio en la línea jurisprudencial del TJCE, limitando las exigencias que la construcción del mercado interior impone a los ordenamientos laborales estatales.

---

[56] *Ibidem,* p. 144

[57] Rodière, P.: «Le juge et les appréciations économiques: opposition de deux approches», en Jeammaud, A.: (dir.), *Le Droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005., p. 130.

[58] *Ibidem,* p. 132.

[59] STJCE de 23 abril de 1991, *Höfner,* C-41/90.

[60] STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany,* C-67/96. Sobre este asunto me remito a lo ya analizado en Guamán Hernández, A.: «La interacción entre el derecho del trabajo y el derecho de la competencia: apuntes sobre la cuestión», RL, núm. 17, 2006, pp. 15 y ss.

Comunicación a la Ponencia General

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA EUROPEA PARA EL EMPLEO REVISADA: VALORACIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

MARTA MORENO MARCOS
Becaria FPI [*]
UPV/EHU

[*] Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto MECyT SEJ2005/02862.

SUMARIO:

I. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO REVISADO DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN. 1. Introducción. 2. Orígenes del principio de subsidiariedad. 3. Definición del principio de subsidiariedad y su «evolución constitucional».—II. LA ESTRATEGIA EUROPEA PARA EL EMPLEO Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: EST ADO DE LA CUESTIÓN.—III. EL ROL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD BAJO EL PARAGUAS DEL MAC: ¿HACIA UN MODELO DE GOBERNANZA MULTINIVEL?—IV. CONCLUSIONES.

I. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO REVISADO DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

1. Introducción

El principio de subsidiariedad nace en la Unión en un momento de ampliación y de reforma de las instituciones comunitarias. Fue éste un principio que se introdujo en un momento de «crisis de legitimación [1]» de la actuación comunitaria, como modo de salvaguardar las competencias de los Estados Miembros ante posibles interferencias que se estaban produciendo en materias que les eran «propias» por no estar contenidas en los Tratados constitutivos.

Como modo introductorio es importante advertir que las circunstancias que rodearon la inclusión del principio de subsidiariedad favorable en su momento a Gran Bretaña [2], fueron también acogidas de manera positiva por otros Estados miembros, que veían a dicho principio como un elemento clave para la extensión de la acción comunitaria en el ánimo de crear un Espacio Social en Europa [3]. Por lo que puede inferirse de tal afirmación que la introducción de este principio de subsidiariedad ha producido una constante polémica desde sus orígenes, siendo varios los requisitos limitativos que a lo largo de su evolución se han sugerido para el control de su aplicación allí donde la acción comunitaria era compartida con los EE. MM.

---

[1] En ese sentido indica E STELLA DE NORIEGA las causas que inspiraron la introducción del principio de subsidiariedad en los Tratados, en «El Dilema de Luxembur go: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante le principio de subsidiariedad», ed. Centro de estudios Ramón Areces, 2000, pág. 1 1.

[2] La introducción del principio de subsidiariedad en los Tratados fue bien acogida por Gran Bretaña ya que veía cómo la Comunidad se inmiscuía en materias como el medioambiente o en materia social que ar gumentaba «ocasionaban consecuencias negativas en su economía». Los diversos modos de gestionar tanto los riesgos medioambientales como sociales han sido ar gumentos esgrimidos por Gran Bretaña desde entonces en comparación con la Europa Continental, para sus constantes reticencias hacia una integración en la UE.

[3] BARNARD, C.: «EC Employment Law», Oxford, 2006 pág. 12.

Al mismo tiempo, tales requisitos, (como el de la necesidad de añadir un «valor añadido» o el que la acción (política) denote elementos de «trasnacionalidad») han sido elementos configuradores de un principio de ambiguo alcance y de difícil conceptualización, donde condiciones de aplicación y definición se configuran como dos planos que interactúan entre sí [4].

Si nos adentramos además en el estudio del proceso de integración del Derecho social comunitario hay que señalar que la introducción del principio de subsidiariedad [5] ha marcado sin lugar a dudas su evolución hasta nuestros días. En este sentido, se ha realizado un análisis del origen, evolución y concepto del principio de subsidiariedad de modo que conectase con los diversos procesos de ampliación, reforma de los Tratados y profundización de la integración comunitaria, considerando dichos fenómenos «*intrínsecamente conectados entre sí*» [6].

Abundando por tanto en dicha línea ar gumentativa, no podían ignorarse en esta sede los *nuevos* procesos de *gobernanza* surgidas con la aprobación de la «*Agenda de Lisboa»* como consecuencia en mi opinión, de la imposibilidad de actuación *fuerte* de la Comunidad en materias consideradas como de «común interés». Por esta razón en este estudio se indican las líneas doctrinales que sostienen que la ausencia de transferencia clara de competencias específicas para elaborar las políticas sociales, ha producido que las Instituciones buscasen «caminos alternativos» o «complementarios»al de la armonización fuerte mediante la adopción de normas «flexibles», ambiguas, y no vinculantes, canalizadas bajo el *paraguas* del Método Abierto de Coordinación.

En el intento además de lanzar algunas cuestiones para la discusión, se indican algunas reflexiones en el intento de ilustrar el papel que en mi opinión juega el principio de subsidiariedad en la puesta en marcha de la

---

[4] Doble test denominado por L ENAERTS, como «*test de la eficiencia*» y «*test de la descentralización*» en L ENAERTS, K.: Constitutional Law of the European Union», Sweet & Maxwell, London 2005, pág. 103.

[5] No podemos desdeñar tampoco en esta sede el importante papel que, en materia de armonización de mínimos, realizaría la introducción del artículo 1 18 A del TCEE, que supondría la frustración del intento, por parte de las economías neoliberales de los 80 recién salidas de la crisis del petróleo, de desmantelación del derecho del trabajo nacional.

[6] De este modo indica S ANDER, F.: «*intrinsically, the principle of subsidiarity is closely linked to the European institutional design that provides for proper allocation and execution of competences and the changes recently imposed on it by the European Constitution aim to enhance this element*», pág. 527, en «Subsidiarity infringements before the European Court of Justice: futile interference with politics or a substantial step towards EU federalism», The Columbia Journal of European Law , Vol. 2 n2, spring 2006. También adopta la misma postura Lo F ARO, A.: ya que según indica «*la falta de unidad político-jurídica así como la particular estructura del sistema de producción normativo comunitario inducen a adoptar una prospectiva no fragmentada (…), atribuyendo una debida relevancia a la dimensión institucional y constitucional* (de la Unión)», pág. 41, «Funzioni e finzioni della contratazione collectiva comunitaria», ed. Giuf frè, 1999.

Estrategia Europea para el Empleo. En primer lugar y en el marco de la conocida como»*gobernanza multinivel*», se señalan las dificultades que surgen en la aplicación del principio de subsidiariedad como instrumento de control judicial de las « *normas blandas*» que emanan del Método Abierto de Coordinación. En segundo lugar se indican los mecanismos de «doble canal» que ofrece el principio de subsidiariedad tanto para la extensión de competencias de la Unión como para su posible retroactividad hacia los Estados miembros. Finalmente se aboga por la necesidad de aumentar la democracia participativa dentro de la Unión.

2. Orígenes del principio de subsidiariedad

Ciertamente, en los orígenes de la Comunidad hace 50 años, el Tratado se caracterizó por la ausencia de normativa de reparto competencial en materia social entre la Comunidad Económica y los seis Estados miembros que la conformaban, ya que su función estaba determinada por la garantía de la paz y la construcción de un mercado común.

De esta forma, los *Padres Fundadores del Tratado* se esforzaron por introducir las disposiciones adecuadas que sirvieran a la construcción y salvaguarda de esa Comunidad Económica Europea, garantizando la libre circulación de «*productos*» y de»*factores productivos*» [7], y recogiendo en el Tratado de Roma la necesidad de eliminar cualquier obstáculo que interfiera en la construcción de dicho mercado, según las normas de la libre competencia e igualdad de condiciones para los operadores económicos que intervinieran en él.

No sería hasta finales de los 80 —como « *reacción al acuerdo de insatisfacción de algunos Estados miembros sobre el modo en que la Comunidad ejercitaba sus poderes* [8]»— cuando el principio de subsidiariedad fuera formalmente *constitucionalizado* por vez primera en el Tratado de la Unión Europea (1992) [9].

Sin embargo, los contornos de dicho principio ya habían sido insinuados con anterioridad, en el Acta Única Europea [10] cuando se estable-

---

[7] Así Barnard, C.: indica que « *la idea básica que inspiró el Tratado de Roma fue económica: crear un mercado común que consistiera en la libre circulación de productos (bienes y servicios) y de factores productivos (trabajo y capital)*», «EC Employment Law», Oxford, 2006, p4.

[8] Lenaerts, K.: Constitutional Law of the European Union», Sweet & Maxwell, London 2005, pág. 101.

[9] Véanse los artículos B TUE. Además el artículo G del TUE 1992 en el punto B) 5 TUE introduce una reforma en el TCE incluyendo el que se denominaría artículo 3B TCE (actual artículo 5 TCE en su versión consolidad del Tratado de Niza).

[10] Sean Van Raepenbush y Domonik Hanf, en «Flexibility and Social Policy», «The many faces of dif ferentiation in EU Law», ed. Intersentia, 2001, pág. 76, afirman que el «embrión de este principio» se encuentra «en el campo de la política medioambiental».

cieron las reglas de reparto de «tareas» entre Estados miembros y la Comunidad en materia medioambiental [11].

En este sentido, el AUE indicaría que era «legítima la acción comunitaria que sirviera para suplir los esfuerzos que desde los Estados miembros» se estaban desarrollando a favor de una, al parecer , «insuficiente acción a favor del medio ambiente», avanzando en el artículo 130 R 4 del AUE una definición del principio subsidiariedad que, por otro lado, no lo citaba expresamente [12].

Esta disposición, tras las posteriores reformas de los Tratados constitutivos de la Unión Europea [13], se extendería posteriormente a otro tipo de «actividades compartidas», tales como las de acción social y de empleo, la educación y formación ocupacional, la cultura, salud pública, protección de los consumidores, o sobre acciones antidiscriminatorias. Esta extensión del principio de subsidiariedad fue la respuesta al « *dilema*» [14] anteriormente planteado, entre cumplimentar la integración del mercado único en su faceta social y medioambiental, y a la vez, servir de barrera hacia la interferencia de la Comunidad en las competencias de los Estados miembros en la regulación de las materias más *sensibles* por afectar a su tradición [15].

Por tanto, es importante concluir en este punto que en mi opinión, la progresiva afirmación del principio de subsidiariedad se ha ido produciendo conforme la Comunidad iba adoptando nuevas competencias, a través de las diversas reformas de los Tratados, donde como se verá además se propuso crear un modelo social europeo, adoptando diversas formas de integración [16].

---

[11] LENAERTS, K.: «Constitucional law of the European Union», Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 101.

[12] Artículo 130 R 4. «La Comunidad actuará, en los asuntos de medio ambiente en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente. Sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario, los Estados miembros asumirán la financiación y la ejecución de las demás medidas».

[13] Entiéndase con la adopción de los sucesivos Tratados de Maastricht (1992), Ámsterdam (1997), Niza (2000) y Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004), (sin ratificar) y Tratado de Lisboa (2008).

[14] SEAN VAN RAEPENBUSH y DOMONIK HANF, en «Flexibility and Social Policy», «The many faces of dif ferentiation in EU Law», ed. Intersentia, 2001, pág. 76.

[15] Esta doble función también sería indicada por ARRIGO, G.: en «Competenze e poteri in materia sociale», Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario», ed. Monduzzi, 1996, pág. 242. El autor se refiere en este caso con la expresión « *dos destinos*» a los que dirigido el principio de subsidiariedad: « *a la integración de la Unión y al respeto de la identidad nacional de los Estados miembros*».

[16] La extensión de las diversas áreas competenciales de la Unión, según la doctrina más autorizada en materia de integración europea, se ha ido produciendo en tres fases bien diferenciadas.

3. Definición del principio de subsidiariedad y su «evolución constitucional»

La doctrina ha reconocido que no se puede realizar una definición del principio de subsidiariedad «*in abstracto*», ya que su aplicación la determinan «*las instituciones políticamente responsables durante el proceso de decisión*» [17].

Se caracteriza por tanto este principio por ser *vago* y *ambiguo,* características ambas que se suelen vincular al complejo reparto competencial entre la Unión y los Estados miembros. Es por ello, que al haberse producido a lo largo del proceso de integración una extensión de las competencias comunitarias durante las distintas reformas de los Tratados, el estudio del principio de subsidiariedad se ha realizado de modo «dinámico», esto es, teniendo en cuenta su aplicación en función de los objetivos que se preveían en los distintos textos fundacionales, desde su introducción formal, en el Tratado de Maastricht, hasta la actual situación de *impass* provocada por las negativas francesa y holandesa a la ratificación del Tratado Constitucional. (*)

No cabe duda de que es su faceta «política» la que determina su configuración. Se trata de un principio funcional, que sirve, aún hoy día, como «excelente habitación de acuerdos», donde las autoridades regionales y nacionales pueden negociar la implementación de las políticas comunes [18], y que por tanto puede ser enarbolado tanto por los defensores de una construcción federal europea (defensores de «la Unión en la dife-

---

En una primera, mediante la llamada «armonización por Directivas». Estas fueron las Directivas adoptadas en los 70 y principios de los 80, de gran importancia y de gran calado social, como fueron las relativas a la discriminación por razón de sexo, las Directivas sobre despidos colectivos, insolvencia del empresario y traspaso de empresa, y las primeras Directivas sobre salud y seguridad de los trabajadores.

Como segundo tipo de integración, alternativa a la primera, e introducida por el AUE, se refiere a la armonización con fijación de *mínimos,* que se produjo sobre todo en materias de medio ambiente y social, sirva como ejemplo la Directiva sobre el tiempo de trabajo.

En una tercera fase, tras la adopción del Tratado de Ámsterdam (1997), reconociendo la función del legislador comunitario como de «complementaria» o «suplementaria», denominándose este tipo de integración también como « *segunda variante federalismo cooperativo*», SHÜLTZE, R.: «Co-operative federalism constitutionalised: the emer gence of complementary competences in the EC legal order», European Law Review , April, 2006.

[17] GRÀINNE DE BÙRCA, «Legal principles as an instrument of dif ferentiation? the principles of proportionality and subsidiarity» pág. 80.

[18] «Subsidiarity: the challenge of change. Proceedings of the Jaques Delors Colloquium», 1991, EIPA, 1991, pág. 10. En este sentido O LESTI RAYO, A.: «Los principios del Tratado de la Unión Europea. del Tratado de Maastricht al Tratado de Ámsterdam», Ed., Ariel S. A., 1998, pág. 81 indica que el principio de subsidiariedad introduce una noción «dinámica» de integración «*permitiendo la intervención de la Comunidad cuando las circunstancias lo exijan, o al contrario, abandonándolas cuando su intervención deje de estar justificada»,* queriendo demostrar con tal afirmación que « *la aplicación de dicho principio tiene una doble dirección*».

(*) Cabe señalar que tras la reciente publicación de la versión consolidada del Tratado de Lisboa (DOC 115 de 9.5.2008) el art. 5 TCE se sustituye por el art. 5 TUE, quedando a la espera de su ratificación por los EE.MM.

rencia»), como por los de una más completa integración europea más allá de la unión económico-mercantilista.

Además dicho principio, que podría definirse también, por su estructura «poliédrica», puede ser aplicado tanto entre la esfera privada y la del Estado (en un sentido horizontal), como por el modo de la repartición de tareas entre los diferentes niveles políticos (en su versión vertical) [19]. Incluso ha sido definido desde dos perspectivas tan diferentes como son, la de la noción «material» (contenido del principio), como la «procesal» del principio (condiciones de su aplicabilidad), subrayando en ambos casos, la ausencia de juridicidad en su aplicación.

Quizás sea por esta razón por la que la actividad del Tribunal de Justicia para aclarar su concepto ha sido más bien escasa [20], constatando de este modo la dificultad que conlleva la aplicación de un principio donde lo que predomina es el sentido de la oportunidad *política* sobre la *judicial* [21].

Tal y como se ha avanzado anteriormente, el principio de subsidiariedad fue introducido por el Tratado de Maastricht [22] en su artículo B [23], y mediante la reforma que realizara a su vez en el TCEE con la inclusión del artículo 3B en el Tratado de la Comunidad Europea, que a partir de entonces perdería el calificativo de « *Económica*» [24]. También fue fruto de esta reforma, además de una nueva configuración institucional de la *Unión* o la inclusión de nuevos principios, una importante transferencia de competencias a la Comunidad mediante la inclusión de los artículos 2, 3 y 3 A en el TCE. Estos artículos añadirían más objetivos a la

---

[19] Esta distinción la indicaría por vez primera en, «Subsidiarity: the challenge of change. Proceedings of the Jaques Delors Colloquium» ed. EIP A, 1991.

[20] Consúltese la STJCE 12 de noviembre de 1996, asunto C-84/94 donde el Tribunal se Justicia analiza si la Directiva 93/104 sobre ordenación del tiempo de trabajo es conforme al principio de subsidiariedad y por tanto si no es nula por incurrir en su violación. El TJCE argumenta que la base jurídica en que se basa la aprobación de dicha Directiva es el artículo 118 A que autoriza la regulación comunitaria de mínimos en materia de salud y seguridad de los trabajadores por lo que no violaba el principio de subsidiariedad.

[21] Llama la atención la falta de implicación por parte del TJCE para definir este principio mientras en otros ámbitos el activismo del Tribunal de Luxemburgo ha conseguido un avance en la integración que durante algunas etapas se ha caracterizado por ser « *más judicial que jurídica*», Lo Faro, A. «Funzioni e finzioni della contratazione collettiva», ed. Giuffrè pág. 23. en este sentido, E stella de Noriega, denuncia en «El dilema de Luxemburgo», la falta de participación activa en el control de la discrecionalidad de los poderes comunitarios actuando no como tribunal de control sino como «tribunal a favor de la integración» y del «principio de mínima intervención» apoyando «las mayorías» en los procesos de decisión.

[22] DOCE n 191 de 29.7.1992, pág. 1-1 10, o Tratado de la Unión Europea.

[23] El artículo B del TUE, dispone que «*los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*».

[24] Art. G. A. 1) TUE, DOCE n 191 de 29.7.1992, pág. 1-1 10.

Comunidad [25], como son el *respeto al medio ambiente*, el *crecimiento sostenible*, o un *alto nivel de empleo,* que tradicionalmente habían sido de competencia estatal y que entonces se les elevó a *actividades* que debían compartir con las instituciones políticas de la Comunidad.

De ahí la importancia, volviendo con el análisis del artículo 3B TCE (actual artículo 5 TCE), que jugará a partir de entonces el principio de subsidiariedad en el reparto competencial de dichas acciones públicas.

De la lectura del artículo 5 TCE son tres las reglas de reparto competencial que pueden inferirse, esto es, las derivadas de los principios de atribución (art. 5,1 TCE), el de subsidiariedad (art. 5,2 TCE) y el de proporcionalidad (art. 5,3 TCE).

El artículo 5,2 TCE dispone:

> «*En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario*».

Por tanto son tres las requisitos que deben completarse para su aplicabilidad; 1) la necesidad de que los ámbitos de acción « *no sean de su competencia exclusiva*»; 2) cuyos objetivos de acción *no puedan ser alcanzados de manera suficiente* por los Estados miembros; 3) puedan *lograrse mejor* a nivel comunitario debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada.

Es importante subrayar que tales requisitos deben ser leídos conforme a las Directrices que se indican en el Protocolo n 30 « *sobre la aplicación de los principios de la subsidiariedad y proporcionalidad*», añadido al Tratado de Amsterdam, el cual codifica a su vez las directrices definidas por el Consejo de Edimbur go de 1992 [26] consiguiendo aumentar de este modo « *la relevancia jurídica*» del enunciado [27].

---

[25] Art. G. B. 2) TUE, «el artículo 2 se sustituirá por el siguiente: « *La Comunidad tendrá por misión, promover mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3 A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel de la calidad de vida. la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros*».

[26] Conclusiones de la Presidencia presentadas el 1 1 y 12 de diciembre de 1992.

[27] Tal y como indica la doctrina, el artículo 5 TCE goza de «*contenido jurídico prácticamente inexistente*», mientras que el Protocolo, mediante la adopción de las *líneas guía* de aplicación del principio logra introducir elementos jurídicos para su correcta aplicación. Estella de Noriega (…), pág. 51.

Las condiciones de aplicación a que se refiere el Protocolo se centran básicamente en fijar los requisitos que deben cumplirse para poder probar que «*los objetivos propuestos pueden lograrse mejor mediante la actuación de la Comunidad*», esto es: 1) que se considere como un asunto que presente «*aspectos trasnacionales*»; 2) que las actuaciones de los Estados miembros únicamente o la ausencia de de actuación comunitaria entrase en conflicto « *con los intereses del Tratado o perjudicara considerablemente los intereses de los Estados miembros*»; y finalmente, 3) que la actuación comunitaria proporcionase « *claros beneficios debido a su escala*».

Además, el Protocolo n. 30 añade el requisito general que deberá respetar cualquier propuesta de norma comunitaria, que será la de exponer *los motivos en que se base con vistas a justificar que cumple los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*», ya fuera mediante « *indicadores cualitativos o cuantitativos*» (punto 4 del Protocolo) [28].

En el «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» (art. I-11 3), por su parte, se añaden algunas novedades a la condiciones de aplicación del principio de subsidiariedad, como son, por ejemplo, la introducción de un nuevo Protocolo que establece el procedimiento de su aplicación mediante la introducción de un control por parte de los Parlamentos nacionales, confirmando en este sentido, a mi parecer , el contenido «político» del principio de subsidiariedad [29]. Además, se añade también el papel activo del Comité de la Regiones en el control de su aplicabilidad, legitimando a dicho órgano para instar la anulación de una «ley europea» ante el TJCE en el caso en el que no respetara la regla de la subsidiariedad.

II. LA ESTRATEGIA EUROPEA PARA EL EMPLEO Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como por todos es sabido, la *política social comunitaria* se ha caracterizado desde sus inicios por el uso de las técnicas legislativas menos intervencionistas en los ordenamientos jurídicos nacionales. Por lo tanto, podría afirmarse, en primer término, que la subsidiariedad ha sido

---

[28] En este punto ESTELLA DE NORIEGA, pág. 81, se muestra de nuevo muy crítico ya que denuncia la falta de neutralidad que puedan tener en ciertos casos la utilización del conocimiento técnico y científico que sirve a los objetivos que marca dicha institución, llegando a afirmar incluso que « *la fundamentación técnico científica constituye a menudo, un oportuno camuflaje de las presencias políticas que tenga una determinada institución*».

[29] Además el Tratado hace por vez primera, un listado de competencias en el intento de diseñar una Europa descentralizada entre competencias *exclusivas*, *compartidas* y de ámbito de *coordinación, apoyo o complemento* manteniéndose la regla de exclusión sobre al aplicación de la regla de la subsidiariedad para la regulación de las competencias exclusivas de la Comunidad.

«*el principio guía*» de la política social [30], según el cual las decisiones en dicha materia deben tomarse «*de la forma más próxima al ciudadano* [31]».

Sin embargo, en cuanto a lo que se refiere exclusivamente al papel que juega el principio de subsidiariedad en materia de política de empleo, cabría indicar que su aplicación en dicho campo debía parecer en los orígenes de la Comunidad indiferente, teniendo en cuenta la ausencia de disposiciones en el Tratado de Roma 1957 sobre competencia comunitaria en materia de empleo.

Así fue considerado hasta que en el Consejo Europeo Extraordinario sobre el Empleo celebrado los días 20 y 21 de noviembre de 1997, se subrayara la necesidad ur gente de adoptar una estrategia común de lucha contra el desempleo, «*cuyo nivel inaceptable amenazaba la cohesión de nuestras sociedades*». Este Consejo se celebró para que las Directrices que se adoptaran entonces, al igual que las dictadas en el Consejo de Essen de 1994 [32], gozaran de «efectos inmediatos», ya que el nuevo Título VIII introducido por el Tratado de Ámsterdam no entraría en vigor hasta el siguiente año. Tanto las Conclusiones de la Presidencia, como el mismo Título VIII (arts. 125 a 130 TCE), recogían la adopción de una nueva «*estrategia coordinada de las políticas de empleo nacionales*». Esta estrategia se basaba en « *orientaciones comunes que tuvieran en cuenta los objetivos y los medios —las «directrices para el empleo»— que se inspiran directamente en la experiencia adquirida en el control multilateral de las políticas económicas*». Con dicho método por tanto, se trataba de crear « *tanto para la política económica como para el empleo, la misma voluntad de convergencia hacia objetivos comunes verificables y actualizables periódicamente»* (ver el párr. 3 de las Conclusiones), «*con el debido respeto al principio de subsidiariedad y las competencias de los Estados miembros, incluidas las de sus entidades re-*

---

[30] Sean Van Raepenbush y Domonik Hanf, en «Flexibility and Social Policy», «The many faces of dif ferentiation in EU Law», ed. Intersentia, 2001, pág. 76.

[31] Último considerando del TUE 1992.

[32] Tal y como es sabido, las primeras Directrices de coordinación de políticas de empleo, fueron dictaminadas por el Consejo en las Conclusiones de la Presidencia presentadas los días 9 y 10 de diciembre en el Consejo de Essen, amparándose en razones de «trasnacionalidad» con la finalidad de resolver los «problemas comunes de desempleo» que eran «estructurales» dentro de la Unión. Las directrices incidían en cinco líneas de actuación: 1. Creación de nuevas oportunidades de trabajo mediante inversiones en la formación profesional; 2. Incremento de los niveles de crecimiento del empelo mediante medidas de flexibilidad del trabajo y de horario de trabajo; 3. Reducción de los costes laborales indirectos (no ligados a los salariales); 4. Estímulo a las políticas activas de trabajo; 5. Mejora de las medidas para ayudar a la inserción laboral de determinados grupos con dificultades para su inserción en el mercado de trabajo como lo son los parados de lar ga duración, los jóvenes y trabajadores de más edad. También en las Conclusiones se hace referencia a la necesidad de que los Estados miembros «*apliquen estas directrices en sus políticas nacionales, en el marco de un programa plurianual y teniendo en cuenta su situación económica y social*».

gionales, en materia de empleo, y ser compatibles con las orientaciones generales de política económica» (párr. 14 del mismo texto) [33].

De otro lado, también la « *acción suplementaria* [34] de las Instituciones europeas se justifica además con la introducción de nuevos objetivos de la Comunidad, entre los que se incluyeron el de «alcanzar un alto nivel del empleo» (art. 2 TCE en su versión consolidada) [35].

Abundando ahora en el papel que el principio de subsidiariedad pueda ejercer en la EEE cabe señalar que en mi opinión, que no está cumpliendo su función originaria por el que se introdujo en el Tratado analizado con anterioridad.

Incluso me atrevería a afirmar que a pesar de se haya afirmado que el principio de subsidiariedad sea «la clave de bóveda» de la política de empleo comunitaria desde la puesta en marcha del proceso de Luxemburgo, en la actualidad se está produciendo un desgaste en la competencia estatal [36] debido —en mi opinión— a un «dejar hacer»por parte de los Gobiernos nacionales a las Instituciones europeas, ante los fracasos que, en materia de empleo, se habían producido a lo lar go de la década de los 90 en comparación con las economías americana y japonesa.

Se podría, por tanto, sostener que, de manera formal, el principio de subsidiariedad (junto con el de proporcionalidad) ha garantizado la nota caracterizadora nacional de las políticas de empleo, incluso a nivel territorial y local, pero de manera real, dicho principio no está cumpliendo las expectativas que, a mi parecer , debiera jugar en el reparto, fiscalización y control de la intrusión de las Instituciones europeas en las competencias de empleo que comparte con los Estados Miembros.

La Comunidad, según los poderes que le otor ga los artículos 125 y ss. del Tratado CE únicamente está legitimada para «*fomentar la coordinación*», así como para « *apoyar*» o «*complementar*» sus respecti-

---

[33] La Estrategia Europea para el Empleo (EEE) diseñada en el Consejo extraordinario de Luxemburgo de 1997, vino a adoptar directrices de coordinación dirigidas a los Estados miembros que incidían en dar una mayor importancia a cuatro pilares donde era necesario actuar mediante reformas de los ordenamientos nacionales. Estos pilares eran: 1. Políticas activas del trabajo para mejorar la capacidad de inserción laboral y los servicios de colocación; 2. Emprendimiento empresarial, difusión del trabajo autónomo y lucha contra el trabajo sumergido, 3. Adaptación, (de las empresas y trabajadores) en el afán de conseguir el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad; 4. Paridad de oportunidades: reforzar las políticas encaminadas a incrementar la ocupación de la mujer y combatir la discriminación través de la adopción de medidas destinadas a favorecer un mejorado equilibrio entre la relación trabajo y vida familiar .

[34] Ashiagbor, D.: «The European Employment Strategy: labour market regulation and new governance», Oxford, 2005, p. 106.

[35] Añadido dicho objetivo por vez primera por el TUE en 1992, ver el artículo G B 2).

[36] Incluyendo la referencia estatal a las competencias regionales y locales.

vas actuaciones. Pero, y a pesar de que los instrumentos normativos que utiliza para lograrlo no son vinculantes, es notorio subrayar que ejercen una gran influencia en el «diseño» y en el «lenguaje» utilizados por las economías domésticas de los EE. MM., mediante un —digamos— paradigmático método de armonización que se ha convertido en el «sello» de la política social europea, consiguiendo poco a poco incrementar sus competencias de un modo «indirecto» (pero eficaz) de actuación [37].

Dicha influencia debe tomarse en serio sobre todo a partir de la puesta en marcha de la «revisada» Estrategia para el Empleo, donde se ha intensificado aún más si cabe la vinculación entre las políticas activas de empleo y las económicas, abandonado « *el lenguaje de los derechos*» [38] que debe inspirar la regulación del derecho del empleo.

El *relanzamiento* de la EEE en 2005, con la integración en la Agenda de Lisboa, ha producido algunos cambios con respecto a las anteriores Directrices. Así, se reconoce con más intensidad la vinculación entre las condiciones económicas y la creación de empleo, por lo que se ha optado por adoptar *Directrices Integradas* que coordinen tanto las políticas micro, macroeconómicas y de empleo, que serán revisadas de forma trienal «*poniendo en marcha una nueva asociación entre el crecimiento y el empleo*» [39].

En un intento por tanto de ar gumentar y sistematizar en esta sede, si el principio de subsidiariedad se trata de un instrumento válido para controlar la infiltración que se está produciendo con la comunitarización de las políticas de empleo he realizado un doble análisis (material y procedimental) de las normas comunitarias [40] de empleo en contraste con la doble aplicación en el mismo sentido del principio de subsidiariedad.

En primer lugar, y en cuanto al control material, me estoy refiriendo al control sobre el «valor añadido» que aporta la Comunidad en este ámbito, es decir, si cumple los requisitos de «trasnacionalidad», «perjuicio a los intereses del Tratado o de los Estados miembros», y aportara «claros beneficios», por un lado, y si existe una falta de suficiencia por parte de los Estados miembros para llevar a cabo una política óptima de lucha contra el desempleo, por el otro.

---

[37] Dicho efecto se basa en la propia idiosincrasia de la implementación de la EEE. El hecho de que los resultados de las políticas nacionales deban ser publicados y comparados con el resto de los EE. MM. produce importantes efectos que no deben ser subestimados.

[38] Sciarra S.: «La constitucionalización de la Europa social. Derechos fundamentales y procedimientos de soft law», Relaciones Laborales, Tomo II, 2004, pág. 1215-1236.

[39] COM (2005) 24 C omunicación al Consejo Europeo de Primavera. Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la estrategia de Lisboa, Bruselas, 2.2.2005, p. 11.

[40] Estella de Noriega (..).

Cabría en primer lugar criticar en este estadio, el predominio que se está produciendo sobre el control comunitario «material» de lo cuantitativo sobre lo cualitativo en relación con el control de la eficiencia de las políticas de empleo comunitarias, que está produciendo un desgaste de un derecho fundamental, el del trabajo, mediante el avance de un « *derecho de la economía*» [41] que está socavando indirectamente el sistema de garantías jurídico-laborales de los Estados miembros.

En este sentido, cabría señalar que no puede descartarse la posibilidad de que la política de empleo comunitaria sea reversible. Tal y como se ha indicado anteriormente, la Estrategia de Luxembur go nació en un contexto socio-económico determinado que puede cambiar conforme se vayan alcanzando los objetivos sobre pleno empleo que señala la Agenda de Lisboa. Bajo dicha condición, y en ausencia de los elementos materiales para la oportunidad de actuación política comunitaria de empleo, podría darse la situación en la que un Estado miembro «cumplidor» exigiera la devolución de las competencias en materia de empleo en detrimento de su comunitarización.

A pesar de ello, esta posibilidad parece haberse descartado en el texto del Tratado Constitucional ya que en dicho texto se dispone un artículo donde se atribuye una específica atribución para la coordinación de las políticas de empleo y económicas (art. I-15) a la Comunidad, ello a pesar de los límites que indica el artículo III-205 (actual 127 TCE), añadiendo la expresión «*plenamente*» cuando se refiere a la necesidad de «respetar las competencias de los Estados miembros en su actuación de coordinación» [42].

En segundo lugar, y en cuanto al control del procedimiento, se hace referencia al método en sí. La EEE es implementada por un paradigmático modelo de armonización, es decir mediante el Método Abierto de Coordinación (MAC), caracterizado principalmente por su falta obligatoriedad. Control cuyas características vamos analizar en el siguiente epígrafe.

III. EL ROL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD BAJO EL PARAGUAS DEL MAC: ¿HACIA UN MODELO DE *GOBERNANZA MULTINIVEL?*

De la dificultad por parte de la Comunidad para legitimar sus acciones en aquellas materias donde se les confería una tarea de «coordinación», y como respuesta a la compleja implementación de políticas que demandan la participación en múltiples escalas más allá de la soberanía de los Estados miembros, surge en Europa un nuevo método de «gobernanza».

---

[41] Landa Zapirain, J. P.: Las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el del empleo», en Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 98, 1999, págs. 817-839.

[42] Es en este artículo 127 TCE donde según B arnard, C. pág. 109 y Ashiagbor, D.: pág. 198, se contiene el papel subsidiario de la Comunidad.

Así, por ejemplo, en el *Libro Blanco sobre la gobernanza europea* [43], la Comisión, haciéndose partícipe de la «falta de interacción entre la ciudadanía y las acciones públicas de la Unión», trata de enunciar los principios [44] que debieran guiar la *gobernanza* [45] europea para ser reformada a partir del año 2000, haciendo hincapié en la necesidad de adoptar instrumentos legislativos «*más flexibles»* y en la utilización del «método abierto de coordinación» como modo de reforzar o complementar la acción comunitaria [46].

La relación que existe entre el Método Abierto de Coordinación y la gobernanza, también será subrayada por este Libro Blanco, señalando que dicho método añade «*un valor añadido a nivel europeo allí donde el margen para la legislación es escaso*».

Por tanto, el método abierto, definido tanto por el Libro Blanco [47] como por el Título VIII del TCE en el artículo 128 y denominado por la doctrina como « *sistema de vigilancia del Proceso de Luxemburgo»* [48], puede incardinarse dentro de un nuevo proceso de integración «más abierto» o «flexible» que se instaura formalmente en la Cumbre de Lisboa celebrada el 23 y 24 de marzo de 2000.

De este modo, la Agenda de Lisboa para extender la acción de coordinación de la comunidad a otras materias que no son únicamente el empleo [49], introduce un llamado nuevo « *método de gobernanza flexible»* [50], que supone en el proceso de integración social actual el « *puente entre la regulación centralizada y la desregulación»* [51].

---

[43] http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2001/com2001_0428es01.pdf

[44] Los principios a los que hace referencia son: los de 1) *apertura,* 2) *participación,* 3) *responsabilidad,* 4) *eficacia y* 5) *coherencia*. La Comisión en dicho Libro Blanco asegura que con la inclusión de dichos principios se consigue a su vez reforzar los principios de *subsidiariedad y proporcionalidad*.

[45] La Gobernanza es definida en dicho documento como «las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia»

[46] A mi parecer, en este documento, se están dando los primeros pasos en el intento de instaurar un método de armonización alternativo a los procesos anteriores de integración que necesita de «*principios claros que definan el reparto de las competencias entre la Unión y los Estados miembros, en un sistema multinivel donde los distintos agentes contribuyen en función de sus capacidades o de su conocimiento al éxito del progreso global*».

[47] Así la Comisión explica que el Método Abierto de Coordinación «*fomenta la cooperación y el intercambio de buenas prácticas* (…)» y se basa « *en una evaluación sistemática de los progresos realizados en la materialización de tales objetivos, lo que permite a los Estados miembros establecer una comparación entre sus respectivos esfuerzos y aprender de la experiencia ajena*».

[48] Lo que en palabras de ASHIAGBOR denomina como «surveillance system», pág. 200.

[49] Tales como la inserción social, la reducción de la pobreza, la tecnología de la información o la promoción de la Investigación y el desarrollo.

[50] ASHIAGBOR, pág. 212.

[51] ASHIAGBOR, pág. 215.

Dicha integración denominada como *reflexiva* es quizás el hecho más caracterizador del Método de Coordinación Abierto que se basa en instrumentos normativos *flexibles* que pueden adaptarse a las *necesidades* de los Estados miembros.

El hecho de que las normas emanadas para la coordinación de las políticas de empleo sean voluntarias, como la amplia libertad de la que se dota a los EE. MM. en el modo en que deben ser implementadas en sus ordenamientos internos, podría llevarnos a la conclusión de que el MAC «*no produce efectos adversos en la autonomía local*» [52].

Ciertamente, cuando dichas *normas blandas* emanan de las Instituciones comunitarias para el diseño de un «marco general» de políticas comunes para el empleo sin fuerza legal, se ven en una segunda etapa «subsanadas» en el momento en el que dichas orientaciones son acogidas por los Estados miembros transformando en ley, lo que se inició como una simple recomendación y consiguiendo llegar finalmente al ciudadano en forma de «norma clásica emanada por el parlamento».

En este sentido, es en la sede doméstica o nacional donde se realiza el reparto de competencias entre el Estado central, y los entes territoriales o locales, dependiendo de la estructura descentralizada de cada uno de los EE. MM.

El papel que pueda desempeñar el principio de subsidiariedad en este ámbito es a mi juicio insuficiente. Para que las complejas relaciones de poder que existen entre los diferentes actores que deben participar en la configuración e implementación de las políticas sociales comunitarias (sociedad civil, interlocutores sociales, entes territoriales y locales, junto con el papel de las Instituciones europeas, y de los Estados miembros) debieran constitucionalizarse canales efectivos de participación «para el diseño de las políticas desde el origen». La falta de obligatoriedad de las directrices que se dictan en materia de empleo, a mi juicio, sirve para evadirse al control de subsidiariedad que pudieran oponer los Estados miembros en aquellas materias donde el Consejo extralimitara sus poderes.

Así, las dificultades que se encuentran en la fiscalización judicial de normas que no son formalmente obligatorias otor gan una especie de carta blanca a la Comunidad, que está abriéndose camino hacia una *armonización voluntaria* de una política de empleo común como consecuencia del proceso dinámico de competencia que se está produciendo entre los ordenamientos internos [53].

---

[52] Syrpis, P.: Legitimising European Governance: taking Subsidiarity seriously within the Open Method of Coordination», EUI Working Paper, Law, n 2002/10, pág. 55.

[53] «Al contrario que en un proceso de armonización *forzada* donde la integración se produce mediante Directivas y Reglamentos, el *proceso dinámico de competencia entre ordenamientos* puede producir una armonización voluntaria», R oger Van Den Bergh, pág. 130.

En este escenario, cabría apuntar si no es la *coordinación* un nuevo modo de negociación política que mar gina al principio de subsidiariedad en favor de una descentralización de las acciones públicas que deben tomarse a diversos niveles, sin otra fiscalización que la de la «opinión pública». Es por ello que en mi opinión y mientras no exista una «mayor seguridad» que contrarreste la flexibilidad de las *normas blandas* emanadas del MAC, sería deseable profundizar en la necesidad de incorporar canales deliberativos para la participación de todos los interesados en las políticas que les afecten, así como mejorar y reforzar el debate público sobre la adopción de este tipo de normas.

IV. CONCLUSIONES

Parece que después de la (no) ratificación del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (2004), la posibilidad de convertir el principio de subsidiariedad en « *un estándar judicialmente manejable entre el equilibrio federal de la UE y sus EE. MM.*» ha quedado estancado [54].

Con la adopción del «*Protocolo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad*» en el Tratado Constitucional se le otorga una importancia primordial al mecanismo de control preventivo de los parlamentos nacionales, pero, a su vez también, se les dota de legitimación para acudir al Tribunal de Justicia en caso de «violación por parte de un acto legislativo europeo del principio de subsidiariedad». Legitimación que ostentan tanto los Estados miembros, en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo y que se amplía al Comité de las Regiones para aquellos actos legislativos europeos «para cuya adopción la Constitución requiera su consulta».

Cabría por tanto concluir en primer término, que la Constitución —en caso de ser aprobada en los mismos términos para la regulación y control del principio de subsidiariedad—, prevé legitimar al Tribunal de Luxemburgo como órgano judicial de control en caso de violación del principio que abre un « *doble control de la subsidiariedad*» [55], consiguiendo de este

---

[54] A este respecto consultar el artículo de S ANDER, F.: «Subsidiarity infringements before the European Court of Justice: futile interference with politics or a substantial step towards EU federalism?» en The Columbia Journal of European Law, Vol. 2 n. 2 Spring 2006, donde concluye, en la página 571 que lo ideal sería que la interferencia judicial fuera la «*menos intrusiva*» debiéndose valorar en primer término la valoración del poder legislativo. Así las correcciones judiciales solo debieran aparecer en caso de que las acciones legislativas «*inherentemente erróneas*».

[55] En CHARMERS, D. y otros, «European Union Law», ed. Cambridge, 2006, se añade que el Protocolo aclara que el control por parte de los Parlamentos nacionales es un agregado por lo que no se considera como un sustituto al control que realiza la Comisión, el Consejo o el Parlamento Europeo, o a su aplicación por parte del Tribunal de Justicia, pág. 229.

modo una mayor «*proximidad y legitimidad*» [56] de las acciones comunitarias en el sentido vertical de la aplicación del principio.

En segundo lugar cabría, sin embargo, subrayar la dificultad que conlleva la monitorización judicial de un principio que se caracteriza por contener contradicciones internas, que surgen en el propio modelo de extensión funcional de las competencias que ha caracterizado la construcción europea. Este proceso obliga al Tribunal de Luxemburgo a reconciliar una «*lógica constitucional bipolar*» [57] que se mueve, entre la «*eficiencia comparativa*» de la acción comunitaria, y la capacidad de acción de los entes territoriales más cercanos a los intereses de los ciudadanos.

Abundando en el análisis de la eficiencia, además habría que subrayar no sólo la dificultad de medir en términos económicos la acción comunitaria para la superación del llamado «test del valor añadido», sino también, que dicha falta de voluntad se ha manifestado por parte el TJCE, quien no ha entrado a valorar decisiones tomadas por otras Instituciones comunitarias en virtud de dichos datos cuantitativos o cualitativos, a no ser que existiera grave error manifiesto.

En último lugar, me gustaría destacar que en la actual situación en la que nos encontramos, *sin un pacto federal* [58], y mientras no exista una distribución competencial concreta, así como una asignación de tareas de control y aplicación del principio de subsidiariedad semejante al establecido en el Tratado Constitucional, la *coordinación* podría considerarse como un instrumento *complementario* al proceso de «construcción social de Europa» [59] mientras no se confirme un avance más claro hacia lo contrario.

---

[56] STANCANELLI, P.: «Competences of the European Union», en BLANPAIN, R., COLUCCI, M., SICA, S.: «The European Social Model», ed. Intersentia, 2006, p. 54.

[57] CHARMERS, D. y otros, «European Union Law», ed. Cambridge, 2006, pág. 223.

[58] LYON-CAEN, G., en «Subsidiarity», «European Community Labour Law», Clarenton Press Oxford, 1996 denuncia que la regla de subsidiariedad significaría rechazar el pacto hacia el federalismo cuando en la pág. 61 indica afirma que «nada es certero» salvo el hecho de que «el principio de subsidiariedad no es compatible con un sistema de distribución de competencias basado en la atribución de poderes concretos» y añade que el efecto de tal regla es «la confusión y el desorden», pág. 61.

[59] Así en la Declaración de Berlín realizada el 25 de marzo de 2007, se dice que «*en la Unión Europea preservamos la identidad de los Estados miembros y la diversidad de sus tradiciones. Valoramos como una riqueza nuestras fronteras abiertas y la diversidad de nuestras lenguas, culturas y regiones. Hay muchas metas que no podemos alcanzar solos, pero sí juntos. Las tareas se reparten entre la Unión Europea, los Estados miembros, sus regiones y sus municipios*», pág. 2 y prosigue (pág. 3), «*para ello debemos seguir adaptando la estructura política de Europa a la evolución de los tiempos*». También ASHIAGBOR, D.: hace referencia a una idea semejante cuando afirma que más allá de la integración positiva o negativa, estamos ante un modelo distinto de construcción europea, el de la «*integración a través de la coordinación*», p. 241.

Comunicación a la Ponencia General

LA ADECUACIÓN DEL DIÁLOGO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA EUROPEA PARA EL EMPLEO EN ESPAÑA: ÚLTIMAS APORTACIONES SOBRE EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE SEGURIDAD Y FLEXIBILIDAD

HELENA YSÀS MOLINERO
Investigadora predoctoral
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN: LOS –FRECUENTEMENTE IGNORADOS– REQUERIMIENTOS DE DESARROLLO DE LA EEE MEDIANTE EL DIÁLOGO SOCIAL.—II. UNA NUEVA ETAPA DEL DIÁLOGO SOCIAL EN ESPAÑA: INCIDENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA EEE,—III. LOS FRUTOS DEL DIÁLOGO SOCIAL EN 2006 EN MATERIA DE «FLEXIGURIDAD»: ¿APLICACIÓN DE LA EEE O ACUERDOS EN CLAVE INTERNA?–1. La adaptabilidad de los trabajadores y las empresas. 2. La «flexiguridad»: ¿reformulación de la adaptabilidad o nuevo concepto? 3. La aplicación en España de la adapatabilidad/flexiguridad a través del diálogo social tripartito y bipartito.—IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN: LOS —FRECUENTEMENTE IGNORADOS— REQUERIMIENTOS DE DESARROLLO DE LA EEE MEDIANTE EL DIÁLOGO SOCIAL

En la concepción de la Estrategia Europea para el Empleo (en adelante, EEE) por parte de las instituciones comunitarias, el diálogo social ha tenido desde el inicio un (teórico) papel preponderante [1]. La Comisión europea, particularmente, no se ha cansado de insistir en la necesidad de que el diseño de la Estrategia a nivel comunitario y su aplicación a nivel nacional se deben llevar a cabo con la intervención de los interlocutores sociales. Sin embargo, su nivel de participación a lo largo de los ya 10 años de EEE —desde 2000 incorporada a la más amplia Estrategia de Lisboa— no ha sido, con carácter general y especialmente por lo que a los Estados miembros respecta, en absoluto satisfactoria.

España no ha sido una excepción. En los primeros años de aplicación de la EEE la intervención de los interlocutores sociales a través del diálogo social —como mínimo el de carácter tripartito— fue más bien discreta. Sin embargo, a partir de la Declaración para el Diálogo Social de 2004 su papel ha experimentado un cambio relevante, en el contexto del ciclo de diálogo social que permanece abierto desde entonces.

El objeto de esta comunicación consiste en el análisis de las más recientes aportaciones del diálogo social a la EEE en España, centrando la atención sobre uno de los ejes esenciales de la misma, la adaptabilidad de trabajadores y empresas, que en tiempos recientes se ha venido a lla-

---

[1] Sobre el origen y desarrollo de la EEE *vid*., entre otros, ARAGÓN, J.: *La estrategia europea de empleo: aportaciones y contradicciones*. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol.20, núm. 1 de 2002; COLINA ROBLEDO, M.: *La consolidación y el relanzamiento de la estrategia de Lisboa: más Europa, más empleo y más cohesión social*. *La cumbre social y el Consejo Europeo de Barcelona*. RMTAS, núm.42 de 2003; ESPINA MONTERO, A.: *¿Existe un modelo europeo de empleo? El proceso de Luxemburgo*. Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, núm.820 de 2005; OJEDA AVILÉS, A.: *Promoción del empleo y diálogo social en el Ordenamiento Comunitario*. RMTAS, núm.52 de 2004.

mar «flexiguridad» en su aspecto concerniente a las relaciones laborales, concepto el de flexiguridad que se encuentra en estos momentos en pleno proceso de desarrollo y concreción. Tal análisis tiene como objetivo último la valoración de la adecuación del diálogo social como instrumento de desarrollo y aplicación de la EEE con carácter general.

A nivel comunitario los interlocutores sociales contribuyeron de forma muy limitada a la definición de las orientaciones fundamentales de la EEE mediante la aportación de sus puntos de vista[2]. En concreto, en cuanto al proceso de Luxembur go, los interlocutores sociales son llamados a participar mediante la conclusión de acuerdos [3], aunque es discutible hasta qué punto este llamamiento ha sido seguido [4].

Las instituciones comunitarias reiteran constantemente el papel clave que los interlocutores sociales deben tener en el desarrollo y aplicación de la EEE [5]. Sin embargo, aunque en algunos aspectos no pueden ir

---

[2] Aportaciones a los Consejos europeos que definieron las orientaciones en su fase inicial —Luxemburgo (1997), Cardiff (1998), y Colonia (1999)—, mediante su intervención en la preparación de las directrices de política económica a través del grupo de diálogo social sobre política macroeconómica y del Comité Permanente de Empleo —instituido en 1970 y reformado en 1999—, actualmente sustituido por la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo. La función del Comité Permanente de Empleo consistía también en la supervisión de las directrices y de los progresos alcanzados. F ODEN, D.: *The role of the social partners in the European employment strategy*. Transfer, vol. 5-4 de 1999, págs. 526-527.

[3] Las directrices 5, 6 y 16, dirigidas respectivamente a la promoción de la empleabilidad mediante la formación, la realización de prácticas y la formación continua, y a la modernización de la or ganización del trabajo con la finalidad de alcanzar el equilibrio entre flexibilidad y seguridad, incluso especificaban algunas tareas que debían acometer los interlocutores: concluir acuerdos con objetivos concretos, negociar , etc. F ODEN, D.: *op. cit,* págs. 529-530.

[4] CASEY defiende que el proceso de Luxembur go ha fracasado en su intento de involucrar a los interlocutores sociales por distintos motivos, entre los que destacan el hecho de que se perciba como concerniente esencialmente a cuestiones técnicas, así como que la suscripción de la EEE ha ido frecuentemente de la mano de la suscripción de políticas económicas más amplias, muchas veces poco compatibles con las posturas sindicales. C ASEY, B. H.: *Building social partnership? Strengths and shortcomings of the European Employment Strategy*. Transfer, vol. 11-1 de 2005, pág. 61. G OETSCHY coincide en valorar la implicación de los interlocutores sociales en la EEE como lejos de ser satisfactoria. G OETSCHY, J.: *The open method of coordination and the Lisbon strategy: the difficult road from potential to results*. Transfer, vol. 11-1 de 2005, pág. 70.

[5] Entre los documentos más recientes, vid. Comunicación de la Comisión: «El diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio» COM (2002) 341 final; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: «Balance de cinco años de aplicación de la Estrategia Europea para el Empleo» COM (2002) 416 final; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: «El futuro de la Estrategia Europea para el Empleo: Una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos COM (2003) 6 final; Comunicación de la Comisión: «Colaboración para el cambio en una Europa ampliada: potenciar la contribución del diálogo social europeo» COM (2004) 557 final; Comunicación al Consejo Europeo de Primavera «T rabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzando la estrategia de Lisboa» COM (2005) 24.

más allá de hacer un llamamiento a la participación (en aquello que afecta a las relaciones bilaterales o a la intervención de los actores sociales a nivel nacional), tampoco se concretan suficientemente los mecanismos para la intervención de los interlocutores sociales europeos a nivel comunitario ni, ante todo, tiene tal intervención —a pesar de la insistencia con que se recuerda la importancia de los interlocutores sociales en el proceso— incidencia suficiente en las decisiones finales de las instituciones de la Unión.

A nivel nacional, el principal instrumento de aplicación de la EEE, los planes nacionales de acción para el empleo (PNAE, actualmente y desde 2004 planes nacionales de reforma —PNR—) han revelado en su redacción una participación de los interlocutores sociales muy desigual entre Estados miembros, pero en cualquier caso inferior a la que sería deseable. En este sentido, los interlocutores de todos los Estados han expresado sus quejas respecto al limitado alcance de su contribución a la elaboración de los PNAEs y , particularmente, en el sentido de que tal contribución ha sido generalmente reactiva, al consistir en líneas generales en la aportación de sugerencias a los borradores elaborados por los gobiernos, que ostentan la responsabilidad exclusiva de su formulación. En definitiva, se trata de documentos gubernamentales, no de documentos que deban ser fruto de un acuerdo entre gobierno e interlocutores [6].

Asimismo, los interlocutores sociales europeos, y, muy particularmente, la Confederación Europea de Sindicatos (CES), han criticado la escasa implicación de los Estados miembros con los objetivos de la EEE, lo que se reflejaría en los PNAEs, que se concebirían « *no tanto como instrumentos estratégicos para el avance de las políticas de empleo nacionales, sino más bien como instrumentos de traslación de políticas nacionales a las directrices de empleo europeas*» [7]. En el mismo sentido, la CES también critica que con frecuencia las recomendaciones comunitarias sólo se implementan cuando coinciden con la política nacional de empleo [8].

El desarrollo y aplicación de la EEE mediante el diálogo social presenta dos principales dificultades. En primer lugar , la reticencia de los Estados miembros a adaptar sus políticas nacionales de empleo a las directrices y recomendaciones comunitarias, tendiendo más bien a adaptar las directrices de la EEE a las políticas internas, lo que deja poco margen de intervención a los interlocutores sociales en un proceso muy dirigido por los gobiernos; en segundo lugar, las contradicciones de los propios interlocutores —particularmente de los sindicatos— con respecto a

---

[6] Casey, B. H.: *op. cit*, págs. 55-57.

[7] Homs, O.; Kruse, W.; Lafoucrière, C. y Tilly, P.: *Contribution of the Trade Union Organisations to the Evaluation of the Actions conducted and the Impact in terms of the European Employment Strategy. Final Report*. 23 de mayo de 2005. En www.etuc.org, pág. 21.

[8] *Ibid*., pág. 25.

la EEE, instrumento que les permite elevar su nivel de participación en la determinación de las políticas de empleo, pero que a la vez impone unas reglas del juego predeterminadas [9], en las que se evidencia la clara preeminencia de los intereses económicos sobre los derechos sociales. Quizás por ello también las expectativas de los interlocutores sociales respecto a la EEE parecen ser más bien limitadas [10].

II. UNA NUEVA ETAPA DEL DIÁLOGO SOCIAL EN ESPAÑA: INCIDENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA EEE

El 8 de julio de 2004 los interlocutores sociales españoles más representativos (CC.OO., UGT, CEOE y CEPYME) y el Gobierno firmaron la declaración «Competitividad, empleo estable y cohesión social. Declaración para el diálogo social 2004», a partir de la cual se abrió un nuevo ciclo de diálogo social esencialmente tripartito [11] —el diálogo social bipartito no había sufrido en años inmediatamente anteriores una paralización similar a la del tripartito—, que ha llevado a la conclusión de numerosos acuerdos, entre ellos dos importantes reformas de la legislación laboral y de seguridad social [12].

La Declaración de 2004 establece los principales objetivos en que se deberá centrar el diálogo social en nuestro país. En ella se hace brevemente mención a la Estrategia Europea para el Empleo, aunque de manera un tanto limitada, puesto que sólo se acude a ella como elemento motivador del diálogo en lo que al aumento de las tasas de empleo en términos absolutos se refiere. En este sentido, se ampara en la EEE la promoción del empleo de mujeres, jóvenes, mayores y personas con discapacidad.

La EEE, como por todos es conocido, tiene como objetivos principales incrementar la cantidad del empleo, pero también su calidad, a través de todo un conjunto de medidas enunciadas de forma genérica y que año a año se deben concretar . Las medidas genéricas se agrupan en cuatro pilares: la mejora de la empleabilidad a través de la promoción de la formación profesional y la formación continua; la igualdad, particularmente entre mujeres y hombres; la adaptabilidad de trabajadores y em-

---

[9] CASEY, B. H.: *op. cit*., pág. 60.

[10] *Ibid*., pág. 60.

[11] Sobre el ciclo de diálogo social abierto en 2004 y sus resultados hasta 2006, *vid*. ESCUDERO, R.: *Reflexiones sobre un modelo consolidado de diálogo social y sobre su revitalización en el bienio 2004-2006*. Gaceta Sindical: reflexión y debate, núm. 7 de 2006. Desde la perspectiva sindical, L ICERAS RUIZ, D.: *Aportaciones y límites del proceso de diálogo social en el período 2004-2006*. Gaceta Sindical: reflexión y debate, núm. 7 de 2006.

[12] Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, de 9 mayo de 2006 y Acuerdo de Medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006.

presas; y la consecución de un marco favorable para la creación de empresas.

En la Declaración de 2004 los interlocutores sociales y el Gobierno se proponen abordar desde el diálogo social un conjunto de materias, entre las que se encuentran algunas muy estrechamente relacionadas con los pilares de la EEE; algunas de ellas incluso figuran entre las que las instituciones comunitarias proponen en su documentación de seguimiento de la aplicación de la EEE como medidas convenientes a tomar por parte de los Estados miembros. Así, por ejemplo, el alto nivel de temporalidad que sufren los trabajadores españoles se relaciona en parte con la cuestión de la adaptabilidad de las empresas, que abordaremos en el apartado siguiente. También la apuesta por la economía del conocimiento y la formación permanente se enmarca en el objetivo de la empleabilidad o el impulso de las políticas activas de empleo y de los servicios públicos de empleo en el de la adaptabilidad. Sin embar go, aunque todos ellos se incluyen entre los ámbitos del futuro diálogo social, no se hace mención alguna a su estrecha relación con el desarrollo y aplicación de la EEE.

Ello demuestra que la aplicación de la EEE no es el objetivo en que fijan sus miradas los interlocutores sociales y el Gobierno español, y que, posiblemente, de no ser éstos objetivos prioritarios del Gobierno y de los interlocutores sociales por sí mismos, no se encontrarían entre los ámbitos del diálogo social, por lo que seguramente tengan razón algunos autores cuando defienden que el interés tanto de los gobiernos como de los interlocutores sociales a nivel nacional por la EEE es más bien escaso [13], y que si las medidas adoptadas van en la dirección apuntada por la Estrategia es porque los objetivos a los que tienden tales medidas son también, principalmente, en nuestro caso, objetivos de la política española de empleo, no porque vengan recomendados desde las instituciones comunitarias en el marco de la Estrategia para el Empleo.

Sin embargo, el Informe encar gado a la Comisión de Expertos sí adopta la relación entre flexibilidad y seguridad como elemento central de su extenso y detallado estudio del mercado de trabajo español desde una perspectiva histórica y tomando en cuenta las distintas posibilidades de conjugarlas, teniendo presentes las recomendaciones comunitarias [14].

El planteamiento de conjunto del Informe en materia de flexiguridad no es posteriormente acogido en los acuerdos tripartitos, sino que muchas de las medidas se dirigen más bien a corregir aspectos puntuales

---

[13] CASEY, B. H.: *op. cit.*, pág.60.

[14] *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas. Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social*. 31 de enero de 2005. *Vid*. especialmente págs.1 a11, 44 a 50, 1 11 a 112, 122 a 125, 144 a 145 y 147 a 150.

diagnosticados como particularmente problemáticos. No obstante, lo cierto es que ya sea por una mayor voluntad de cumplir con las directrices de la EEE, o sea por coincidencia de intereses entre las mismas y los objetivos de la política nacional de empleo, en los últimos dos años se han producido avances importantes en la aplicación de la EEE en España y , muy especialmente, en su aplicación a través del diálogo social, aunque, como veremos, más en otros ámbitos que en el de la adaptabilidad. Como hemos apuntado, esta comunicación se circunscribe al aspecto concreto de la adaptabilidad de trabajadores y empresas, ámbito en que las medidas recientes se encuentran esencialmente en el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo; sin embar go, no está de más recordar que también se han alcanzado pactos tripartitos en otras materias [15]. En cualquier caso, la Declaración de 2004 abrió una nueva etapa de diálogo social tripartito que ha dado muchos frutos en poco tiempo y que previsiblemente los seguirá dando.

III. LOS FRUTOS DEL DIÁLOGO SOCIAL EN 2006 EN MATERIA DE «FLEXIGURIDAD»: ¿APLICACIÓN DE LA EEE O ACUERDOS EN CLAVE INTERNA?

1. La adaptabilidad de los trabajadores y las empresas

Como es sobradamente conocido, uno de los cuatro pilares identificados desde un inicio como prioridades de la EEE consiste en la «adaptabilidad de trabajadores y empresas» [16] en el contexto de una economía globalizada y cambiante; se invitaba a los interlocutores sociales a negociar acuerdos para modernizar la or ganización del trabajo, incluyendo acuerdos de trabajo flexible, con el objetivo de mejorar la productividad y la competitividad de las empresas y conseguir el adecuado equilibrio entre flexibilidad y seguridad. Tal flexibilidad se ejemplificaba mediante

[15] Por ejemplo, en materia de formación el Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo y a nivel bipartito el IV Acuerdo Nacional de Formación, ambos de 7 de febrero de 2006. En cuanto a la igualdad entre mujeres y hombres, destaca sin duda la aprobación de la Ley 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, de 22 de marzo de 2007, previo proceso de concertación de las medidas laborales y de seguridad social que la misma contiene con los interlocutores sociales.

[16] Pilar III: «*Fomento de capacidad de la adaptación de los trabajadores y las empresas, para que el mercado laboral pueda reaccionar a las mutaciones económicas, con miras a modernizar la organización del trabajo, mediante acuerdos que permitan fórmulas flexibles de trabajo, alcanzando el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad, con fórmulas de contratación más adaptables a las necesidades del empleo: en cuanto a la adaptabilidad de las empresas, los Estados miembros deberán procurar el aumento de los niveles de cualificación dentro de las mismas, ofreciendo incentivos fiscales o de otra índole para el desarrollo de la formación en la empresa*». Se puede consultar con más detalle en Consejo Económico y Social: *La estrategia europea de empleo. Sesión extraordinaria del Pleno de 9 de mayo de 2001*. Informe 1/2001. CES. Madrid, 2001.

ajustes en la jornada anual de trabajo, reducción del tiempo de trabajo, reducción de las horas extraordinarias, desarrollo del trabajo a tiempo parcial, de la formación permanente y de los períodos de inactividad (*career breaks*) (directriz 16, proceso de Luxembur go).

Con el transcurso del tiempo poco se ha concretado sobre la adaptabilidad sino que, todo lo contrario, se ha tendido a la repetición de fórmulas genéricas que muy poco aportan a su materialización [17]. En consonancia con la generalidad y poca concreción de las declaraciones y propuestas sobre adaptabilidad, los resultados en esta materia han sido más bien pobres. Así lo reconocen algunos autores [18] y también la propia Comisión, que en el documento «Balance de cinco años de aplicación de la Estrategia Europea de Empleo», publicado en 2002, evidenciaba claramente las importantes deficiencias en la aplicación de medidas para aumentar la adaptabilidad, a pesar del tono optimista con que se encuentra redactado el documento, en el que se afirma que la EEE ha conseguido llamar la atención de las autoridades públicas, de los interlocutores sociales y de las empresas sobre aspectos importantes de la adaptabilidad. Sin embargo, parece que no se ha ido mucho más allá de esta llamada de atención, puesto que a pesar de las *evoluciones políticas*, en palabras de la Comisión, lo cierto es que el propio documento critica la falta de atención prestada a las cuestiones relacionadas con la or ganización del trabajo más allá del tiempo de trabajo y exige el desarrollo de un enfoque más amplio sobre la modernización de la or ganización del trabajo. En cuanto al reclamado equilibrio entre flexibilidad y seguridad, que abordaremos en el siguiente apartado, la Comisión afirma que el principal avance en materia de seguridad en los años anteriores al balance se ha dado en ma-

---

[17] A modo de ejemplo, cabe citar al consejero coordinador de trabajo y asuntos sociales de la representación permanente de España ante la UE, quien relata el contenido de la Conferencia sobre «El empleo en Europa: de Luxembur go a Barcelona», celebrada en Madrid el 12 de febrero de 2002, en la cual en materia de adaptabilidad se afirmó lo siguiente « *La modernización de la organización del trabajo para adecuarla a las exigencias de la nueva economía se consideró un elemento clave (…). Por ello, el Estado y los interlocutores sociales deben asumir sus responsabilidades para facilitar a los trabajadores los instrumentos que les permitan adaptarse al cambio, reforzando el papel de la política de empleo y de la política social como factores de competitividad, a través de las actuaciones a favor del diálogo social, y de la mejora de la calidad del empleo, que no debe ser ajena a las nuevas formas, más flexibles, de organización del trabajo, en cuyo establecimiento y ordenación debe jugar un papel central el diálogo social*». COLINA ROBLEDO, M.: *op. cit*., pág. 38. En la misma línea, *vid*. el resumen de las Conclusiones del Consejo de Empleo y Política Social de Barcelona, de 7 de marzo de 2002.

[18] ARAGÓN afirma que «*Aunque se ha desarrollado un extenso vocabulario sobre el equilibrio entre las opciones de flexibilidad y seguridad en el trabajo —dando lugar al híbrido término de «flexiseguridad» o la «flexibilidad positiva»— los procesos de modernización de la organización del trabajo y el desarrollo de sistemas laborales más participativos, no han contado con una respuesta adecuada en un ámbito sustancial como el de la negociación colectiva, elemento imprescindible para llevar a cabo un proceso como el diseñado en este pilar*» ARAGÓN, J.: *op. cit*., pág. 43.

teria de seguridad y salud laboral. Es bien evidente que, precisamente porque la mejora la seguridad y la salud en el trabajo debe ser una prioridad absoluta para todos, no es a esta seguridad a la que parece que se deba hacer referencia cuando se habla de equilibrio entre flexibilidad y seguridad [19], lo que denota que, en realidad, en materia de seguridad como elemento compensador de la flexibilidad no ha habido avances significativos. La Comisión reconoce que *se observan desventajas persistentes para determinadas categorías de trabajadores* [20].

La Comunicación de la Comisión sobre «El futuro de la Estrategia Europea para el Empleo: Una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos», de 14 de enero de 2003, aporta pocas novedades sobre las exigencias de la adaptabilidad: el documento se limita a insistir en la necesidad de encontrar el equilibrio entre flexibilidad y seguridad. En cuanto a la flexibilidad, se reitera la llamada a mejorar la organización del trabajo, en particular en aquello concerniente al tiempo de trabajo; asimismo, se insiste en la necesidad de evitar la segmentación del mercado de trabajo, objetivo a todas luces no alcanzado. En cuanto a la seguridad, se insta a los gobiernos y a los interlocutores sociales —que son considerados esenciales para desarrollar el objetivo de la adaptabilidad— para que se incremente la inversión en la formación de los trabajadores como elemento que contribuye de forma capital no a la seguridad en el puesto de trabajo pero sí a la seguridad en el empleo, en el marco del cambio de paradigma respecto a la significación de la seguridad en el trabajo [21]. También en 2003, el Informe Kok identificó el incremento de la adaptabilidad de trabajadores y empresas como una de las cuatro prioridades que deberían tener los Estados miembros en materia de empleo.

En otros documentos, como por ejemplo la Comunicación de la Comisión COM (2004) 557 final o en la Comunicación al Consejo Europeo de Primavera: COM (2005) 94 [22], se insiste en la importancia del tan repetido equilibro entre flexibilidad y seguridad, en ambos casos de forma

---

[19] Aunque la Comisión europea sí lo entienda así (*vid*., por ejemplo COM (2003) 6 final, pág.15) la seguridad y la salud en el trabajo debe ser un objetivo innegociable que no se debe entender incluido en el juego de equilibrios entre intereses contrapuestos que puedan ayudar a conjugar las adecuadas dosis de flexibilidad y seguridad.

[20] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones: «Balance de cinco años de aplicación de la Estrategia Europea para el Empleo». COM (2002) 416 final, págs. 14 y 15.

[21] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «El futuro de la Estrategia Europea de Empleo (EEE): Una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos» COM (2003) 6 final, pág.15.

[22] Comunicación de la Comisión «Colaboración para el cambio en una Europa ampliada: potenciar la contribución del diálogo social europeo», COM (2004) 557 final, pág.4 y Comunicación al Consejo europeo de Primavera «T rabajando juntos para el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa» COM (2005) 24, págs.30 y 31.

considerablemente abstracta, concretando tan sólo la última de ellas una medida para mejorar la adaptabilidad: promover la movilidad geográfica de los trabajadores.

En definitiva, el término «adaptabilidad» se utiliza con reiteración; sin embargo, a lo largo del tiempo se han propuesto muy pocas medidas que concreten la abstracción del concepto y, en todo caso, su nivel de implantación ha sido mínimo.

2. La «flexiguridad»: ¿reformulación de la adaptabilidad o nuevo concepto?

Como hemos podido constatar en el apartado anterior, la necesidad de la existencia de un equilibrio entre flexibilidad y seguridad se ha venido asociando al concepto de adaptabilidad desde el inicio de la EEE en multitud de documentos de las instituciones comunitarias, empezando por las propias directrices del Proceso de Luxemburgo.

El término «flexiguridad», en pleno proceso de expansión y que sintetiza la expresión «equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad» utilizado desde el inicio de la EEE, no es en realidad más que un intento de dar un impulso definitivo al desarrollo de medidas en pro de la adaptabilidad de las relaciones laborales —el término adaptabilidad comprende otros aspectos—. La Comisión europea quiere, sin embargo, dar al mismo un aire de novedad y modernidad al considerar la flexiguridad como «*una nueva forma de enfocar la flexibilidad y la seguridad en el mercado de trabajo*» [23]; este nuevo enfoque es, a pesar de todo, discutible, puesto que en realidad, la Comisión no utiliza argumentos nuevos para defender la necesidad del equilibrio entre seguridad y flexibilidad. En todo caso, se hacen aflorar algunos elementos latentes en la antigua exigencia de adaptabilidad, como por ejemplo el abandono del objetivo de proteger al trabajador en su puesto de trabajo, que se transforma en el objetivo de proteger al trabajador en el empleo. Sin embargo, cuando se pretende concretar en qué deben consistir las mediadas concretas que permitan alcanzar un mercado de trabajo flexible y que a la vez ofrezca seguridad a los trabajadores, se reiteran aquellas ya propuestas a propósito de la adaptabilidad [24].

---

[23] www.ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/flex_...

[24] La Comisión identificó en su Informe Anual de Seguimiento de 2006 los cuatro componentes de la flexiguridad:

— acuerdos contractuales flexibles, tanto desde la perspectiva del trabajador como del empresario, que permitan reducir la segmentación del mercado de trabajo y el trabajo no declarado.

— Políticas activas de mercado de trabajo, para ayudar a los trabajadores en sus inevitables transiciones hacia nuevos empleos.

La Comisión define la flexiguridad como « *una estrategia política para mejorar, al mismo tiempo y de forma deliberada, por una parte, la flexibilidad de los mercados de trabajo, de las organizaciones y de las relaciones laborales y, por otra parte, la seguridad —seguridad en el empleo y seguridad en los ingresos—»* [25] y aboga claramente por un cambio de mentalidad de todos los actores implicados en el proceso —básicamente los gobiernos nacionales y los interlocutores sociales—, que les conduzca « *menos hacia la defensa de los puestos de trabajo y más hacia la defensa de las personas»* [26].

Desde enero de 2006 han tenido lugar distintos acontecimientos con la flexiguridad como elemento central o, como mínimo, destacado. El último de ellos, el Consejo europeo de Primavera, celebrado los días 8 y 9 de marzo de 2007 y con la previsión de la publicación de una Comunicación de la Comisión sobre flexiguridad a lo lar go del próximo mes de junio. Mucho se puede decir sobre el modelo económico y social subyacente en el término flexiguridad y sobre sus consecuencias, aunque por razones evidentes no es éste el espacio adecuado para ello. Pero cabe destacar que no todos los actores que deberían implicarse en la puesta en práctica de la flexiguridad están de acuerdo en como la plantean las instituciones comunitarias [27].

3. La aplicación en España de la adapatabilidad/flexiguridad a través del diálogo social tripartito y bipartito

Hemos visto como las instituciones comunitarias ator gan a los interlocutores sociales un papel de primer orden para la aplicación de la EEE a nivel nacional. También hemos constatado como el diálogo social en España se ha visto relanzado a partir de 2004. Ahora es el momento de entrar con más detalle a analizar los pasos dados hacia la flexiguridad en este período, centrándonos prioritariamente en el año 2006, dada la necesidad de acotación temporal derivada del limitado espacio de que se dispone. Se dedica particular atención al diálogo social tripartito; para ello será necesario hacer mención brevemente a las teóricamente detalladas directrices y recomenda-

— Sistemas fiables y sensibles de aprendizaje continuo para asegurar la empleabilidad de los trabajadores.

— Sistemas de Seguridad Social modernos, que combinen la aportación de ingresos adecuados y la necesidad de facilitar la movilidad en el mercado de trabajo.

Ibid.

[25] *Ibid*. Desde otro punto de vista, *vid*. FALGUERA BARÓ, M. A.: *La noció de flexi-seguretat*. Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya. www .ctescat.cat. También el Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social 2005: *Más y mejor empleo en un nuevo escenario sociaoeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*. Págs. 8 a 11.

[26] *Ibid*.

[27] *Vid*., por ejemplo, la carta dirigida por el secretario general de la CES a los líderes europeos a propósito del pasado Consejo Europeo de Primavera y sus anexos. wwwetuc.org.

ciones que las instituciones comunitarias fijan como prioridades para estos últimos años. Finalmente, se tendrán también en cuenta las aportaciones del diálogo social bipartito, plasmadas a grandes rasgos en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, aunque sin profundizar en ellas.

El Plan Nacional de Reformas y el diálogo social tripartito

Las directrices de las políticas de empleo para los Estados miembros vienen fijadas anualmente en una Decisión del Consejo. Para el año 2006, el Consejo decidió mantener las directrices apuntadas para 2005 [28], que, de hecho, habían sido aprobadas ese año para el período 2005-2008.

En cuanto a las cuestiones que a efectos de la presente comunicación interesan, el Consejo distingue entre la adaptabilidad, encuadrada en la directriz 20 «Adecuación a las necesidades del mercado de trabajo», y la flexiguridad, concepto al que se consagra la directriz 21 «Promover la flexibilidad combinada con la seguridad del empleo, y reducir la segmentación del mercado de trabajo, prestando la debida atención al papel de los interlocutores sociales». A continuación se transcriben literalmente la tipología de medidas propuestas para acometer los mencionados objetivos, puesto que nos parecen esenciales para poder valorar los resultados del diálogo social español en función de las mismas.

En cuanto a la adaptabilidad:

— La modernización y el fortalecimiento de las instituciones del mercado de trabajo, especialmente de los servicios de empleo, también con el objeto de garantizar una mayor transparencia de las oportunidades de empleo y formación a escala nacional y europea.

— La supresión de los obstáculos a la movilidad de los trabajadores en toda Europa.

— Una mejor previsión de las necesidades de cualificación, los déficit y los estrangulamientos del mercado de trabajo.

— La gestión adecuada de la migración económica.

En cuanto a la flexiguridad:

— La adaptación de la legislación sobre empleo, revisando en su caso las diferentes modalidades contractuales y las disposiciones relativas al tiempo de trabajo.

---

[28] Decisión del Consejo de 18 de julio de 2006 relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2006/544/CE). Diario Oficial de la Unión Europea, 5-8-2006.

— Medidas para hacer frente al problema del trabajo no declarado.

— Una mejor anticipación y gestión positiva de los cambios, incluidas las reestructuraciones económicas, en particular los cambios vinculados a la apertura de los mercados, con el fin de minimizar sus costes sociales y facilitar la adaptación.

— El fomento y la difusión de métodos de or ganización del trabajo adaptables e innovadores, con el fin de mejorar la calidad y la productividad laboral, lo que incluye la salud y la seguridad.

— La facilitación de las transiciones en materia de categoría profesional incluidas la formación, la actividad profesional autónoma, la creación de empresas y la movilidad geográfica [29].

Como podemos observar, existen numerosos elementos reiterativos en ambas directrices. Cabe destacar que, como se ha dicho en distintas ocasiones, las reiteraciones en esta materia son constantes; prueba de ello es que las recomendaciones específicas para España de otoño de 2004 no difieren sustancialmente de las generales; contienen, eso sí, una cierta mayor concreción de las medidas que se deberían tomar para mejorar la adaptabilidad [30].

El Plan Nacional de Reformas de España para 2006, aprobado por el Consejo de Ministros de 13 de octubre de 2005, no incluye entre sus objetivos principales básicos ninguno directamente relacionado con la adaptabilidad o la flexiguridad [31]. Entre las medidas propuestas para cada eje del plan (uno de ellos —el 6— se dedica al «mercado de trabajo y diálogo social») sí se apuntan algunos objetivos que se podrían encuadrar como objetivos que contribuyen a la flexiguridad (reducción de la temporalidad y mejora de la intermediación laboral de los Servicios Públicos de Empleo, además de algunas medidas concretas en materia de conciliación de la vida familiar y laboral [32]). Sin embargo, no parece que el Gobierno haya seguido las recomendaciones del Consejo Europeo, puesto que tales obje-

[29] Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2005/600/CE), Diario Oficial de la Unión Europea, 6-8-2005. Págs. L205/25 y L205/26.

[30] Disuadir en el uso de los contratos de duración determinada para contrarrestar la segmentación del mercado de trabajo y suprimir obstáculos al trabajo a tiempo parcial. Recomendación del Consejo de 14 de octubre de 2004 sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros (2004/741/CE), Diario Oficial de la Unión Europea, 29-10-2004. L 326/52.

[31] El que tiene mayor relación con las mismas es el de aumentar la inversión en I+D. En materia de empleo en general se prevé el aumento de la tasa de empleo femenino y juvenil y la disminución del desempleo y la reducción de la siniestralidad laboral.

[32] Las medidas concretas que se prevén en materias relacionadas con la adaptabilidad y la flexiguridad tal como la entienden las instituciones comunitarias son: mediads dirigidas a favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral (mejora de la cobertura de plazas públicas para niños de 0-3 años, mejora en la flexibilidad y la seguridad del permiso

tivos no pueden responder a la voluntad de emprender reformas en el sentido propugnado por el Consejo, sino que parecen más bien medidas de urgencia para intentar suavizar dos de los principales y más inmediatos problemas que aquejan al mercado de trabajo español: la elevadísima tasa de temporalidad y la ineficacia de los servicios públicos de empleo. El PNR hace constar que para lograr tales objetivos (y otros) se convoca a los interlocutores sociales para iniciar un proceso de diálogo en búsqueda de la combinación de flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores. No existe, no obstante, una coherencia entre los objetivos que se concretan y tal declaración, puesto que la búsqueda de la flexiguridad implicaría una profunda reforma en materia sociolaboral a todos los niveles, reforma que en ningún momento de plantea [33].

Partiendo de los objetivos y de las medidas propuestas en el PNR, podemos llegar a la conclusión de que el grado de cumplimiento del Estado español respecto a la EEE en materia de adaptabilidad/flexiguridad ha sido durante el año 2006 bastante elevado, puesto que la mayoría de las medidas propuestas se han llevado a cabo, casi todas ellas con la concurrencia de los interlocutores sociales, como también preveía el PNR.

Sin embargo, de todas las medidas parciales e inconexas que han sido nombradas hasta el momento, sin duda la más relevante es el intento de

---

laboral para el cuidado de hijos, puesta en marcha de la Ley de Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia); medidas para mejorar el funcionamiento de las instituciones del mercado de trabajo (modernización de los sistemas públicos de empleo para mejorar su eficacia, autorización a los convenios colectivos para establecer cláusulas que posibiliten la extinción forzosa del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación); mediadas destinadas a reducir la temporalidad (revisión legislativa sin introducción de rigideces: revisión de las figuras contractuales de trabajo temporal y revisión de los costes de la contratación temporal e indefinida, revisión del marco jurídico-legal de las empresas de trabajo temporal, aumento de la vigilancia en el cumplimiento); medidas para fomentar el empleo autónomo y la economía social, medidas para mejorar el sistema de salud y de seguridad en el trabajo. Ciertamente todo ello haciendo una interpretación amplia de qué medidas contribuirían a la mejora de la adaptabilidad y de la flexiguridad. De hecho, el propio PNR, en el cuadro de correspondencias entre las directrices integradas 2005-2008 y los ejes y medidas del programa nacional de reformas sólo reconoce como medidas dirigidas a la mejora de la adaptabilidad (mejorar la respuesta a las necesidades del mercado laboral) las medidas sobre el funcionamiento del mercado de trabajo y la gestión adecuada de los flujos migratorios, mientras que en cuanto a la flexiguridad y la reducción de la segmentación del mercado de trabajo sólo reconoce las medidas destinadas a reducir la temporalidad y las medidas para mejorar el sistema de seguridad y salud en el trabajo —objetivo discutiblemente encuadrable en la flexiguridad, como dijimos—, además del proceso extraordinario de regularización de trabajadores —medida limitada en el tiempo— y la puesta en funcionamiento de una Sociedad Pública de Alquiler —que poco parece que tenga que ver con los temas que estamos tratando—. *Convergencia y Empleo*. *Plan Nacional de Reformas de España*. *Octubre de 2005* (se puede consultar en www.mtas.es). En cuanto a los objetivos generales, págs. 47 a 50; en cuanto al eje 6, págs.123 a 132; y el cuadro de correspondencias en el anexo.

[33] *Vid*., en este sentido, E SCUDERO, R.: *op*. *cit*., pág. 64 y 65.

reducción de la elevadísima temporalidad existente en nuestro mercado de trabajo. Se trata de una medida en la línea del objetivo de reducir la segmentación del mercado de trabajo, que para las instituciones comunitarias va siempre de la mano con el aumento de la flexiguridad, puesto que se interpreta la segmentación del mercado de trabajo como consecuencia directa de la falta de flexibilidad. Pero no podemos perder de vista que, aunque tal interpretación puede ser parcialmente cierta, hay otros elementos que contribuyen decisivamente a explicar la elevada temporalidad existente en España [34]. Si tenemos en cuenta esta apreciación y dejamos al margen la singular aunque importantísima cuestión de la temporalidad, llegaremos a la conclusión de que, a parte de algunas medidas muy colaterales, en realidad no se ha acordado ni aplicado ninguna medida relevante en materia de flexiguridad en la línea de las recomendaciones de las instituciones comunitarias. Ello es posiblemente consecuencia, como anteriormente se ha apuntado, de la imposibilidad de alcanzar un consenso entre los interlocutores sociales como consecuencia del desacuerdo de los sindicatos —como la mencionada reciente carta de la CES evidenció— con el planteamiento de fondo que la Unión hace sobre la adaptabilidad y la flexiseguridad. Quizás tampoco esté el Gobierno del todo de acuerdo con el mismo.

El Informe Anual de Progreso 2006 del Programa Nacional de Reformas de España [35] resume los acuerdos alcanzados por el Gobierno con los interlocutores sociales en cumplimiento de las medidas anunciadas en el PNR para 2006. Así, se resume el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo [36], haciendo especial hincapié en las medidas de fomento de la contratación indefinida, las medidas para potenciar las políticas activas y los servicios públicos de empleo y para mejorar la protección de los trabajadores ante la falta de empleo, mejora de la conciliación de la vida familiar y laboral a través de las leyes de Igualdad y de Dependencia, así como otros aspectos sin relación directa con la adaptabilidad y la flexiguridad. Pocos comentarios cabe hacer a este informe, teniendo en cuenta que, como es lógico, se limita a constatar la adopción de las medidas anunciadas en el PNR; más interesante es, *a priori*, el estudio del informe de la UE respecto a los progresos de España en la EEE.

---

[34] *Vid*. Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social 2005.

[35] *Programa Nacional de Reformas de España*. *Informe anual de progreso 2006*, aprobado por el Consejo de Ministros de 13 de octubre de 2006. Págs. 35 a 42.

[36] Sobre el mismo *vid*., entre otros, CRUZ VILLALÓN, J. (coord.): *La Reforma Laboral de 2006*. *Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2006; LICERAS RUIZ, D.: *Un análisis sindical del Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo*. Revista de Derecho Social, núm. 34 de 2006.; PÉREZ REY, J.: *El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo: primeras reflexiones acerca de su contribución a la calidad del trabajo*. Revista de Derecho Social, núm.34 de 2006; PÉREZ YÁÑEZ, R. M. y DE LA PUEBLA PINILLA, A. M.: *El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo ¿una mínima reforma o una reforma de mínimos?* RL, núm. 12 de 2006.

La evaluación por parte de la Comisión de la aplicación de los distintos PNR de cada Estado miembro se recoge en un documento todavía provisional [37] y bastante crítico con España en materia de flexiguridad. La Comisión entiende que las medidas introducidas por el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, aunque suponen un paso en la dirección adecuada, son totalmente insuficientes. En cuanto a la incentivación de la contratación indefinida, se aprecia que el acuerdo tendrá efecto a corto plazo, pero duda de su eficacia a medio plazo; además critica la no inclusión del sector público en el mismo. La Comisión echa de menos medidas que se ocupen de la reducción de la jornada, propuestas de medidas concretas que materialicen el compromiso de que todas las personas en paro reciban formación o una oferta de trabajo en menos de seis meses y considera demasiado modesta la previsión de aumento de plazas de guardería. En definitiva, aunque valora positivamente algunas medidas como la modernización de los servicios públicos de empleo, reclama « *medidas adicionales para lograr un planteamiento global a largo plazo que reequilibre la flexibilidad y la seguridad para así resolver la segmentación del mercado laboral»*. Finalmente se recomienda a España que « *modernice la protección del empleo, incluyendo una legislación que estimule la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral; combata la segmentación; y aumente el atractivo del trabajo a tiempo parcial*» [38]. Tales conclusiones y recomendaciones se reiteran en el documento redactado por la Comisión relativo a la propuesta de actualización de las orientaciones generales para 2007 [39].

Adicionalmente, la Comunicación de la Comisión relativa al balance del año 2006 [40], en su primera parte (balance de un año) relativa al conjunto de la Unión, se remite a la futura Comunicación de la Comisión sobre flexiguridad; sin embargo, fija tres objetivos concretos que los Estados miembros deberán cumplir a finales de 2007 [41].

---

[37] Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de Primavera. «Ejecución de la Estrategia de Lisboa renovada para el crecimiento y el empleo. Balance de un año». Texto provisional sin numeración. Se puede encontrar en www .ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/1206_annual_report_es.pdf

[38] *Ibid*., págs.5 a 7 (puntos 17, 18, 19, 21 y 25) del fragmento dedicado a España.

[39] Recomendación de recomendación al Consejo relativa a la actualización de las Orientaciones Generales de Política Económica 2007 de los Estados miembros y de la Comunidad y sobre la ejecución de las políticas de empleo de los Estados miembros, presentada por la Comisión el 12-12-2006, pág. 16, documento asumido por el Consejo ECOFIN (27-2-2007) y el Consejo EPSCO (21-2-2007).

[40] *Vid*. nota 36.

[41] 1) Garantizar una oferta de trabajo, de aprendizaje o de formación adicional para todas aquellas personas que finalizan su escolarización en el plazo de 6 meses desde su incorporación a las listas de desempleados; 2) Aumentar la disponibilidad y asequibilidad de servicios de guardería de calidad; y 3) Incentivar la prolongación de la vida laboral y aumentar la participación en cursos de formación de los trabajadores mayores de 45 años. *Ibid*., pág.17.

El diálogo social bipartito

Como hemos visto, la documentación producida por las instituciones comunitarias, así como por la CES, insta a los interlocutores sociales a tratar las cuestiones relativas a la adaptabilidad y la flexiguridad no sólo en el marco del diálogo social tripartito con el gobierno, sino también a través de la negociación colectiva, que se considera un instrumento esencial para el acuerdo de medidas que, más allá de las reformas legales y del desarrollo de las políticas pertinentes por parte de los poderes públicos, permitan la implantación de la filosofía de la flexiguridad en función de las necesidades concretas de cada sector o empresa y de los trabajadores que presten servicios en ellas.

Esta comunicación ha centrado su atención en la aplicación de un aspecto concreto de la EEE mediante el diálogo social tripartito. No queremos, a pesar de ello, finalizarla sin hacer una breve mención a las medidas acordadas por los interlocutores sociales en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (ANC) de 2007, medidas que deberán orientar la negociación colectiva en esta materia.

El ANC 2007, siguiendo la iniciativa de los acuerdos para la negociación colectiva anteriores, dedica un apartado dentro del capítulo V «Empleo. Formación. Flexibilidad y seguridad. Derechos de Información y consulta» a la flexibilidad y la seguridad en el empleo. En él se destaca un objetivo esencial en la materia: la potenciación de la productividad del empleo, a través de la cualificación de los trabajadores, de la innovación y desarrollo tecnológico y de los mecanismos de flexibilidad interna, todo ello a través de la interlocución y el diálogo entre trabajadores y empresarios. Los firmantes del ANC 2007 insisten reiteradamente en la necesidad de potenciar la flexibilidad interna con el fin de evitar los ajustes externos.

Para ello proponen una serie de medidas concretas:

— La clasificación profesional basada en grupos.

— La movilidad funcional, vinculada a la clasificación profesional y a la formación.

— Las modificaciones en la or ganización del trabajo derivadas de procesos de innovación y de cambios tecnológicos (el ejemplo más claro: el teletrabajo).

— La gestión del tiempo de trabajo, la duración y la redistribución de la jornada —distribución flexible—, limitación de las horas extraordinarias, utilización de sistemas flexibles de jornada para conciliar las necesidades de las empresas con las de los trabajadores.

— El desarrollo de la formación continua (mayor cualificación y polivalencia).

Además, se fijan también determinadas pautas para la anticipación y la valoración de las consecuencias sociales en situaciones de dificultad y se insiste en la necesidad de participación de los trabajadores en este conjunto de procesos [42].

IV. CONCLUSIONES

Las previsiones de la EEE comportan profundos cambios en los mercados de trabajo y en las relaciones laborales que tienen lugar en los Estados miembros, con realidades con frecuencia notablemente dispares entre sí. Es evidente que muchos de ellos son inevitables, puesto que la realidad del empleo se ha transformado considerablemente en las últimas décadas. Para que tales cambios se desarrollen equilibradamente, sin crear desventajas o disparidades entre grupos de población y para que los beneficios y las cargas de los cambios se distribuyan equitativamente, es absolutamente imprescindible el consenso entre todos los sectores implicados. En consecuencia, el diálogo social bipartito y tripartito se convierte en un instrumento esencial para el desarrollo y la aplicación de los ajustes pertinentes.

Es patente que el nivel de éxito de la EEE ha sido más bien limitado, y la participación de los interlocutores sociales en su desarrollo y aplicación escasa. Alcanzar un consenso general entre trabajadores, empresarios y Estados en una materia tan compleja como la adaptabilidad y la flexiguridad —posiblemente la más compleja dentro de la EEE—, y a un nivel tan amplio como es el conjunto de la UE es, sin duda alguna, extremadamente complicado. Sin embargo, posiblemente la falta de consenso inicial haya viciado todo el proceso, desarrollado además a través de un método —el método abierto de coordinación— que alber ga enormes potencialidades, pero sólo si todas las partes implicadas tienen verdadera voluntad de hacer avanzar el proceso.

En España, el diálogo social ha tenido un protagonismo innegable en todas las actuaciones en materia de empleo llevadas a cabo en los últimos dos años. Sin embar go, como hemos podido constatar a lo lar go de la presente comunicación a través del análisis de los contenidos, tales acuerdos no han respondido a una verdadera voluntad de aplicación de la EEE adaptándola a las necesidades del mercado español de trabajo, sino más bien a un proceso de reformas —mínimas— orientado por criterios de política interna, aunque a efectos de informar a las instituciones comunitarias de los avances producidos, tales acuerdos se hayan intentado enmarcar —un tanto artificialmente— en las directrices de la EEE. En

[42] Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007, publicado en el BOE de 24 de febrero de 2007, págs. 8068 y 8069.

cambio, la negociación colectiva, como mínimo a nivel del ANC, parece ir mejor encaminada.

En definitiva, el diálogo social no sólo es un instrumento adecuado en relación a la EEE sino que es absolutamente necesario, pero presenta dos graves dificultades. Por una parte, no se puede obviar que, de seguir las instituciones comunitarias propugnando un supuesto equilibrio entre flexibilidad y seguridad que más allá de las declaraciones retóricas deja entrever una clara primacía de la flexibilidad para las empresas en detrimento de la seguridad de los trabajadores y obviando las medidas de flexibilidad a favor de los propios trabajadores, difícilmente habrá una verdadera implicación de los sindicatos para el desarrollo de la Estrategia mediante el diálogo social. Por otra parte, para que ello tenga lugar se requiere, además, una voluntad efectiva de los gobiernos nacionales para llegar a acuerdos con los interlocutores en materia de empleo, como ha sucedido últimamente en España, aunque no siempre tal voluntad existe.

Comunicación a la Ponencia General

VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO ADOPTADAS EN LAS DIFERENTES CUMBRES EUROPEAS DE EMPLEO

SALVADOR PERÁN QUESADA
Becario del Observatorio del Empleo
y la Exclusión Social
Universidad de Málaga

SUMARIO:

I. LAS PRIMERAS CUMBRES EUROPEAS DE EMPLEO. OBJETIVOS AMBICIOSOS, POBRES RESULTADOS.–1. La comunitarización de las políticas de empleo. 2. La evaluación crítica.—II. LAS NUEVAS ORIENTACIONES. RACIONALIDAD Y SIMPLIFICACIÓN, Y NO OBSTANTE...–1. Las últimas Cumbres de Empleo. 2. La integración de las políticas económicas y de empleo para el periodo 2005-2008.

I. LAS PRIMERAS CUMBRES EUROPEAS DE EMPLEO. OBJETIVOS AMBICIOSOS, POBRES RESULTADOS

1. La comunitarización de las políticas de empleo

A partir del Tratado de Amsterdam que modifica el Tratado de la Comunidad introduciendo en su artículo 2 la referencia a «la promoción de una coordinación entre las políticas de empleo de los Estados miembros para reforzar su eficacia por medio de la elaboración de una estrategia coordinada a favor del empleo» y la inclusión de un nuevo Titulo, el VIII dedicado al «Empleo», se refuerza la importancia que para Europa adquiere el desempleo y el fomento de la ocupación y aunque en esos momentos no se declare la finalidad del pleno empleo [1], la idea está presente en esa estrategia coordinada en el que los países miembros inician desde entonces.

Ya en el Consejo de Essen [2], en donde los Jefes de Estado y de Gobierno europeos declararon su convencimiento de que el crecimiento económico era una condición necesaria pero no suficiente para resolver los problemas de desempleo —«la recuperación no resolverá por sí sola los problemas del empleo y del paro en Europa, por lo cual necesitaremos esfuerzos adicionales para resolver los problemas estructurales»— por primera vez se hizo una recomendación expresa para que los gobiernos añadieran a las políticas económicas de conver gencia medidas activas de empleo y, también donde, por primera vez, se pusieron en común los ámbitos concretos de actuación en los que deberían enmarcarse dichas me-

---

[1] En realidad es un interés comunitario que acompaña la creación del Espacio Social que empieza a tomar consistencia real desde el Acuerdo de Política Social que acompaña el Tratado de Maastricht. Sobre el tema vid el interesante estudio colectivo en especial SCIARRA, S. *La procedure di formazione degli atti comunitari nell`applicazione dell`acordo sulla politica sociale,* en *Il Diritto dei disoccupati. Studi in onore di Koichiro Yamaguchi* (Coord. por MARCO BIAGI).

[2] Consejo Europeo de Essen, 9 y 10 de diciembre de 1994.

didas. A partir de entonces quedaron fijadas las líneas maestras de la UE en materia de empleo: intensificación de la formación profesional, or ganización flexible del trabajo, moderación salarial, reducción de costes salariales indirectos, en especial para los trabajos de baja cualificación, fomento de los nuevos yacimientos de empleo, transformación de las políticas pasivas en medidas activas y mayor solidaridad con los grupos más castigados por el desempleo —jóvenes, parados de lar ga duración, mujeres—.

No obstante fue en el Consejo Europeo Extraordinario sobre Empleo (Luxemburgo, noviembre de 1997) en donde se inauguró la Estrategia Europea de Empleo (EEE) de conformidad con las nuevas disposiciones del Titulo de Empleo del Tratado, con el ambicioso objetivo de conseguir un progreso decisivo en el plazo de cinco años. Sobre la base de cuatro orientaciones fundamentales —los llamados «cuatro pilares»— se articularon diecinueve consejos tendentes a mejorar la capacidad de inserción profesional —principalmente de jovenes y personas de edad avanzada—, fomentar las iniciativas empresariales y la eliminación de trabas para crear empresas —especial atención al autoempleo y a la creación de pequeñas empresas—; restructurar las relaciones de trabajo en la empresa desde la flexibilidad en la prestación y la seguridad en el trabajo —ésta en línea con un mercado de trabajo europeo que se quiere más desestructurado y menos intervenido públicamente [3]—; y, finalmente, el criterio de igualdad entre mujeres y hombres como contenido concreto de eliminación de practicas discriminatorias en el empleo [4] —y más amplio en el carácter transversal que debe impregnar cualquier acción o cualquier política comunitaria—.

Siguiendo estas cuatro orientaciones los Estados deben comprometerse a elaborar los Planes de Acción para el Empleo que no tienen que ser comunes y unitarios —en realidad sólo se exige «realizar alguna acción»— pero si deben estar coordinados —y en esto consiste realmente la Estrategia Europea para el Empleo de acuerdo con el artículo 128 TCE—; coordinación que se basa en tres importantes instrumentos: las Directrices de Empleo aprobadas anualmente por el Consejo a propuesta de la Comisión, los Planes Naciones para el Empleo que elaboran los Estados y que someten a examen de la Comi-

---

[3] Con ello no afirmo que en Europa se apueste por la desregulación o la «flexibilidad» como forma de combatir la cuestión del desempleo (no todavía en el sentido más puramente liberal), pero si que existe una tendencia cada vez más fuerte a considerar que debe cambiarse el modelo legal intervencionista y protector por una mayor libertad en el mercado de trabajo, cuyos limites deben ser marcados por la negociación colectiva. Y que las intervenciones dirigistas deben ser planificadas mediante acciones coordinadas que afecten a las políticas de empleo de toda la Unión. En Q UESADA SEGURA, R.: *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo,* CARL, 2004.

[4] *Vid*. el Informe del 2001 en CES La Estrategia Europea de Empleo, Madrid, 2001.

sión y el Informe Conjunto sobre el Empleo en el que las Instituciones comunitarias evalúan, también anualmente, los distintos Planes de Acción Nacionales.Un complejo procedimiento de control de la coordinación de las distintas políticas nacionales originando un procedimiento que se autoalimenta y reinicia [5].

Bajo el objetivo declarado de conseguir empleo de calidad —y la disminución del desempleo, convertido ya en una de las principales cuestiones sociales de la Unión, que incluso impulsa con carácter general una nueva definición de desempleado a fin de reducir formalmente su número [6]—, la finalidad del pleno empleo se manifiesta abiertamente en la Cumbre de Lisboa (23 y 24 de marzo de 2000). Y para ello se reconoce la necesidad de «una transformación radical de la economía europea», basada en el conocimiento. Finalidades consecuentes eran la creación de una zona europea de innovación e investigación, el desarrollo de empresas innovadoras (en particular pymes), así como la existencia de mercados financieros eficaces e integrados, y la «modernización del modelo social europeo». Para ello se proponían dos vías: a) la inversión en capital humano, y, b) la constitución de un Estado activo de bienestar . Lo primero está claro en la propia letra de las conclusiones de la cumbre, lo segundo no tanto, pero si parece deducirse del conjunto de las declaraciones: si por un lado se crean más y mejores empleos, existirá una mayor cohesión social que deberá contribuir a su vez a reducir o anular el efecto derivado de la misma, es decir , si las sociedades más avanzadas generan nuevas formas de exclusión social, los esfuerzos —comunitarios, nacionales, regionales— deben ir dirigidos a luchar contra las mismas [7].

---

[5] Sempere, A.V. y Cano, Y. *La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario*. Aranzadi Social 2001, núm. 19, pag. 14, «...ya que se inicia y concluye con la elaboración por parte de la Comisión y el Consejo del Informe anual conjunto sobre la situación del empleo en la Comunidad».

[6] Reglamento (CE) núm. 1897/2000 de la Comisión de 7 de septiembre de 2000 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 577/98 del Consejo relativo a la organización de una encuesta muestral sobre la población activa en la comunidad, define la noción de desempleado como aquella persona de 16 años y más, sin trabajo, disponible para comenzar a trabajar en los próximos quince días, que busca activamente empleo.

[7] Políticas activas en la nueva economía serán, fundamentalmente, políticas de adaptación de los sistemas educativos y formativos a la sociedad del conocimiento. No es que el proceso de Luxemburgo se vea impugnado por esta nueva era, pero sí que tendrá que enriquecer las directrices, dotándolas de objetivos más concretos, estableciendo relaciones más estrechas con otros ámbitos políticos pertinentes y definiendo procedimientos más eficaces para implicar a los agentes sociales. La empleabilidad y la formación continua, junto con un mayor empeño en el sector de los servicios y de las tecnologías de la información, se convierten en el núcleo de las políticas activas de empleo. En esta ocasión la UE parece convencida de que el esfuerzo por conseguir el paso a una nueva economía dará sus frutos sobre el empleo y se atreve a establecer objetivos cuantificables: La tasa de ocupación media de la Unión deberá alcanzar el 70 por cien antes del 2010 y la tasa de ocupación femenina deberá ser del 60 por cien, también antes de esa fecha.

A ello se une el que desde el año 2000 las Directrices del Consejo para el Empleo habían pasado de estar aprobadas por Resoluciones (publicadas en la serie C del DOCE) a estar aprobadas por Decisiones (publicadas en la serie L del DOCE). Lo que significa, desde el punto de vista de las fuentes del Derecho comunitario, que, de no ser vinculantes las Directrices para el Empleo pasan a ser «obligatorias en todos sus elementos para todos sus destinatarios» de acuerdo con el artículo 249 TCE.

Es decir la política de empleo deja de ser en este momento competencia exclusivamente nacional para pasar a ser objetivo comunitario, lo que supone, en consecuencia, la vinculación de cualquier acción política o legislativa en esta materia al cumplimiento de las concretas orientaciones comunitarias y, lo que también es importante resaltar , sujeta al control del Consejo y de la Comisión a través del lar go procedimiento diseñado en el artículo 128 TCE. Se ha producido formalmente lo que venía siendo denominado como la comunitarización de las políticas nacionales de empleo.

Por otra parte, continuan sucediendose las diversas Cumbres de Empleo con una regularidad encomiable y sin duda, exagerada. El Consejo de Estocolmo (marzo de 2001) y el de Gotebur go (junio de 2001), mantienen la línea trazada en el de Lisboa y se muestran optimistas en los resultados obtenidos. «En el año 2000», se declara en ambos, que «el desempleo se ha situado en el nivel más bajo de los últimos diez años». Sin embrago existen matices que los diferencian: en el primero, aceptando que el objetivo del pleno empleo es una meta realizable en el panorama europeo, apuesta por el empleo de calidad «como objetivo general en las directrices para el empleo correspondientes a 2002»; en el segundo, no obstante, las medidas que se adoptan son más conservadoras —en el sentido de volver a las políticas defensivas de carácter económico— una vez constatado que el crecimiento económico de la Unión Europea se ha «debilitado». Por ello se presta especial atención a «la política macroeconómica orientada al crecimiento y a la estabilidad», para evitar una ralentización del empleo. Las medidas estrictamente laborales pasan aquí a segundo término para insistir en las claras implicaciones que la economía tiene en el buen funcionamiento del mercado de trabajo. En la Cumbre Europea de Estocolmo (marzo, 2001) conscientes los Jefes de Estado y de Gobierno de la dificultad de cumplir con los objetivos de Lisboa, establecieron objetivos intermedios que deberían alcanzarse antes del 2005 en cuanto a la tasa de empleo [8], introduciendo como un nuevo objetivo el aumentar la tasa de empleo de los trabajadores de más edad [9].

En esta línea el Consejo Europeo de Gante, celebrado en octubre de 2001, viene a confirmar su compromiso con el Pacto de Estabilidad y Cre-

[8] Un 65% de la tasa global de empleo y un 57% la de las mujeres.
[9] Que debería alcanzar el 50 por cien en 2010.

cimiento como mecanismo de relanzamiento del Proceso de Lisboa en una coyuntura marcada en lo político y en lo económico por los ataques terroristas a las torres gemelas de Nueva York y por los rasgos de desaceleración que comenzaban a hacerse patentes en la economía europea.

En la Cumbre de Burgos (en realidad adopta el titulo de «reunión informal» celebrada los días 18 y 19 de enero de 2002) las previsiones retroceden, o al menos las declaraciones adquieren matices menos optimistas, por ello se dice que sería conveniente fijar un marco temporal de la Estrategia de Empleo Europea de acuerdo con el plazo establecido en la Cumbre de Lisboa (año 2010), sin perjuicio de una evaluación intermedia en 2006 que permita valorar si se han conseguido los objetivos intermedios fijados en el Consejo de Estocolmo.

Este nuevo planteamiento parece consolidarse en las Decisiones adoptadas principalmente a partir del Consejo Europeo de Barcelona —15 y 16 de marzo de 2002—. Pero incluyendo importantes novedades en base a el contenido social que incorporan —la lucha contra la pobreza y la exclusión social, la reforma de los regímenes de pensiones para prevenir los problemas sociales del envejecimiento de la población y el aumento de las medidas de prevención en la violencia contra las mujeres— que desde el punto de vista de la actuación sobre el empleo, renueva la idea de que «el pleno empleo en la Unión Europea es el núcleo de la estrategia de Lisboa» [10].

2. La evaluación crítica

Transcurridos cinco años desde que se puso en marcha la idea de una politica comunitaria de empleo, los analisis sobre su eficacia ofrecieron un panorama poco alentador. Incluso el realizado por la propia Comisión [11] reconoció «la necesidad de una renovación en los planteamientos y una mayor eficacia en los sistemas de coordinación y control». Se estaba por tanto, ante una valoración positiva desde el punto de vista político, pero no así respecto a sus resultados.

Y es que, como se puso de manifiesto [12], es dudosa su capacidad para lograr resultados realmente adecuados en proporción a la inversión rea-

---

[10] La Estrategia «deberá», se dice, «simplificarse sin socavar su efectividad», para ello se apela a una mayor racionalización de los procesos de coordinación de las politicas con calendarios sincronizados para la adopción de las Orientaciones generales de política económica y con la Estrategia de empleo.

[11] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Economico y Social y al comité de las Regiones (COM(2002)416 final).

[12] Fina Sanglas, Ll. *Mercado de Trabajo y Políticas de empleo,* CES, Madrid, 2001, pp. 270 y 271, principalmente. Añade el autor otros problemas y limitaciones de las Estrategias Europeas de Empleo, como una integración inuficiente con otras políticas comunitarias relevantes y, sobre todo, «la pesadez del procedimiento».

lizada. Incluso se ha llegado a la afirmación, desde las propias instancias comunitarias, de que la evaluación de lo conseguido a través de este mecanismo fue ciertamente decepcionante [13].

Y ello se imputa a que la estrategia de reforzar políticas activas con la finalidad de «convergencia» en el grado de «esfuerzo» es profundamente errónea. Puede llevar a poner en práctica medidas costosas y totalmente inútiles olvidando, al mismo tiempo, las estrategias que teniendo en cuenta la profunda diversidad de las economías y de los mercados de trabajo de los Estados miembros de la Unión, podrían conducir a la necesaria convergencia de niveles de empleo y bienestar que proclaman los Tratados.

Para contrarrestar estos problemas que obedecen a la dinámica propia de las organizaciones supranacionales se debería adoptar un enfoque totalmente nuevo —es decir, más que dirigista, participativo, más que impuesto «de arriba a abajo», permitiendo iniciativas libres y de base cuyo «esfuerzo» fuese medido por tales iniciativas. Y en este mismo sentido se defienden sistemas de coordinación y control más flexibles, mucho más ligeros y sobre todo distintos del «mecanismo de vigilancia multilateral de las políticas macroeconómicas» [14] sobre los que reside la Estrategia Europea de Empleo. En definitiva una nueva comprensión de la politica de empleo comunitaria que olvide la idea de organización dictada para pasar a ser descentralizada, mas participativa y mejor adaptada a los problemas y caracter particular de los diversos mercados de trabajo de los pueblos de Europa [15].

Importante además, el fomentar estrategias basadas en el principio de proximidad, ya que y puesto que, los entes locales y regionales son en definitiva los responsables de la aplicación del acervo comunitario y desde el objetivo de eficacia que se quiere conseguir, no estaría de más que se revisara el papel de los Gobiernos regionales, su función y su importancia en este ámbito. Algo que no contradice la idea de una política comunitaria de empleo ni la vinculación consiguiente de las políticas nacionales de los Estados miembros, sino que, por el contrario, las refuerza desde el principio de subsidiariedad —principalmente en su sentido político—, en cuanto significa que el nivel más bajo es el más adecuado para actuar, «a menos que...», algo que suele olvidarse en el contexto nacional en donde el principio de subsidiariedad se detiene en la relación entre los Estados miembros y la Unión Europea [16].

---

[13] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Acciones comunes para el crecimiento y el empleo: el Programa comunitario sobre la Estrategia de Lisboa (SEC (2005)981).

[14] *Ibidem*.

[15] QUESADA, R. *Desarrollo y ejecución de la política de fomento de empleo por la Administración Autonómica Andaluza, En el Libro conmemorativo de los XX años del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales,* Sevilla, 2003, p. 602 y ss.

[16] PIETERS, D.: «Hacia un concepto europeo de federalismo social», Foro de Seguridad Social, núms. 8 y 9, abril, 2003, pp. 62 y ss.

Otra vía que liga también las políticas regionales de empleo a las orientaciones comunitarias y al consiguiente procedimiento de control europeo procede de la financiación de los programas realizada a cargo de los Fondos estructurales —el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA) [17]— regulados conjuntamente por el Reglamento CEE 2052/88, del Consejo, de 24 de junio de 1988. Norma que ha sido sustituida por el Reglamento CE 1260/99, con efectos a partir del 1 de enero de 2000. En este Reglamento se señalan como los Fondos estructurales —y los demás instrumentos financieros— contribuirán a la consecución de los objetivos prioritarios entre las que se encuentran el fomento de políticas activas de empleo a través de determinadas iniciativas comunitarias. En la iniciativa comunitaria EQUAL —para el periodo 2000-2006— regulada por la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros [18], se reconoce que las Directrices para el empleo que elabora el Consejo y su transposición por los Estados miembros en los respectivos Planes Nacionales de Empleo, constituyen el marco para la concesión de subvenciones en la Unión Europea y , en especial, de las intervenciones cofinanciadas con los Fondos estructurales.

Esta dependencia entre el cumplimiento de acciones integradas en los programas de empleo comunitarios y la financiación económica, especialmente de la que procede del Fondo Social Europeo, contribuye de forma notable a la burocratización e ineficacia del sistema diseñado. Sin detenerse en el análisis del procedimiento previsto para cada iniciativa —la EQUAL, por ejemplo [19]— la sensación que despierta su analisis es de complejidad y de falta de claridad y transparencia en su conjunto: la interdependencia entre las instituciones comunitarias, las nacionales y las regionales, los sistemas de control y valoración, las diferentes instancias y protocolos que deben cumplirse, así como, para mayor complicación, las dificultades de acceso a las fuentes, ya que la mayoría de las Decisiones no están publicadas, avalan la idea anteriormente expuesta de gravidez del procedimiento.

---

[17] A ellos deben añadirse el Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca (IFOP) y el Fondo de Cohesión creado en el artículo 161 TCE y creado en 1992.

[18] El titulo completo es Comunicación de la Comisión a los Estados miembros por la que se establecen las orientaciones relativas a la iniciativa comunitaria EQUAL, al respecto de la cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo.

[19] Alonso García, B: *El empleo en la Unión Europea y las acciones del Fondo Social,* Civitas, núm. 114, noviembre-diciembre, 2002, pp. 867 y ss. Resume la autora sus serias dudas sobre quien realmente tiene una visión global de esta actuación comunitaria (se refiere a la EQUAL) «cuya aplicación concreta, en las que están implicadas las distintas Administraciones, producen una autentica desazón en los posibles beneficiarios», p. 881.

II. LAS NUEVAS ORIENTACIONES. RACIONALIDAD Y SIMPLIFICACIÓN Y NO OBSTANTE...

1. Las últimas Cumbres de Empleo

El Consejo Europeo de Bruselas —20 y 21 de marzo de 2003—, adopta una nueva posición reconociendo la necesidad de coordinación integral de las políticas económicas y de empleo y una mayor simplificación en las acciones. El Consejo aprobó las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros por medio de su Decisión 2003/578/CE, de 22 de julio de 2003 [20], advirtiendo que las mismas deben constituir una serie limitada y deben estar encaminadas a la consecución de resultados. Se permite, de esta forma, a los Estados miembros elaborar la combinación adecuada de medidas, que a su vez deberán respaldarse mediante objetivos apropiados [21].

Recoge de esta forma las líneas marcadas con anterioridad en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social y al Comité de las regiones [22], bajo el titulo «El futuro de la Estrategia Europea de Empleo», en donde se propone un nuevo uso de los instrumentos previstos en el Tratado —en el artículo 128, se refiere— confirmando críticamente que las «Directrices se han vuelto complejas y sería preciso simplificarlas», debiendo ir hacia unas Directrices de Empleo «estables y orientadas a los resultados». Esta «nueva generación de Directrices de Empleo» se aparta de los actuales «objetivos horizontales» y Directrices especificas agrupadas en los cuatro «pilares», para ser coherente con las nuevas necesidades de la Unión —«nuevos desafíos para la UE»—. En resumen, el futuro de la Estrategia Europea de Empleo pasa, según la Comisión, por una mayor concreción en los objetivos —de tres objetivos globales, se habla ahora: pleno empleo, calidad y productividad en el trabajo, cohesión y mercado de trabajo inclusivo— y de los medios.

---

[20] Diario Oficial núm. L 197 de 05/08/2003, pp 0013-0021.

[21] Las propuestas son las siguientes: las que se refieren a la adaptación del régimen fiscal y las prestaciones por desempleo para que el trabajo resulte rentable y fomentar la búsqueda de puestos de trabajo; las que tienden a suprimir los elementos que desincentivan la participación de la mano de obra femenina. —Deben esforzarse los Estados miembros en prestar para el 2010 servicios de acogida al menos al 90 por 100 de los niños de edad comprendida entre los tres años y la escolarización obligatoria—; las que proponen reducir los incentivos a la jubilación anticipada así como la creación de mecanismos de jubilación anticipada en las empresas —para el año 2010 deberá intentarse elevar progresivamente en torno a cinco años la edad media en la que se produzca el cese definitivo—, y , por último, las que promueven las competencias profesionales y la movilidad en la Unión Europea— el Plan de Acción para la movilidad laboral, propuesto en Bruselas el 13 de febrero de 2002 y presentado en la Cumbre de Barcelona, cuenta con 25 medidas repartidas en los siguientes conceptos: formación de jóvenes, formación de adultos; movilidad profesional; movilidad geográfica.

[22] Bruselas, 14 de enero, 2003 COM (2003) 6 final.

Se trata de un documento realmente importante. No sólo porque supone un punto de inflexión en la política europea de empleo —y por tanto, en las nacionales de los Estados miembros—, al declarar que no se puede seguir como hasta ahora; sino porque, además, y de forma exhaustiva, ordenada sistemáticamente —a partir de los objetivos que marca— las prioridades en las que debe centrarse la acción de las políticas nacionales, y establece nuevas medidas de control de las políticas de empleo y con ello de «gobernanza», basada en una implicación más directa de los representantes de la vida publica y social a nivel nacional, regional y local.

Es decir, se está dando entrada a la estrategia de proximidad y a las propuestas de futuro basadas en ese nuevo enfoque.

Por lo que ahora interesa, conviene resaltar dos de las prioridades fijadas. La primera: «Medidas activas y preventivas destinadas a los desempleados y los inactivos», la segunda: «Hacer que sea rentable trabajar».

En el primer caso se parte del objetivo de lograr una integración sostenible en el mercado de trabajo. La finalidad por lo tanto no es reducir el desempleo mediante el procedimiento de ampliar las vías de empleo precario, sino conseguir que la integración en el mercado de trabajo de los desempleados sea «efectiva y estable», lo que dará lugar a una mayor «rentabilidad» del sistema. Para ello se considera principio rector la adecuación optima entre oferta de empleo, persona y momento. Un enfoque de este tipo requiere, lógicamente, una rápida determinación de las necesidades de cada solicitante de empleo, por ello se aconseja la elaboración, en la fase inicial, de un «plan de acción personalizado».

Lo novedoso que aporta el documento comunitario es el carácter preventivo de las medidas que se establecen: importa reducir el desempleo de larga duración, ciertamente, pero importa también incrementar la tasa de población activa, de esta forma las medidas activas deberán destinarse igualmente a las personas sin empleo que deseen reincorporarse —o incorporarse— al mercado de trabajo, independientemente si están registradas como desempleados. Como interesa también, garantizar el mantenimiento de empleo de quienes aún teniéndolo en la actualidad, corren un grave riesgo de perderlo.

En el segundo, abogando por la revisión sistemática de los sistemas fiscales y de protección social a fin de hacer «que sea rentable trabajar». En los supuestos ligados a la fiscalidad del trabajo parece razonable entender que el ampliar el tope de exención en la declaración del IRPF o reducir las cargas fiscales de los perceptores de rentas del trabajo, cuando se trate de trabajos de escasa cualificación profesional, favorecería aflorar el trabajo no declarado y alentar la creación del empleo autónomo. A su vez, una política impositiva a las empresas que premiase la creación de empleo

podría ser un buen acicate para su fomento. Sin embargo, la segunda previsión que liga «revisión de la protección social» con el hecho de que «sea rentable trabajar», conduce necesariamente a una peligrosa deducción: Se está partiendo de la «comodidad» en la que se instala quién prefiere percibir el subsidio a trabajar, y ello, de entrada, es inadmisible. Porque el siguiente paso es la reducción de la protección, incluso por la vía asistencial, a fin de «motivar» la búsqueda de empleo. Máxime cuando está bien claro —y es una regla en las legislaciones de los Estados miembros —que si el perceptor de la medida protectora no actúa asumiendo determinadas y muy precisas obligaciones de hacer, o sí rechaza una oferta de colocación adecuada va a quedar fuera del sistema protector. En este sentido podemos entender esta prioridad como una confirmación de la tendencia actual que se centra en la idea-guía de «activación» del desempleado o del perceptor de cualquier medida de carácter asistencial, ligadas éstas cada vez más a las medidas activas que persiguen la empleabilidad. Cabe sin embargo, otra interpretación más amplia, y es considerar en su conjunto las medidas de protección social —maternidad, viudedad, jubilación, por ejemplo— para intentar, mediante las medidas promocionales que se establezcan, que los posibles beneficiarios de alguna de ellas, opten libremente —porque les resulte «más rentable»— por mantener su puesto de trabajo que por percibir la prestación a la que tienen derecho. Estimo también preocupante esta medida si ello fuerza a una competición a la baja, y no obstante, admisible, si la oferta que lleva a mantener el empleo, es al alza. Pero, pese a todo, debe tenerse cuidado porque, sin duda, se esta abriendo una peligroso portillo de escape a nuestro sistema europeo de bienestar social.

Al mismo tiempo el Consejo Europeo de Bruselas 2003 vino marcado por la positiva valoración de los Estados miembros de la ampliación de la Unión y de las posibilidades que la misma depara para el crecimiento económico y, en función del mismo, para la obtención de los objetivos de Lisboa. Sin embargo, se advierte que los nuevos Estados deberán adoptar medidas reformistas y, aunque —se señala— comienzan a participar de forma satisfactoria en el método abierto de coordinación, deberán centrar sus esfuerzos en aumentar las reformas de los mercados de trabajo nacionales, estableciendo mediadas que puedan producir rápidamente un efecto positivo en los niveles de empleo y crecimiento. Sin duda, la entrada de los nuevos socios generaba problemas graves de desigualdad y cohesión social en una Unión Europea hasta entonces formada por Estados cuyos principios políticos, económicos y sociales eran similares y estables, que, no obstante, en este Consejo Europeo de bienvenida, no se quieren reconocer [23].

[23] En el Libro Verde. Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada, Bruselas (COM (2004) 379, final) se señalan las principales cuestiones derivadas de la integración de los diez nuevos países.

A fin de relanzar los objetivos de Lisboa, en la reunión celebrada en Bruselas, en marzo de 2004, el Consejo Europeo encar gó a la Comisión la creación de un Grupo de Alto Nivel presidido por Wim Kok especialmente atendiendo a cuatro retos estructurales: la adaptabilidad, atraer a mas personas al mercado laboral, la mejora de la calidad del empleo y la inversión en capital humano. El resultado fue el Informe llamado como «Hacer frente al desafío. La Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo», noviembre de 2004 en donde, tras analizar el porque de nuevo Lisboa, establece las pistas para ello en base al mantenimiento de antiguos objetivos. Así, el fomento de una sociedad basada en el conocimiento —para lo que se deberá atraer y retener a investigadores, conceder la máxima prioridad a la I+D; el mantenimiento del mercado interior— y para ello se propone suprimir los obstáculos a la libre circulación de servicios y convertir en realidad la libre circulación de mercancías, reducir los costes de las obligaciones fiscales para las empresas…—; la configuración de un mercado de trabajo integrador —en este sentido se apuesta por aumentar la capacidad de adaptación de trabajadores y empresas, la eficacia de la inversión en capital humano, y ello dentro de un futuro sostenible en el plano medioambiental—.

De acuerdo con este informe, el Consejo Europeo de marzo de 2005, relanza la Estrategia de Lisboa para lo cual encomendó a la Comisión que plasmara la prioridad concedida al crecimiento y al empleo en unas nuevas orientaciones generales de las políticas económicas —en virtud del artículo 99 CE—, velando por la coherencia entre las dimensiones económica, social y medioambiental de la estrategia de Lisboa, y en nuevas directrices para el empleo —basadas en el artículo 128 CE— [24].

2. La integración de las políticas económicas y de empleo para el periodo 2005-2008

El Consejo Europeo aprobó las directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2005-2008), constituyendo éstas el instrumento político principal para el desarrollo y la aplicación de la estrategia de Lisboa.

Es un acierto el que en un texto único se integran tanto las recomendaciones sobre política económica como las propuestas en el ámbito de empleo. Unir ambas orientaciones es un planteamiento de coherencia global, pues sólo desde y a partir de los planteamientos macro y microeco-

[24] La Unión Europea se hallaba ante la tesitura de relanzar la estrategia de Lisboa ya que la coyuntura de escaso crecimiento de empleo (2002-2004) hacía prácticamente imposible el objetivo del pleno empleo fijado para 2010, a menos que los Estados miembros intensifiquen sus esfuerzos de reforma, en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre el cuadro de Indicadores sobre la aplicación de la agenda política y social. (COM (2003) 6 final.).

nómicos adoptados en el ámbito europeo puede afrontarse con visos de realidad las directrices de empleo. De este modo las directrices de empleo se integran junto con las directrices tanto macroeconómicas [25] como microeconómicas [26] en un texto único, con el objetivo de definir de manera estratégica los desafíos europeos y permita canalizar los esfuerzos a los Estados miembros sobre las acciones prioritarias «encaminadas a la obtención de los objetivos específicos de realización de un mercado interior y la promoción de una competencia leal basados en una sociedad del conocimiento y en un crecimiento sostenible».

Además, las directrices se establecen para un plazo de tres años —al igual que los programas nacionales que se derivaran de ellas—, lo que supone un plazo razonable para garantizar la estabilidad necesaria para su aplicación, y con ello, una nueva mejora frente al trasiego anual de las directrices de empleo en el modelo anterior . De esta forma se pretende consolidar un marco estable sobre el que preparar los programas nacionales. Pero además, es importante el que se proponga, desde el propio texto programático, la necesidad de que los respectivos Planes Nacionales se establezcan como resultado de un debate a escala nacional con intervención de la ciudadanía y de los interlocutores sociales [27]. Es decir, de forma democrática y descentralizada. Y dando entrada a problemas que sólo son posibles de entender desde el criterio de la cercanía. No obstante, y situando como instrumentos centrales del debate y de la definición de prioridades en el campo del empleo las directrices de empleo y los planes nacionales de empleo, debe tenerse en cuenta que lo que aquí se establece viene referido a su realización en el marco y formato definido por la propia Comisión, ya que estamos ante la cooperación y convergencia voluntaria entre los Estados en medidas a adoptar para enfrentarse con el problema común de altos niveles de desempleo, con respeto a las diferencias y sin establecer reglas uniformes para armonizar las normas reguladoras nacionales del mercado de trabajo [28].

---

[25] Destinadas a alcanzar la estabilidad y sostenibilidad económica, promover una eficiente asignación de recursos y una mayor coherencia entre las políticas macroeconómicas y estructurales, garantizar una evaluación de los salarios que contribuya a la estabilidad macroeconómica y el crecimiento y contribuir al dinamismo y el buen funcionamiento de la Unión.

[26] Destinadas a ampliar y profundizar el mercado interior , crear un entorno empresarial más activo, ampliar y mejorar las infraestructuras europeas, incrementar y mejorar la inversión en I+D, facilitar la innovación y la implantación de las tecnologías de la información, fomentar una utilización sostenible de los recursos y contribuir a crear una base empresarial fuerte.

[27] Rodríguez-Piñero, M. *Gobernanza y política de empleo*. Relaciones Laborales. núm. 5. 2005: «Un mayor protagonismo a la sociedad civil y al sector privado en el diseño y desarrollo de la política de empleo».

[28] Terradillos, E. *La interacción entre políticas activas de empleo y políticas económicas en la Unión Europea, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos sobre la política de empleo española*. Revista MTAS, núm. 62. Madrid. 2006. Pág. 70.

Por otra parte es un acierto, sin duda, la simplificación de los mecanismos de coordinación. Ahora se reducen el número y la presentación de informes, agrupando los procesos de coordinación —Luxemburgo, para el empleo, Cardiff, sobre el proceso de reforma económica y Colonia, sobre inclusión social—. En concreto los mecanismos de coordinación incluyen las siguientes fases: Un informe de situación anual conjunto del Consejo y de la Comisión sobre el empleo, a partir del cual el Consejo Europeo de primavera adoptará conclusiones. Las directrices integradas trienales se adoptaran por mayoría cualificada por el Consejo a propuesta de la Comisión. A su vez, cada Estado miembro deberá presentar programas de reformas nacionales denominadas de Lisboa en los que se defina una estrategia —también de carácter trienal— global de las directrices integradas así como los progresos alcanzados en materia de empleo. A su vez se garantiza que el Fondo Social Europeo, como instrumento financiero estratégico de la Unión Europea para las reformas del mercado laboral, respaldará los compromisos contraídos por los Estados en sus programas de reformas nacionales para el empleo. En este sentido y en el marco de este proceso de reformas, el Fondo Social Europeo centrará sus intervenciones durante el periodo 2007-2013 en procurar el cumplimiento de las directrices generales en materia de empleo. Concretamente, en mejorar la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas, facilitar la obtención de empleo, propiciar la inclusión social, y fomentar la creación de asociaciones en pro de la reforma [29]. Nada se dice, sin embargo, en este documento sobre una gestión más dinámica de las ayudas del Fondo, ni sobre la simplificación de los procedimientos de solicitud y control posterior, es, sin embargo, en el Programa comunitario de fomento del empleo y la solidaridad social PROGRESS, para el 2007-2013 [30] en donde, tras señalar como objeto del programa, aportar una ayuda financiera en el ámbito del empleo y de los asuntos sociales [31], simplifica los instrumentos desde el punto de vista jurídico y de gestión; ejemplo de ello es la racionalización de la estructura presupuestaria y la forma de aplicar el programa, manteniendo un único comité de programa en lugar de los cuatro actuales.

En cuanto a las Directrices para las políticas de empleo —en este sentido la Comisión pretende afrontar una de las mayores críticas que se hacía a las directrices de empleo, simplificando sus objetivos a fin de aumentar su eficacia—, las recomendaciones se estructuran en torno a tres ejes, en primer lugar posibilitar políticas que favorezcan la incorporación de más personas al mercado de trabajo y la modernización de los sistemas de protección social, proponiéndose la aplicación de políticas de em-

[29] Propuesta del Reglamento del Parlamento y del Consejo, de 14 de julio de 2004, relativo al Fondo Social Europeo.

[30] Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2004.

[31] El programa está dividido en cinco secciones que corresponden a los cinco ámbitos de acción principales: empleo, protección e integración social, condiciones de trabajo, antidiscriminación y diversidad, e igualdad entre hombres y mujeres.

pleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad del trabajo y el fomento de la cohesión social y territorial.

Lo que supone el establecimiento de políticas sociales de inclusión e integración profesional de las personas desfavorecidas. Y por añadidura, la igualdad de oportunidades, la lucha contra la discriminación y la integración de la perspectiva de género. La promoción de un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida, lo que debe llevar a medidas tendentes a prevenir el paro y a garantizar la vinculación de los parados al mercado de trabajo y a la formación.

En segundo lugar, mejorar la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas y aumentar la flexibilidad de los mercados laborales. Este es el planteamiento que más próximo está al modelo liberal. Ya que si bien se proponen medidas de formación permanente para los trabajadores y criterios de protección del salario, el núcleo central de estas medidas van encaminadas a procurar la mayor flexibilidad y adaptación del trabajador a las necesidades de la empresa —or ganización flexible del trabajo, de la jornada, de los horarios; polivalencia en las cualificaciones profesionales; movilidad funcional y geografica—.

Y en tercer lugar, incrementar la inversión en capital humano mejorando la educación y las cualificaciones profesionales. En este sentido, deben aprovecharse los recursos que ofrecen los Fondos Estructurales y el Banco Europeo de Inversiones, para invertir en educación y formación. El aprendizaje profesional, la formación continua a lo lar go de toda la vida, la formación en espíritu empresarial… la adaptación de los sistemas de educación y formación a las respuestas de las nuevas exigencias…son medidas que, junto a las directrices integradas dirigidas a «incrementar y mejorar la inversión de I+D, deben contribuir a ese objetivo clave en la estrategia de Lisboa: Una Europa basada en la investigación y el conocimiento.

Estas nuevas directrices vienen a completar el ciclo inaugurado por la Estrategia Europea de Empleo corrigiendo importantes deficiencias de tipo estructural y consolidando las tendencias de contenido material que la han caracterizado desde sus inicios, en torno principalmente a tres ejes, primero la flexibilización de los mercados de trabajo y las relaciones laborales en coordinación con la reordenación de los sistemas de protección social, segundo la apuesta por una economía competitiva basada en el conocimiento y el desarrollo tecnológico sustentado en la inversión en capital humano y tercero la promoción de la integración en los mercados de trabajo de aquellos grupos que sufren de un modo más severo el desempleo, en todo caso los resultados obtenidos no han sido todo lo satisfactorio que se esperaban en base a los ambiciosos objetivos marcados y a los esfuerzos realizados y habrá que dejar pasar un lapso de tiempo para valorar la eficacia de este nuevo planteamiento.

Comunicación a la Ponencia General

LOS PLANES DE ACCIÓN PARA EL EMPLEO DEL REINO DE ESPAÑA: CASI DIEZ AÑOS DE HISTORIA

DULCE MARÍA CAIRÓS BARRETO
Profesora Contratada Doctora
Universidad de La Laguna

SUMARIO:

I. LAS DIRECTRICES EUROPEAS SOBRE EL EMPLEO.—II. EL RELANZAMIENTO DE LA ESTRATEGIA DE LISBOA Y LAS DIRECTRICES INTEGRADAS PARA EL EMPLEO 2005-2008.—III. LOS PLANES NACIONALES DE ACCIÓN PARA EL EMPLEO: LOS PLANES DE EMPLEO DEL REINO DE ESPAÑA.—IV. EL PLAN DE REFORMAS DEL REINO DE ESPAÑA.

I. LAS DIRECTRICES EUROPEAS SOBRE EL EMPLEO

La política social europea se ha dotado desde hace ya casi una década de un peculiar instrumento jurídico tendente a realizar una política de empleo en el seno de la Unión que satisfaga objetivos tanto macroeconómicos como macroeconómicos de alcanzar el pleno empleo, un mercado de trabajo integrado, con la inclusión de colectivos tradicionalmente desfavorecidos, mayor inversión en formación y recursos humanos y un adecuado equilibrio entre la promoción de la flexibilidad y la consecución de mayores cotas de seguridad en el trabajo. Ese instrumento se concretó en la denominada Estrategia Europea del Empleo, manifestada en las Directrices anuales de empleo que debían ser desarrolladas a nivel nacional.

La traducción del empleo «como asunto de interés común» se abordó en la Cumbre extraordinaria de Luxembur go, celebrada en noviembre de 1997, en la cual se acordó llevar a cabo un proceso de programación y acción en materia de fomento del empleo que implicaba un programa anual rotatorio de planificación, supervisión, examen y readaptación. Las políticas de empleo europeas, concretadas a través de las Directrices anuales de empleo, se explicaban en el marco de la estrategia del Pacto europeo sobre el Empleo, esto es, mediante un enfoque integrado de las políticas de empleo, políticas macroeconómicas saneadas y de reformas del mercado de bienes y servicios.

El proceso contenía las siguientes etapas: en primer lugar , a principios de año y conforme a una propuesta de la Comisión, el Consejo aprueba una serie de áreas prioritarias de actuación que se denominan *Directrices de empleo* y que contienen los objetivos concretos que deben cumplirse.

Cada país debe elaborar un Plan Nacional de Acción, en el seno de una comisión en la que participen autoridades públicas centrales y regionales, organizaciones de representación de los intereses de los trabajado-

res y empresarios y otras organizaciones sociales, en el que se indican los métodos de aplicación de dichas directrices más apropiados para cada país.

La Comisión y el Consejo examinan conjuntamente cada plan nacional de acción y presentan un informe conjunto de empleo al Consejo Europeo de diciembre. La Comisión también presenta una recomendación para revisar las Directrices de empleo del año siguiente y proponer nuevas medidas.

Con base en las conclusiones de los Jefes de Estado y de Gobierno el Consejo aprueba el conjunto de Directrices para el año siguiente, y formula recomendaciones nacionales específicas a propuesta de la Comisión.

En la Cumbre de Luxemburgo de 1997 se aprobaron las primeras 19 directrices de empleo correspondientes a 1998, basadas en cuatro pilares o ideas básicas de actuación prioritaria, que no constituyen meros principios de acción programáticos, sino que deben ser tenidos en cuenta de modo detallado por los estados miembros en sus políticas de promoción de empleo [1]:

1. *Mejora de la capacidad de inserción profesional (empleabilidad)*. Hay que conseguir que las personas adquieran las cualificaciones precisas para ocupar los puestos de trabajo que ofrece un mundo en continuo cambio y ebullición.

2. *Desarrollo del espíritu de empresa*. Es necesario facilitar los trámites para la creación de empresas y de empleo.

3. *Fomento de la capacidad de la adaptación de los trabajadores y de las empresas*. Se deben crear y concebir nuevos métodos de trabajo más flexibles que concilien la seguridad y la flexibilidad laborales. Este es, sin duda el criterio más polémico, porque las políticas de flexibilización suelen llevar aparejadas disminuciones de los derechos de los trabajadores, de modo que constituye el reto básico no sólo de las instituciones de la Unión Europea, sino de las legislaciones laborales de los Estados miembros.

4. *Reforzar las políticas de igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo*. Uno de los más antiguos protagonistas de la política social comunitaria, el igual acceso al mercado de trabajo para hombres y mujeres e igualdad de trato en el trabajo.

La crítica más aguda que se ha realizado a la Estrategia Europea del Empleo es la de si realmente es buena para los trabajadores. El hecho es

---

[1] *Vid*. *La política social y de empleo en Europa: una política para el ciudadano*, Comisión Europea, Servicio de Publicaciones, Bruselas, 2000, págs. 10-11. *La estrategia europea de empleo*, CES, colección Informes, Madrid, 2001, págs. 6-7.

que existe una tensión inherente a estas políticas o pilares de actuación, que es que el objetivo de creación y mantenimiento de más puestos de trabajo no suele ir fácilmente acompañado del objetivo de asegurar trabajos mejores o trabajo decente, en la terminología de la OIT. Y es que en la definición de estos objetivos no pueden olvidarse o desviarse hacia un segundo plano los valores tradicionales del Derecho del Trabajo, los derechos de los trabajadores, la protección social, el dialogo social y la dignidad humana, que la Estrategia Europea del Empleo no debe perder de vista en su ambición de lograr mas puestos de trabajo [2].

Y si bien es cierto que en las primeras directrices europeas no se hacía ninguna referencia a aspectos como el mantenimiento y mejora de los derechos de los trabajadores en relación al pilar de empleabilidad, por ejemplo, ni a una correlativa obligación de los empresarios de ofrecer seguridad en el empleo, en correspondencia con las medidas de flexibilidad y adaptabilidad, también es verdad que a partir del año 2001 se ha empezado a definir y a poner énfasis en una política de mantenimiento y mejora de la calidad del trabajo y, por ende, de los derechos de los trabajadores [3].

En la cumbre de Luxembur go se acordó que los estados miembros debían presentar al Consejo y a la Comisión de la Unión Europea, antes del Consejo de Cardif f, un primer Plan de Acción para el empleo basado en los cuatro pilares y sus directrices, junto con un informe anual sobre las principales medidas adoptadas para poner en práctica sus políticas de empleo [4].

En el Consejo Europeo de Cardif f en 1998 se evaluaron los primeros Planes de Acción para el empleo nacionales. Se decidió establecer un diálogo macroeconómico más efectivo que incluyera reformas económicas coordinadas y acordes con la estrategia compaginada de empleo. Se consideraron las Directrices de empleo para el año 1999, manteniendo los cuatro pilares definidos en 1998 e intensificando la acción en determinados ámbitos: mejora de las medidas activas, aprendizaje permanente, aprovechamiento de la capacidad generadora de empleo del sector servicios, compaginación de la vida familiar y laboral y favorecimiento de un mercado laboral abierto a todos.

El Consejo Europeo de Colonia de 1999 consolidó la estrategia europea para el empleo y sentó las bases de una política comunitaria que tuviera en cuenta todos los factores económicos que inciden en el mer-

---

[2] *Vid*. BALL, S.: «The European Employment Strategy: the will but not the way?», *ILJ*, n. 4, vol. 30, 2001, pag. 367.

[3] *Vid*. FREDMAN, S.: «Some Way to Go: the European Employment Strategy re-assesed», Working Paper, n. 4, *Working paper series of the Institute of European and Comparative Law* (http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/working.shtml). University of Oxford, págs. 1-9.

[4] España presentaba ante las Instituciones europeas el Plan Nacional de Acción para el Empleo del Reino de España el 15 de abril de 1998.

cado laboral. Se aprobó el Pacto Europeo para el Empleo (proceso de Colonia), que se basaba en la necesidad de coordinar de forma equilibrada las políticas macroeconómicas mediante una política financiera que tuviera en cuenta el Pacto de Estabilidad y reestructurase los presupuestos públicos, favoreciendo la inversión y la creación de empleos competitivos; en una evolución controlada de los salarios, con aumentos en función de la productividad y una política monetaria dirigida a la estabilidad en los precios.

Tras la cumbre de Colonia, el Consejo Europeo de Helsinki de 1999 reafirmó su apoyo a la Estrategia Europea para el empleo y adoptó las Directrices para las políticas de empleo en el año 2000, enmarcadas en los cuatro pilares definidos en Luxembur go, sin incorporar nuevas directrices, sino modificaciones y aclaraciones con respecto a las Directrices de 1999, con nuevas prioridades destinadas a fomentar la acción local por el empleo, la función de los servicios públicos de empleo y el acceso a la sociedad de la información.

La cumbre extraordinaria de Lisboa, celebrada los días 23 y 24 de marzo de 2000, estudió la situación de crecimiento económico, la competitividad y el empleo. Continuó los procesos anteriores, pero introdujo un nuevo método político denominado nuevo método abierto de coordinación [5], con el objetivo de hacer de la europea la economía mundial más dinámica y basada en el conocimiento para el año 2010. Y en ese contexto, la estrategia se centra en la necesidad de coordinación de las políticas económicas y de empleo, incluyendo la provisión de más y mejores puestos de trabajo. Para algunos, esto significa favorecer la liberalización y la desregulación; para otros, el mantenimiento y mejora del modelo social europeo y, finalmente, para otros, un intento de encontrar un *modus vivendi* entre ambos. En cualquier caso, el método abierto de coordinación supuso incluir acciones en materia de exclusión social, mejora en los sistemas de pensiones o mejoras en los sistemas de salud [6].

La cumbre de Lisboa optó por partir de los cuatro ejes o pilares ya definidos y adaptar y reforzar la estrategia coordinada de empleo, buscando el aprovechamiento de la siner gia del crecimiento económico y la cohesión social. Se hizo hincapié en cinco aspectos: reto tecnológico, sociedad del conocimiento, mejora de la competitividad, integración y coordinación de los mercados financieros y modernización del modelo social europeo (promoción del trabajo, garantías de los sistemas públicos de pensiones, inversión en capital humano y la lucha contra la exclusión social).

---

[5] *La estrategia europea de empleo*, *op. cit*., pág. 11.

[6] *Vid*. ATTWOOL, E.: «Constitucional implications of EU Employment Policy», Working paper n. 1 , *Working paper series of the Institute of European and Comparative Law* (http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/working.shtml). University of Oxford, págs. 4-5.

A este respecto, se ha señalado que la mejora de la calidad del trabajo es uno de los principales objetivos identificados en las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa, que Europa solamente podrá obtener ventajas competitivas sobre las demás economías si mantiene un alto nivel de educación y cualificación de su fuerza de trabajo. Debe promocionar y mejorar activamente su posición a este respecto: si bien se debe admitir que trabajos que no requieren ninguna cualificación especial son mejores que ningún trabajo, simplemente ocurre que no son la clase de empleos en la que los trabajadores europeos están llamados a ser suficientemente competitivos, mientras que, por el contrario son los servicios cualificados aquellos en los que los trabajadores europeos pueden ser competitivos si se continua concentrando los esfuerzos en la mejora de las aptitudes y de las cualificaciones, y para ello se centran los esfuerzos en la innovación y la calidad de los puestos de trabajo, en una economía basada en el conocimiento [7].

Las Directrices para el año 2001 finalmente reiteraban el objetivo global dirigido a crear las condiciones para el pleno empleo, a través de la estrategia de las reformas económicas y la cohesión social como parte de la sociedad basada en el conocimiento. Se abordaba de forma directa el papel de los interlocutores sociales, que eran llamados a asumir con más intensidad su papel en la aplicación y supervisión de las directrices que dependían de ellos. Y se destacaba el papel de la formación profesional permanente para favorecer la empleabilidad y la adaptabilidad.

Las Directrices para el años 2002 fueron acordadas en el Consejo Europeo de Laeken (Bélgica) celebrado los días 14 y 15 diciembre de 2001, continuando con las áreas prioritarias ya establecidas y haciendo hincapié en los siguientes aspectos: la necesidad de evaluar los medios financieros asignados a las medidas políticas, de establecer marcos apropiados que permitan a los adultos un acceso efectivo a la formación profesional continua, de garantizar un equilibrio regional en el desarrollo económico y social, con vistas a facilitar la movilidad de los trabajadores, de reforzar la lucha contra el trabajo no declarado, de reformar las estructuras fiscales y de prestaciones para evitar cualquier repercusión negativa sobre la participación femenina en el mercado de trabajo y suprimir los obstáculos que impiden a las mujeres crear nuevas empresas o hacerse autónomas, así como definir los objetivos nacionales para mejorar la tasa de empleo femenino y alcanzar la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres en los sectores publico y privado, y finalmente, la necesidad de definir objetivos nacionales que permitan mejorar la oferta de servicios de asistencia para los niños y otras personas a cargo.

---

[7] Jansen, B.: «The Luxembourg Process Five Years On», Working Paper, n. 5, *op. cit.,* pág. 5.

En el Consejo Europeo de Barcelona de los días 15 y 16 de marzo de 2002 se acordó la consolidación de la estrategia europea para el empleo a través de un proceso reforzado, simplificado y mejor gestionado, con un calendario hasta 2010 y que incorporase los objetivos y las metas de la estrategia de Lisboa, así como una mayor racionalización de los procesos de coordinación de las políticas, con calendarios sincronizados para la adopción de las orientaciones generales de política de empleo y las Directrices de empleo.

Para el año 2003, las directrices europeas en materia de empleo, aprobadas por Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003, se redujeron, a petición de los estados miembros, aunque siempre dentro de los cuatro ámbitos de actuación abarcados: las directrices se referían a los siguientes aspectos: medidas activas y preventivas para los desempleados e inactivos; creación de puestos de trabajo y espíritu de empresa; promoción de la adaptabilidad y movilidad en el mercado de trabajo; desarrollo del capital humano y aprendizaje permanente; incremento de la oferta de empleo y promoción del envejecimiento activo, igualdad de género, promoción de la integración y lucha contra la discriminación, implantación de un sistema de incentivos a la contratación, transformación del trabajo clandestino en trabajo regular , y, finalmente, se llama la atención sobre la necesidad de abordar las disparidades regionales en materia de empleo.

Para el año 2004, por Decisión del Consejo de 4 de octubre de 2004 se mantienen las Directrices para las políticas de empleo de los estados miembros establecidas para el año 2003 y se ordena a los estados miembros que las tengan en cuenta en sus políticas de empleo.

II. EL RELANZAMIENTO DE LA ESTRATEGIA DE LISBOA Y LAS DIRECTRICES INTEGRADAS PARA EL EMPLEO 2005-2008

Con el objetivo de analizar la estrategia de Lisboa y estudiar sus líneas futuras de acción se constituyó en 2004 un grupo de trabajo, al frente del cual se encontraba el Sr . Kok, antiguo primer ministro de los Países Bajos, fruto de cuyas reuniones fue el informe titulado « *Afrontar el reto de la estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo»*, informe que puso de relieve dos constataciones: la urgencia de acelerar la aplicación de la estrategia de Lisboa y los nuevos retos a los que se enfrenta Europa como consecuencia, principalmente, de la combinación de un bajo crecimiento demográfico y el envejecimiento de su población.

En 2005 la Comisión se pronunciaba a favor de un relanzamiento de la Estrategia de Lisboa, reorientándola hacia dos prioridades, también contenidas en el informe Kok, conseguir un crecimiento más fuerte y sostenible y crear más y mejores puestos de trabajo. Para alcanzar estos ob-

jetivos, la reactivación de la estrategia requería avances esencialmente en tres direcciones: hacer del conocimiento y la innovación los motores del crecimiento sostenible europeo; hacer que Europa sea más atractiva para invertir y trabajar y reforzar el modelo social europeo, basado en la búsqueda del pleno empleo y en una mayor cohesión social. Al mismo tiempo, se ponía mayor énfasis en lograr una cooperación de las partes interesadas, apoyada en un programa comunitario y en programas nacionales que incluyan compromisos firmes.

El 12 de abril de 2005 el Consejo adoptó formalmente una Decisión relativa a las *Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros*, así como una *Recomendación relativa a las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y la Comunidad (2005-2008)*, que, en su conjunto, constituyen las Directrices integradas. El 20 de julio la Comisión presentó un programa comunitario sobre la Estrategia de Lisboa que cubre todas las acciones en la Comunidad para el crecimiento y el empleo, que está concebido como un complemento a los programas nacionales y que se concentra en una serie de medidas clave de fuerte valor añadido europeo: el apoyo al conocimiento y a la innovación en Europa, la realización del mercado interior de los servicios, el apoyo a los esfuerzos para contrarrestar las consecuencias sociales de la reestructuración económica, la mejora y simplificación del marco reglamentario en el que funcionan las empresas, la consecución de un acuerdo ambicioso en el ciclo de negociaciones comerciales multilaterales, la eliminación de los obstáculos a la movilidad en el ámbito del transporte, la mano de obra y la educación, y la puesta a punto de una estrategia común con respecto a la inmigración por razones económicas. A finales de año, los estados miembros debían comunicar sus programas nacionales de reforma a la Comisión.

Las Directrices integradas para el período 2005-2008 pretenden incidir en los resultados insatisfactorios de la economía europea desde el año 2000: a pesar del establecimiento de una tasa más elevada de crecimiento económico en la UE, la lentitud de su recuperación económica sigue siendo preocupante y justifican la adopción de medidas que amplíen la distancia potencial de crecimiento de Europa y el de sus socios económicos. En este entendimiento, la Exposición de Motivos de las Directrices integradas señala que lograr un mayor potencial de crecimiento y más puestos de trabajo aportará una contribución esencial para el desarrollo sostenible y la cohesión social de la UE, al mismo tiempo que hacen faltan políticas de sostenibilidad social y medioambiental que contribuyan a lograr una economía dinámica y con un elevado nivel de empleo, capaz de desarrollar y aplicar las tecnologías necesarias para proteger la calidad de vida de las generaciones futuras: las Directrices integradas 2005-2008 proporcionan a los Estados miembros una orientación más específica centrada en el crecimiento y el empleo al mismo tiempo que una

flexibilidad para elegir las respuestas locales más idóneas para sus tareas de reforma.

El relanzamiento de la estrategia de Lisboa recogido en las Directrices integradas tiene por objeto proponer las respuestas adecuadas a estas tendencias, definiendo una estrategia para hacer frente a un crecimiento relativamente débil y una creación de empleo relativamente insuficiente.

Dado que las políticas macroeconómicas, microeconómicas y de empleo están interrelacionadas y deben reforzarse mutuamente, las Directrices integradas se presentan en un único documento con dos partes, denominado Directrices integradas para el crecimiento y el empleo 2005-2008.

La primera de ellas se refiere a las Directrices generales para las políticas económicas e incluye la Recomendación de la Comisión relativa a las Directrices generales para las políticas económicas, aplicable a todos los Estados miembros y a la Comunidad. Se ofrecen orientaciones acerca de las políticas macroeconómicas y microeconómicas de los Estados miembros y la Comunidad en los ámbitos que presentan el mayor potencial de incremento del crecimiento y el empleo.

Estas Directrices son un total de 16 y se dividen, a su vez, en Directrices macroeconómicas y microeconómicas. Al primer grupo pertenecen las 6 primeras: garantizar la estabilidad económica para un crecimiento sostenible; salvaguardar la sostenibilidad económica y presupuestaria; promover una asignación eficiente de los recursos; promover una mayor coherencia entre las políticas macroeconómicas y estructurales; garantizar una evolución de los salarios que contribuya a la estabilidad macroeconómica y el crecimiento y , finalmente, contribuir al dinamismo y el buen funcionamiento de la UEM. Las Directrices microeconómicas son las número 7 al 16: incrementar y mejorar las inversiones en investigación y desarrollo, en particular, en el sector privado, para crear un espacio europeo del conocimiento; facilitar la innovación en todas sus formas; facilitar la difusión y la utilización eficaz de las TIC y construir una sociedad de la información plenamente integradora; reforzar las ventajas competitivas de la base industrial; fomentar la utilización sostenible de los recursos y reforzar las siner gias entre la protección del medio ambiente y el crecimiento; desarrollar y profundizar el mercado interior; garantizar la apertura y la competitividad de los mercados dentro y fuera de Europa y cosechar los frutos de la globalización; hacer más competitivo el entorno de las empresas y fomentar la iniciativa privada mediante la mejora de la reglamentación; fomentar una mayor cultura empresarial y crear un entorno más propicio para las PYME; ampliar , mejorar y conectar las infraestructuras europeas y terminar los proyectos transfronterizos prioritarios.

Las Directrices para el Empleo tienen, por su parte, el objetivo de favorecer el pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad del

trabajo y el refuerzo de la cohesión social y territorial. Abarcan desde la número 17 a la 24 y son las siguientes [8]:

a) Aplicar políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad del trabajo y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial. Los objetivos propuestos son lograr antes de 2010 una tasa de empleo del 70%, una tasa de empleo femenino no inferior al 60% y una tasa de empleo del 50% para los trabajadores de más edad.

b) Promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida mediante una actuación sobre el empleo de los jóvenes, reduciendo el paro juvenil; una actuación decidida para incrementar la participación femenina y reducir las diferencias existentes entre hombres y mujeres en materia de empleo, desempleo y remuneración; una mejora de la conciliación de la vida familiar y profesional y la provisión de servicios accesibles y asequibles de asistencia infantil y cuidado de personas dependientes; la mejora de las condiciones de salud en el trabajo y medidas de incentivación del trabajo y disuasorias de la jubilación anticipada y la modernización de los sistemas de protección social, incluidas las pensiones y la asistencia sanitaria.

c) Garantizar unos mercados de trabajo inclusivos, aumentar el atractivo del trabajo y hacer que el trabajo resulte remunerador para los solicitantes de empleo, en especial para las personas desfavorecidas y las inactivas, incidiendo en la orientación y formación en el marco de programas personalizados, en una revisión constantes de los incentivos y de las medidas disuasorias derivadas de los regímenes fiscales y de prestaciones y el desarrollo de nuevas fuentes de empleo, en particular , en el ámbito local.

d) Mejorar la adecuación a las necesidades del mercado de trabajo mediante la modernización y fortalecimiento de los servicios de empleo, la supresión de los obstáculos a la movilidad de los trabajadores en Europa dentro del marco de los Tratados, una mejor previsión de las necesidades de cualificación, los déficit y el estrangulamiento del mercado de trabajo y la gestión adecuada de las migraciones económicas.

e) Promover la flexibilidad combinada con la seguridad en el empleo y reducir la segmentación del mercado, prestando la debida atención al papel de los interlocutores sociales, mediante la adopción de medidas que incidan en la revisión de la legislación so-

[8] Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2005/600/CE). Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de agosto de 2005 (L 250/21).

bre empleo, en particular, sobre las modalidades contractuales y la ordenación del tiempo de trabajo; hacer frente al trabajo no declarado; anticipación y gestión positiva de los cambios, en particular las reestructuraciones económicas y la apertura de los mercados, con el fin de minimizar los costes sociales y favorecer la adaptación; el fomento de métodos de or ganización del trabajo innovadores, que mejoren la calidad y la productividad incluyendo la salud laboral y la facilitación de las transiciones en materia de categoría profesional, incluidas la formación, la actividad profesional autónoma, la creación de empresas y la movilidad geográfica.

f) Asegurar una evolución de los costes laborales y establecer mecanismos de fijación de salarios que favorezcan el empleo, alentando a los interlocutores sociales a establecer un marco adecuado para la negociación salarial que tome en consideración los desafíos de la productividad y el mercado de trabajo y revisando la incidencia sobre el empleo de los costes laborales no salariales con el objeto de reducir la presión fiscal sobre los trabajadores con salarios reducidos.

g) Ampliar y mejorar la inversión en capital humano mediante acciones en educación y formación, reducción del número de alumnos que abandonan la escuela prematuramente y diseño de estrategias eficaces de aprendizaje permanente accesible a todos en escuelas, empresas y Administraciones Públicas.

h) Adaptar los sistemas de educación y formación en respuesta a las nuevas exigencias en materia de competencia aumentando y garantizando la apertura y calidad del nivel de los sistemas de formación y educación; facilitando el acceso de todos a la formación y al conocimiento mediante la or ganización del tiempo de trabajo, los servicios de apoyo a la familia, la orientación profesional y nuevas formas de reparto de costes, y respondiendo a las nuevas necesidades profesionales, las competencias clave y las necesidades futuras en materia de cualificaciones.

III. LOS PLANES NACIONALES DE ACCIÓN PARA EL EMPLEO: LOS PLANES DE EMPLEO DEL REINO DE ESPAÑA

En España, el primer Plan de Acción para el Empleo fue presentado por el Gobierno el 15 de abril de 1998. Supuso la traslación de las directrices establecidas en el Consejo de Luxembur go. En esencia, se pretendía mantener y profundizar el diálogo social, incrementar las políticas activas de empleo, impulsar una cultura empresarial, en especial, de las PYMES, desarrollar un nuevo programa nacional de formación profesio-

nal, potenciar la estabilidad en el empleo y mejorara la incorporación efectiva de la mujer al mercado laboral.

El Plan de Acción para el Empleo de 1999 incluyó un seguimiento de las actuaciones llevadas a cabo en 1998. Sus objetivos iban dirigidos a consolidar una estrategia basada en las políticas activas de empleo, apoyar la estabilidad en el empleo a través de la ampliación de recursos públicos de fomento de la contratación indefinida, impulsar la actividad de las PYMES, a través de la fiscalidad, simplificar los trámites administrativos y potenciar el empleo estable a tiempo parcial, así como favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado de trabajo mediante la conciliación de la vida laboral y familiar . Finalmente, se introdujo una nueva directriz para promover un mercado laboral abierto a todos, con el objeto de luchar contra la discriminación laboral, atendiendo especialmente el caso de la integración de los inmigrantes.

El Plan de empleo para el año 2000 vio la luz en el mes de abril y contenía una nueva directriz referida a colectivos desfavorecidos: se introducía la intención de desarrollar actuaciones y medidas de apoyo para discapacitados, inmigrantes y colectivos desfavorecidos en colaboración con las administraciones implicadas, interlocutores sociales, las or ganizaciones representativas del sector y organizaciones no gubernamentales.

Para el año 2001, el plan aprobado también en el mes de abril, redujo el número de directrices de 21 a 18, estructuradas en torno a los cuatro pilares comunitarios de acción, completadas con un nuevo instrumento, el Plan de Acción para la Inserción, cuyo objetivo era nuevamente luchar contra las situaciones de exclusión social con acciones paralelas y complementarias a las que se desarrollan a través de los planes de acción para el empleo.

En el Consejo de Ministros de 26 de abril de 2002 se aprobó el Plan de Acción para el año 2002, quinto plan y el que culminaba la primera fase de la estrategia europea del empleo con, a juicio del gobierno, notables éxitos para España. Se continuaba con los esfuerzos en políticas activas e incidiendo en la creación de empleo y en la mejora de su calidad, en la adopción de medidas que redujeran la temporalidad mediante el fomento del empleo estable e incrementando las posibilidades de integración laboral de los colectivos con mayores dificultades de inserción. Y se acentuaban las actuaciones en materia de mujeres y mayores, apoyando activamente la participación de los mayores en el mercado de trabajo, al incluir, de acuerdo con la estrategia europea de empleo, medidas para la puesta en marcha de políticas que incentiven su contratación y el mantenimiento de la actividad de los mayores. En lo que respecta al otro de los colectivos a los que el Plan de Empleo dedica especial atención, el de mujeres, las actuaciones se dirigían, fundamentalmente, a su participación en las acciones de inserción laboral, a la contratación estable, la

promoción del empresariado femenino y la aplicación del Plan Integral de Apoyo a la Familia. Se ponía en marcha, además, el Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres.

Finalmente, el 19 de septiembre de 2003, el Consejo de Ministros adoptó el Plan de Acción para el empleo del Reino de España para 2003, con el objetivo prioritario de ayudar a los desempleados a encontrar un empleo, dando comienzo a la nueva etapa de la Estrategia Europea de Empleo para el periodo 2003-2006, en la cual las directrices se reducían y simplificaban. El nuevo plan contiene 10 directrices que integran las aportaciones de los distintos ministerios implicados. Se pretende una mayor estabilidad, con menos cambios interanuales. El nuevo Plan se estructura en torno a tres objetivos básicos: lograr el pleno empleo, mejorar la calidad y la productividad y reforzar la cohesión y la inclusión social.

El Plan de acción para el empleo 2004 reproduce las mismas directrices señaladas en el plan 2003, tal y como ocurre con las Directrices europeas al respecto: medidas activas y preventivas a favor de desempleados y trabajadores inactivos, creación de puestos de trabajo y espíritu de empresa, así como el objetivo de facilitar el cambio y promover la adaptabilidad y la movilidad en el mercado de trabajo, promover el desarrollo del capital humano y la educación permanente, aumentar la oferta de mano de obra y promover la prolongación de la vida activa, conseguir la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, promover la integración de las personas desfavorecidas en el mercado de trabajo y combatir su discriminación, hacer rentable el trabajo mediante incentivos al empleo, regularizar el trabajo no declarado, y , finalmente, hacer frente a las disparidades regionales en materia de empleo.

Se reconoce en este Plan 2004 que a pesar del crecimiento satisfactorio que ha experimentado la economía española en los últimos años, el modelo de crecimiento aplicado es de una gran debilidad por su baja productividad, lo que indudablemente pone en cuestión los objetivos de progreso y de bienestar de la sociedad española. Y ello lleva a que uno de los objetivos básicos del programa sea impulsar el crecimiento de la productividad, pero partiendo de premisas que combinan la libertad económica y la menor injerencia pública, prácticas tradicionales propias de economías de corte neoliberal, con un crecimiento basado en el esfuerzo económico del Estado y de la creación de un entorno favorable a la investigación, el desarrollo y la innovación. Todo ello con la intención de que las acciones previstas efectivamente se dirijan a la creación de empleo de una mayor calidad, no a la simple disminución de la tasa de desempleo a través del aumento de la competitividad de las empresas y productividad, al margen de sus implicaciones sociales.

IV. EL PLAN DE REFORMAS DEL REINO DE ESPAÑA

De acuerdo con el procedimiento establecido en las nuevas Directrices integradas para el crecimiento y el empleo, antes del 15 de octubre de 2005 los Estado miembros debían presentar sus planes de reforma ante las Instituciones comunitarias. El Programa Nacional de Reformas de España, denominado Conver gencia y Empleo, veía la luz el 13 de octubre de 2005. Estos programas de reformas debían ser documentos políticos de previsión que establezcan una estrategia completa de tres años para llevar a cabo las directrices integradas que generarán empleo y crecimiento. Estos programas debáis comenzar con una presentación del contexto socioeconómico de cada país e identificara las prioridades clave para emprender las acciones, a partir de un análisis de las Directrices integradas de la Comisión y de explicación del papel a desempeñar en el contexto interior general de cada país, así como para señalar las funciones y responsabilidades de los principales agentes, en concreto, de las autoridades públicas y los actores sociales a todos los niveles [9].

El Programa Español de Reformas se construye sobre siete grandes objetivos que se concretan, a su vez, en siete grandes ejes de actuación, que se corresponden con las Directrices macroeconómicas, microeconómicas y de empleo.

Los objetivos concretos del programa son los siguientes: reducir significativamente la ratio de deuda pública en relación al PIB, hasta un 34% en 2010; aumentar la red ferroviaria hasta los 35 km/1000 km ^{2} en 2010 (32 en 2008) y reducir la tasa de accidentalidad en carretera en un 40% en 2010; reducir a la mitad (hasta el 15%) la tasa de abandono escolar prematuro en 2010; duplicar la inversión en I+D hasta el 2% del PIB en 2010 y converger con Europa en Sociedad de la Información; mejorar la posición española en relación con los indicadores de competencia, convergiendo en 2010 con la media europea en los casos en los que no se alcance ésta; aumentar la tasa de empleo femenino desde el 48% hasta el 57%, superando la media europea, reducir la tasa de desempleo juvenil desde el 22,1% hasta el promedio actual de la UE (18,6%) en 2010, así como reducir la siniestralidad laboral; aumentar la creación de empresas en un 25% mediante el fomento del espíritu emprendedor , especialmente entre jóvenes y mujeres. Además, en el marco de un modelo de desarrollo sostenible, se añade un objetivo adicional de carácter transversal: aumentar la eficiencia energética y reducir las emisiones de CO_2 desde el 40% hasta el 24% entre 2008 y 2012.

---

[9] «Orientaciones integradas para el Crecimiento y el Empleo 2005-2008», Red.es, Actualidad Europea sobre la sociedad de la información. Observatorio de las Telecomunicaciones y la sociedad de la información, 23 de mayo de 2005.

Con el fin de lograr estos objetivos, se vertebra la política económica en torno a siete ejes fundamentales que conforman el Programa de Reformas:

El eje número 1 es el constituido por el refuerzo de la estabilidad macroeconómica y presupuestaria, dentro del cual se proponen medidas de reforma fiscal y tributaria, reorientación del gasto público hacia gasto productivo, reforzamiento de la corresponsabilidad con las Comunidades Autónomas y la reforma de las prestaciones sociales para promover la sostenibilidad del sistema de pensiones; la racionalización del gasto sanitario y, finalmente, la mejora de la competitividad y del déficit exterior .

- El segundo eje es el constituido por el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte (PEIT) y el Programa Agua, que pretende impulsar el desarrollo económico y la competitividad aprovechando la inversión en infraestructura como factor de incremento de la productividad, así como fortalecer la cohesión social y territorial y un uso racional y eficiente del agua, en cumplimiento de las directrices comunitarias al respecto.
- El tercer eje se refiere al aumento y mejora del capital humano, incidiendo de modo especial en el sistema educativo, tanto en la educación infantil y obligatoria, como en la enseñanza superior , mejorado el número y la calidad de la formación de los titulados superiores en ciencias, matemáticas y tecnología, y en la formación permanente, ya que permite la mejora del empleo actual y futuro.
- El cuarto eje es la Estrategia de Investigación, Desarrollo e Innovación (INGENIO 2010). Se pretende invertir más recursos en I+D+i, con aumento del sector privado y un fomento de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación a todos los niveles, desde el propio nivel familiar .
- El quinto eje es el relativo a la mayor competencia, mejor regulación, eficiencia de las Administraciones Públicas y competitividad, incidiendo en mediadas de defensa de la competencia, protección de los consumidores y usuarios, modernización de las Administraciones Públicas e internacionalización de las empresas españolas hacia países con elevado potencial de crecimiento o tamaño.
- El sexto eje es el que se refiere de modo explícito al mercado de trabajo y al Diálogo Social. Se proponen medidas para incrementar el empleo de jóvenes, aumentar el nivel de empleo femenino y eliminar su discriminación laboral, favorecer la conciliación entre la vida laboral y personal, la puesta en marcha de la Ley de Autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia. Asimismo, se proyectan medidas dirigidas a apoyar la prolongación de la vida activa y la modernización de los sistemas de pro-

tección social; e mejora del funcionamiento de las instituciones del mercado de trabajo y del servicio público de empleo; reducción de la temporalidad; promoción del trabajo autónomo y la economía social, mejora del sistema de salud y seguridad en el trabajo y apoyo al mantenimiento y consolidación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva.

Finalmente, el eje número siete está constituido por el Plan de Fomento empresarial, cuyos objetivos son potenciar la iniciativa emprendedora en toda la sociedad, aumentar la creación de empresas innovadoras y de base tecnológica, simplificar el entorno administrativo y jurídico de desarrollo empresarial y aumentar la presencia internacional de las empresas españolas.

El programa establece una revisión anual y un sistema de evaluación. Las revisiones se han producido con carácter trimestral. La última evaluación publicada es la de marzo de 2007. Se puede consultar en la siguiente dirección http://empleo.mtas.es/empleo/observatorio/default.htm

Comunicación a la Ponencia General

LA FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA *«ANTICIPATIVA-PREVENTIVA»* DE LOS TRABAJADORES: UN OBJETIVO GENERAL DE LA POLÍTICA DE EMPLEO PENDIENTE DE DESARROLLO

DAVID MORENO MENDOZA
Becario Programa Nacional F.P.U. Ministerio de Educación
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. LA «ANTICIPACIÓN DEL CAMBIO» COMO OBJETIVO GENERAL DE LA POLÍTICA DE EMPLEO.–1. La significación del artículo 2.c), segundo párrafo, de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. 2. Las insuficiencias del desarrollo normativo de este objetivo y su repercusión sobre el colectivo de trabajadores que puede ser afectado por las reestructuraciones de plantilla.—III. RECIENTES TENDENCIAS EN EL DESARROLLO DEL OBJETIVO. 1. El Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo. 2. El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007.—IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La presente comunicación pretende analizar la significación jurídico-laboral que ostenta la *«anticipación del cambio»* como objetivo general de la vigente política de empleo, para profundizar en el escaso estudio científico-jurídico que se ha efectuado sobre el mismo y para demostrar la relevancia que tal objetivo representa como política activa de empleo [1]. Para ello, en primer lugar, se procede a comentar la interpretación jurídico-política que debe atribuirse al segundo párrafo del artículo 2.c) de la Ley 56/2003, de Empleo, habiendo sido necesario analizar la génesis de este objetivo en su tramitación parlamentaria y comentar la política comunitaria sobre formación profesional permanente, reestructuraciones y empleo, puesto que la comprensión de la misma es trascendental para conocer los retos que en materia de formación profesional continua pretende alcanzar nuestra actual Ley de Empleo al consagrar este objetivo. Posteriormente, se analiza el impacto normativo que tal objetivo debería haber tenido en el desarrollo de la vigente Ley de Empleo, haciendo una mención especial a los efectos que la insuficiente concreción práctica de este objetivo ha recibido y su repercusión sobre el colectivo de trabajadores que puede ser afectado por las reestructuraciones de plantilla. En segundo lugar, se ha estudiado el reciente Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo, puesto que es un resultado de la necesidad de desarrollar debidamente el objetivo comentado y por su actualidad y trascendencia práctica era significativo analizar, ya que deroga la anterior normativa sobre

---

[1] *Cfr.:* Trujillo Villanueva, F.: «Políticas de prevención y políticas de activación»; en Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (Dir.); Calvo Gallego, F. J. y Morales Ortega, J. M. (Coords.): *«Lecciones de Derecho del Empleo»*. Ed. Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 2006, p.: 377. Que representa la única obra doctrinal que comenta la incorporación de este objetivo como general de la política de empleo, si bien no analiza la totalidad de la significación del contenido del mismo. En este mismo sentido, *Cfr.:* Molina Hermosilla, O. y Molina Navarrete, C.: «Más acá y más allá del Trabajo: comentario a la Ley 56/2003, de Empleo». C.E.F., *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 251, vol. 2.º, 2004, p. 41.

el subsistema de formación profesional continua. Asimismo, se ha reflexionado sobre la importancia del nuevo Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva del 2007 a los efectos del presente estudio y que permite corroborar las conclusiones y reflexiones finales que se han obtenido, las cuales se contienen en la parte final.

II. LA *«ANTICIPACIÓN DEL CAMBIO»* COMO OBJETIVO GENERAL DE LA POLÍTICA DE EMPLEO

1. La significación del artículo 2.c), segundo párrafo, de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo

Para valorar la trascendencia de este objetivo deben ser analizados diversos elementos hermenéuticos (*ex* artículo 3.º1. del Código Civil). Primeramente, debe partirse del dato fáctico referente a que el proyecto de Ley de Empleo presentado por el Gobierno a las Cortes Generales se limitaba a reconocer, entre los objetivos generales de la política de empleo, un parcial enfoque preventivo para evitar el desempleo de lar ga duración, centrándose únicamente, a estos efectos, en potenciar la ocupabilidad de los ya desempleados. Sin embargo, a raíz de una de las enmiendas presentadas [2] aprobada posteriormente por Dictamen de la Comisión de Política Social y Empleo [3] se innovó y se corrigió así la falta de ambición de la que adolecía la versión del proyecto en el que «quedaba defraudado el enfoque preventivo, por cuanto las acciones formativas que éste recogía frente al desempleo tenían en su totalidad como destinatarios a sujetos que *ya* habían caído en esta situación» [4]. Por tanto, la aprobación de la enmienda reseñada no debe ser considerada como una mera consecuencia del proceso parlamentario para la aprobación de la Ley , sino que la relevancia de su significación justificó, muy probablemente, su adopción como uno de los objetivos generales de la nueva política de empleo del Estado Español.

---

[2] «Enmienda núm.: 145, del Grupo Parlamentario Socialista», cuya motivación era precisamente que «la prevención exige de medidas que eviten o eliminen el riesgo de que se produzca el daño, en este caso la situación de desempleo. El Proyecto de Ley que sitúa en una fase en la que el riesgo *ya* se ha producido, por ello, y *puesto que nos encontramos en el enfoque preventivo* deben recogerse las acciones de prevención como objetivos *también* a perseguir por la política de empleo, que comprenderán todas aquellas destinadas a mejorar la *empleabilidad* y adaptabilidad del *trabajador*, como medios eficaces de mantenimiento del empleo, de fomento de su calidad y garantía de mejora de la productividad y competitividad de nuestro mercado laboral». *Vid*. *B.O.C.G*. *Congreso de los Diputados*, núm. 169-5, Serie A, de 26 de septiembre de 2003, p.: 59. Asimismo, *Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, de 1 de octubre de 2003, núm. 831, p. 26104.

[3] «Dictamen de la Comisión de Política Social y Empleo». *B.O.C.G*. *Congreso de los Diputados*, núm. 169-7, Serie A, de 9 de octubre de 2003, p. 97.

[4] Molina Hermosilla, O. y Molina Navarrete, C.: «Más acá y más allá del Trabajo: ...», *op*. *cit*., p. 41.

Centrándonos en el objetivo específico que constituye el objeto de estudio del presente trabajo, hay que comentar que resulta esencial para comprender debidamente el objetivo de la *«anticipación del cambio»*, tener en cuenta que el artículo 2.c) de la Ley de Empleo contiene no sólo el enfoque preventivo comentado, sino que también configura como objetivo general de la política de empleo a aquél objetivo que cualitativamente debe ser diferenciado por su propia especificidad y finalidad jurídico-política inherente al mismo. A estos efectos, considero que tal diferenciación no se debe atribuir a un ejercicio de retórica por parte del legislador, sino que cabe interpretar que dicho precepto legal pretende dotar a las políticas activas de empleo de un contenido —más ambicioso— que la anterior Ley Básica de Empleo 51/1980, de 8 de octubre, carecía [5].

Atendiendo a los sujetos destinatarios de la política de empleo *ex* artículo 2.c) de la Ley de Empleo y teniendo en cuenta las acciones a realizar, se constata nítidamente que, por un lado, uno de los objetivos —primer párrafo del precepto citado— es «adoptar un enfoque preventivo frente al desempleo, especialmente de larga duración». Este objetivo se dirige «a los *desempleados*», siendo las acciones destinadas a cumplir con tal objetivo, «facilitando una atención individualizada», «acciones integradas de políticas activas que mejoren su *ocupabilidad*», reforzándose su mandato con la previsión contenida en el artículo 24 de la Ley de Empleo. Tal objetivo, en relación con lo establecido en dicho precepto legal, ha sido suficientemente comentado por nuestra doctrina científica [6]; por lo que el

---

[5] La cual ya recibió las fundadas críticas de nuestra doctrina en atención a su obsolescencia precisamente porque «no previó lo que se avecinaba, en especial, referido a la nueva tecnología» y porque se centraba básicamente en el «remedio». *Vid.*: PÉREZ PÉREZ, M.: «Formación profesional y nuevos sistemas tecnológicos»; en RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y MARTÍN VALVERDE, A.: *«Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea»*. V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, Madrid, p.: 325. También critican las carencias de la derogada Ley Básica de Empleo en materia de capacitación de la población trabajadora en atención al contexto socioeconómico: PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *«Reforma de la legislación sobre empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo)»*. Bufete Abdón Pedrajas Abogados Asociados, Madrid, 2003, p. 3.

[6] LUJÁN ALCARAZ, J.: «La Ley (básica) de empleo de 2003». *Aranzadi Social*, núm. 20, 2004, BIB 2004\83, p.: 4. y p.: 10. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El nuevo Derecho del empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo». *Aranzadi Social*, núm. 19, 2003, BIB 2003\1555, p.: 10 y p.: 14. PURCALLA BONILLA, M. A.: «El Derecho del Empleo y la Ley de Empleo». C.E.F., *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 262, 2005, pp.: 151-152. MONTOYA MELGAR, A. y CRISTÓBAL RONCERO R.: «*Comentario a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*». Ed. Civitas, colección Estudios de Derecho Laboral, Madrid, 2004, p.: 35 y ss. PRADOS DE REYES, F. J. y SAEZ LARA, M.ª C. (*et. al.*): «Empleo y formación: la instrumentación de la formación profesional al servicio de la política de empleo»; en MOLINA NAVARRETE, C. (Coord..): « *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos»*. XXIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo, Ed. Mergablum, Sevilla, 2005, p.: 310. MOLINA HERMOSILLA, O.: *«La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemáti-*

presente estudio se ceñirá a analizar , dado que la doctrina no ha reflexionado aún profundamente sobre la significativa trascendencia que representa el objetivo de la *«anticipación del cambio»* como otro de los objetivos generales de la política de empleo, que cabe considerar que el mismo es digno del debido estudio teniendo en consideración su íntima conexión con uno de los objetivos prioritarios de la *Estrategia Europea para el Empleo*; porque tal objetivo constituye una de las prioridades «muy pertinentes» de la indicada estrategia europea [7]. Y es que, efectivamente, resulta que, además, en el segundo párrafo del precepto legal comentado —pero no por ello menos importante— se configura y se constituye este otro objetivo general de la política de empleo que debería implicar que esta política estatal y autonómica tienda a adoptar un enfoque preventivo frente al desempleo «y de *anticipación del cambio*», siendo, en este caso, el «*trabajador*» el sujeto sobre el cual se proyecta tal objetivo, explicitando la propia ley que tal objetivo se pretende conseguir «a través de *acciones formativas* que faciliten al trabajador el mantenimiento y la mejora de su calificación profesional, *empleabilidad* y, *en su caso*, recalificación y adaptación de sus competencias profesionales a los requerimientos del mercado de trabajo».

Para comentar e interpretar con las debidas garantías hermenéuticas el alcance de este objetivo debe acudirse no sólo a su tramitación parlamentaria —en la que, por cierto, no se motiva totalmente la incorporación de la *«anticipación del cambio»* como objetivo general de la política de empleo, a pesar de ser un objetivo cualitativamente diferente del referente al «enfoque preventivo» por las razones explicitadas—, sino que necesariamente hay que remontarse a los orígenes de la significación de lo que cabe entender por *anticipación del cambio,* que debe ser considerado un concepto acuñado por la política comunitaria en materia de formación profesional permanente, empleo y reestructuraciones; sin olvidar tampoco la reciente evolución del mismo acorde con la realidad comunitaria sobre esta materia. Dicho término jurídico-político comunitario se consolidó mediante la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 5 de junio de 1989, sobre la Formación Profesional Permanente [8], gracias a la cual se confirmó expresamente que, entre otras funcio-

---

ca». Ed. Mergablum, Sevilla, 2005, pp.: 187-188. S OBRINO GONZÁLEZ, G. M.: *«La política de colocación»*. Bomarzo. Albacete, 2006, pp.: 47-49 y ss. F ERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: «La política de empleo comunitaria»; en G ARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *«La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español»*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2005, pp. 592-596.

[7] *Cfr.:* apartado 2.1.2. de la Comunicación de la Comisión *«Reestructuraciones y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea»*. En este sentido, se establece que «de acuerdo con esta orientación, la Estrategia Europea para el Empleo fomentará *más* aquellas políticas nacionales que contribuyan a anticipar y acompañar las reestructuraciones».

[8] Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 15/06/1989.

nes que desempeña esta formación, una muy relevante es su «*función preventiva para anticipar* las posibles consecuencias negativas de la realización del mercado interior *y* para superar las dificultades que deben afrontar los sectores y empresas en curso de *reestructuración* económica o tecnológica». La referida resolución no fue baladí, porque desde entonces, el Consejo invitó a los Estados miembros a fomentar y desarrollar , si bien teniendo en cuenta las competencias de derecho interno de las partes afectadas, entre otras medidas, la «*función preventiva de la formación profesional permanente* facilitando su acceso a las categorías de trabajadores *amenazados* en su empleo como consecuencia de los procesos de *reestructuración* económica o tecnológica». Por ello, como asentó C ASAS BAAMONDE, a causa de esta necesidad constante de afrontar desde el ordenamiento jurídico-laboral la realidad productiva y los cambios tecnológicos y organizativos, se requería dotar a la formación profesional de los trabajadores de *una nueva y vigorosa dimensión* que reforzara la *clásica* función preventiva de la formación profesional continua, para preparar a los mismos frente a las nuevas e imperantes exigencias empresariales [9]. Sin embargo, este objetivo —que debería haberse desarrollado desde entonces por nuestra normativa interna— no recibió ni siquiera el tratamiento legislativo que merecía hasta su incorporación como uno de los objetivos generales de la política de empleo consagrado en el artículo 2.c), segundo párrafo, de la vigente Ley de Empleo de finales del 2003; ya que el significado de la *anticipación del cambio* contenido en la Ley de Empleo es el explicado por la Resolución citada.

Por ende, este contenido de la anticipación del cambio es la *nueva dimensión* que, a mi juicio, nuestra actual Ley de Empleo pretende adoptar en las acciones formativas dirigidas a los trabajadores, porque atendiendo a la realidad industrial y de prestación de servicios imperante en el contexto de la globalización económica ya no se trata únicamente de reinsertar en el mercado de trabajo a los desempleados —que sin duda sigue siendo necesario— ni de prevenir el mismo readaptando y recalificando las competencias profesionales de los trabajadores según los requerimientos del mercado de trabajo una vez ya — *ex post*— se han producido (dimensión preventiva *clásica* de la formación profesional continua); sino que, además de todo ello, debe dotarse a la política activa de empleo y, en concreto, a la formación profesional permanente des-

[9] CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Formación y estabilidad en el empleo: la formación continua y su «función preventiva»». *Relaciones Laborales*, vol. II, 1992, p.: 87 y ss. Sobre la formación preventiva como política de gestión anticipada del empleo y de las cualificaciones, en una dinámica de gestión preventiva del empleo en la que la formación profesional de los trabajadores es un instrumento fundamental para adaptar las cualificaciones a la evolución de los empleos antes de que se produzcan fenómenos de obsolescencia profesional de los trabajadores *vid*. MARTÍN PUEBLA, E.: *«Formación profesional y contrato de trabajo. Un estudio sobre la adquisición de cualificación profesional a cargo de la empresa»*. La Ley. Madrid, 1998, pp. 88-96.

tinada a los trabajadores de este nuevo y vigoroso objetivo que constituye un indispensable complemento a la tradicional función preventiva que cumple la formación profesional continua, el cual es precisamente el que ésta se enfoque también a la « *anticipación del cambio»* a través de acciones formativas específicas de alta calidad que le permitan al trabajador estar suficientemente cualificado *ex ante* para afrontar *anticipativa-preventivamente* los cambios tecnológicos y or ganizativos empresariales para ser empleable en todo momento en el mercado laboral sin verse en situación de desempleo, a pesar de ser afectado por una reestructuración de la plantilla de la empresa en la que venía prestando sus servicios laborales. Esta interpretación de la significación de la *«anticipación del cambio»* vendría, además, corroborada, en la actualidad, si examinamos el contenido que la propia política comunitaria le atribuye al mismo, la cual es representada por la Comunicación de la Comisión sobre las «Reestructuraciones y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea» [10], junto con el Informe del Parlamento Europeo «sobre las reestructuraciones y el empleo»[11], los cuales son los actos comunitarios principales que permiten dotar de tal contenido y confirmar la interpretación comentada sobre el alcance y significación de este objetivo previsto en nuestra vigente Ley de Empleo.

Por consiguiente, es factible considerar que el citado objetivo significaría que el Estado y las Comunidades Autónomas *ex* artículo 1 y concordantes de la Ley de Empleo (especialmente, en aplicación del mandato contenido en su artículo 23.1. y 25.1.b), teniendo en cuenta especialmente el mandato del artículo 40.2. de la Constitución Española, si bien entendiendo que tal objetivo representa una *nueva* dimensión de este principio constitucional en materia de empleo —por lo que a la formación profesional se refiere— deberían adoptar, entre otras acciones formativas, unas específicas en desarrollo y concreción práctica del objetivo establecido en el segundo párrafo del artículo 2.c) de la Ley de Empleo, con la finalidad de que los trabajadores estén debidamente formados y cualificados permanentemente *ex ante* a los cambios que implican las reestructuraciones de plan-

---

[10] COM (2005) 120 final, de 31 de marzo de 2005. Asimismo, *vid*.: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión reseñada: DOUE de 17 de marzo de 2006 (2006/C 65/12). Un excelente análisis de la significación de esta comunicación puede estudiarse en M onereo Pérez, J. L.: «Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas»; en AA.VV.: *«XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social —Ponencias»—*. Ed. Laborum, Murcia, 2005, pp.: 7-195. También, *vid*.: Rojo Torrecilla, E.: *«Informe sobre política de empleo. Julio-septiembre 2005»*. Consultable en http://www.diba.cat/delfos/arxiu/2005/IPE_2005_Trim_3.pdf, p. 2, en el cual se constata que la «adopción de medidas proactivas para enfrentarse a los cambios económicos y sociales» constituye una de las orientaciones estratégicas de la política de cohesión comunitaria para los años 2007-2013.

[11] 2005/2188 (INI), de 9 de febrero de 2006.

tilla para que en el caso de un posible cese en la prestación de sus servicios en la empresa que les empleaba puedan, a pesar de ello, continuar en activo en el mercado de trabajo sin estar en el desempleo, pudiendo ser empleados inmediatamente en otro puesto de trabajo de otra empresa o actividad. En definitiva, hay que afirmar que dicho objetivo, sin duda loable y cuya necesidad[12] es incuestionable, atendiendo al actual y futuro contexto socio-económico de producción y de prestación de servicios[13], en los que las reestructuraciones de plantilla son constantes por las exigencias inherentes a las necesidades empresariales de competitividad, debe calificarse el mismo como instaurador de una política de empleo cuya especificidad radica en que tal objetivo respondería al intento de resolver *un reto aún no alcanzado*, que es el de la anticipación y gestión del cambio [14].

Aunque no comenta su significación en relación con el artículo 2.c) de la Ley de Empleo, en los términos ar gumentados, siguiendo a M ONEREO PÉREZ, debe explicitarse que para conseguir este reto, por tanto, sería necesario «actuar de modo pro-activo fomentando una educación de los trabajadores que les prepare para el cambio» [15], puesto que las acciones formativas son unas medidas de orden social de carácter preventivo[16] a estos concretos efectos. Así que, el indicado objetivo respondería a la necesidad de fomentar en la política jurídica un cuadro integrado de medidas de reestructuración y de tratamiento de las situaciones de crisis empresarial, dentro de una perspectiva «ofensiva» centrada en un enfoque previsor y pro-activo como procedimiento de *anticipación a los cambios cualitativos en curso*[17]. Y, por ello, considero que, entre ellas, cabría incluir el desarrollo práctico de esta política activa de empleo. Además, hay que

---

[12] En la *«Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España»* del Consejo Económico y Social de 2005, p.: 350, se reconoce que «la trascendencia para el empleo y la cohesión social de un proceso continuo de reestructuraciones ha hecho emer ger la *necesidad de políticas específicas que promuevan la anticipación del cambio* ... situando en primer plano el papel de las instituciones y las políticas europeas».

[13] Un ejemplar estudio sobre las actuales tendencias en la or ganización empresarial y sus consecuencias sobre las instituciones laborales es el elaborado por R IVERO LAMAS, J. (Dir.) y DE VAL TENA, A. L. (Coord.): *«Descentralización productiva y responsabilidades empresariales*. *El Outsourcing»*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2003. Asimismo, *vid*.: MERCADER UGUINA, J. R.: *«Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información»*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002, pp.: 127-133. P ÉREZ AMORÓS, F.: «Retos del Derecho del Trabajo del futuro». *Revista de Derecho Social*, núm. 32, 2005, pp.: 45-78. S ANGUINETI RAYMOND, W.: «Deslocalización empresarial y Derecho del Trabajo: en busca de respuestas». Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, núm. 84, 2006. pp.: 1 1-24.

[14] Así se reconoce expresamente en el apartado 1.2. de la Comunicación de la Comisión *«Reestructuraciones y empleo*. *Anticipar y acompañar las reestructuraciones ... »*.

[15] MONEREO PÉREZ, J. L.: *«Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral»*. Ed. Comares, colección Trabajo y Seguridad Social, núm. 24, Granada, 2006, p.: 53.

[16] *Id*.: *Ibid*. p. 214.

[17] *Id*.: *Ibid*. p. 248. También, *vid*.: LANDA ZAPIRAIN, J. P.: «Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución «socialmente inteligente» de las reestructuraciones de empresas»; en *Relaciones Laborales,* núm. 6, 2005, pp.: 15-64.

resaltar que las acciones formativas para la *«anticipación del cambio»* deberían contener este elemento anticipativo cualitativo específico que las caracteriza y diferencia de las tradicionales acciones formativas de «recalificación y adaptación», puesto que el segundo párrafo del comentado artículo 2.c) de la Ley de Empleo así las configura, debiendo tenerse en cuenta que dicha formación para la readaptación la relega a un lugar secundario *ex post* («en su caso») para cuando no se hayan llevado a cabo eficientemente las acciones formativas inherentes a la «anticipación del cambio» y éste y sus consecuencias ya se hayan materializado.

2. Las insuficiencias del desarrollo normativo de este objetivo y su repercusión sobre el colectivo de trabajadores que puede ser afectado por las reestructuraciones de plantilla

A pesar de la trascendencia del contenido jurídico-laboral y político-social que alberga este necesario objetivo general de la política de empleo consagrado por la actual Ley 56/2003 en cuanto significaría dotar de un nuevo contenido *anticipativo*-preventivo a las acciones formativas de cualificación permanente de los trabajadores, sin embargo, nuestro sistema de formación profesional vigente hasta marzo de 2007 no preveía debidamente el desarrollo de tal objetivo en su configuración jurídico-normativa. Una razón fáctica que manifestaba este desajuste normativo entre la significación de este objetivo de la política activa de empleo y la normativa que debería desarrollar el mismo era que tanto la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, por la que se regulan las Cualificaciones y la Formación profesional y, en especial, el Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regulaba el Subsistema de Formación Profesional Continua[18] se aprobaron con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de Empleo, por lo que difícilmente la normativa de formación profesional continua podía prever y desarrollar con la intensidad que requiere y merece ser concretado en la práctica tal objetivo, puesto que éste aún no era un objetivo general de la política de empleo, ya que la entonces vigente Ley Básica de Empleo no lo consagraba.

Por tanto, podía reprocharse que, hasta marzo de 2007, no se había realizado el correspondiente desarrollo reglamentario de la nueva Ley de Empleo[19], ya que no se habían constituido ni desarrollado las acciones formativas específicas que realmente diesen efectividad en la práctica al ob-

[18] Son obras de referencia en materia de formación profesional continua las elaboradas por Sala Franco, T.; Pedrajas Moreno, A.; Lleó Casanova, B.: *«La formación profesional continua de los trabajadores en la empresa»*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005. Aguilera Izquierdo, R.; Cristóbal Roncero, R.; García Piñeiro, N. P.: *«El régimen jurídico de la formación continua»*. Ed. Civitas, colección Estudios de Derecho Laboral, núm. 85, Madrid, 2005.

[19] Así se reconoce en el Informe 1/2005 del Consejo Económico y Social de España, de 26 de enero de 2005, sobre los *«Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo»*, p. 110.

jetivo de la *anticipación del cambio*, existiendo, por consiguiente, una «falta de política *coherente* de formación profesional»[20], siendo, por tanto, una de las reformas necesarias para conseguir la debida calidad de la formación permanente de los trabajadores el «abordar el cambio» [21]. No obstante, debe ponerse de manifiesto que la única influencia positiva que existía de la política comunitaria sobre la anticipación del cambio en nuestra normativa era la regulación que contenía el artículo 16 del Real Decreto 1046/2003, que se plasmó previamente en los Acuerdos Nacionales de Formación Continua[22], en virtud del cual se recogía en la normativa sobre el subsistema de formación profesional continua la posibilidad de que existieran acciones *complementarias y de acompañamiento* a la formación que tuvieran por objeto la investigación y prospección del mercado de trabajo *para anticiparse a los cambios en los sistemas productivos*. Pero, debe considerarse que la relevancia del objetivo comentado no se merece que únicamente fuera traducido en la práctica como una acción complementaria y de acompañamiento —aunque ello es también necesario para conseguir su finalidad— puesto que hay que poner de relieve que sería imprescindible implantar en la normativa de desarrollo de la Ley de Empleo las concretas acciones formativas que faciliten al trabajador la anticipación del cambio, siendo un reto el que no sólo se proclame este principio y objetivo, sino que se haga avanzar en sus aspectos jurídicos específicos y que se pongan en práctica y que se alcancen [23]. En consecuencia, no es suficiente con que se intente anticipar la identificación de las principales cualificaciones que se requerirán a corto, medio y lar go plazo, sino que realmente se ejecuten las acciones que cualifiquen debidamente para ejercer las mismas y que los trabajadores reciban anticipativa-preventivamente las acciones formativas que sean de la necesaria calidad formativa conforme a los requerimientos de cualificación exigidos por las nuevas realidades de la producción industrial y de prestación de servicios que ca-

---

[20] Expresión acuñada por ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: entre la consagración del Estado Social y el efecto de las crisis económicas»; en *Id*. y MIRÓN HERNÁNDEZ, M.ª M.: «*El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*». Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 31.

[21] Equipo Instituto de Formación y Estudios Sociales: «*Situación del aprendizaje a lo largo de la vida en España*». Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Informes y Estudios Empleo, núm. 24, Madrid, 2005, p.: 306. «*Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España*». Consejo Económico y Social, 2005, p. 349.

[22] *Vid*. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La formación profesional continua, entre el diálogo social y la negociación colectiva». *Relaciones Laborales*, vol. I, 2001, p.: 1 11. Debe tenerse en cuenta, como afirma M ARTÍN PUEBLA, E.: «*Formación profesional ...*» *Op*. *cit*., p. 95, que «a pesar de ello, no puede decirse que en el texto del Acuerdo se contengan medidas que supongan realmente un incentivo para el desarrollo de la dimensión preventiva o anticipatoria que puede tener la ejecución de actividades formativas».

[23] Forma de crítica sobre la retórica de los principios en materia de formación profesional de los trabajadores ya destacada por C ASAS BAAMONDE, M.ª E.: «*Formación ...*» *Op*. *cit*., p. 86. Si bien, no se refiere a estas acciones en particular , sino a la normativa de formación profesional continua en general.

racterizan el mercado de trabajo presente y futuro. Aunque no puede negarse que se ha evolucionado considerablemente en el desarrollo de actividades de formación profesional de los trabajadores, sin embargo, debe criticarse que ni siquiera todavía se haya dado total cumplimiento a la clásica función preventiva de la formación profesional continua, puesto que aún existen bajos niveles de cualificación de la población española y cabe considerar que es escasa la participación en formación permanente [24].

Las insuficiencias y carencias de las acciones formativas del anteriormente vigente subsistema de formación profesional continua [25] en cuanto que no existían por su falta de desarrollo unas acciones formativas específicas para dar respuesta a la significación de la *anticipación del cambio ex* artículo 2.c), segundo párrafo, de la Ley de Empleo implica que los colectivos de trabajadores que potencialmente pueden ser —y *de facto* son— afectados por las consecuencias negativas de las reestructuraciones de plantilla[26] no puedan mantener ni mejorar su cualificación profesional *ex ante* siendo especialmente vulnerable la empleabilidad [27] de los trabajadores de mayor edad —en particular, los mayores de 45 años—, los trabajadores relativamente cualificados, los trabajadores discapacitados, los contratados temporalmente y cierto colectivo de mujeres y jóvenes. Es criticable que en la realidad práctica de nuestro contexto político-laboral se haya intentado proteger la empleabilidad de estos trabajadores a través de medidas formativas *ex post* sin haberse puesto en funcionamiento las idóneas a estos efectos que son las anticipativa-preventivas comentadas. Ade-

---

[24] Informe 1/2005 del Consejo Económico y Social de España, de 26 de enero de 2005, sobre los *«Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo»*, p. 9 y 104. Equipo Instituto de Formación y Estudios Sociales: «Situación del aprendizaje ...», *op. cit.*, p. 118. Círculo de Empresarios: *«Formación Profesional: una necesidad para la empresa»*. Círculo de Empresarios, XXX Aniversario, Madrid, 2007, p. 36, en el cual se comenta el «retrasado lugar» que ocupa España al respecto.

[25] *Cfr.* Molina Hermosilla, O.: *«La dimensión jurídica de la política de empleo. ...», op. cit.*, p. 350 y ss., que comenta «los déficit que *aún hoy* rodean a esta vertiente de la formación profesional». *«Memoria sobre la Situación Socioeconómica y Laboral de España»*, Consejo Económico y Social, 2005, p. 308. Asimismo, en el *«Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo»*, Madrid, 7 de febrero de 2006, p. 4, los propios firmantes del acuerdo reconocen que «la participación de los trabajadores en acciones formativas y los niveles de inversión en formación en España son *todavía insuficientes* en comparación con la Unión Europea». También, *vid*. García Gil, M.ª B.: *«Los instrumentos jurídicos de la política de empleo»*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 359.

[26] Entiéndase por «reestructuraciones de plantilla» como la vertiente o manifestación *laboral* de la reestructuración de la empresa en los términos descritos por Martín Valverde, A.: «Reestructuración de empresas y Protección Social»; en AA.VV.: «*Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de empresas*. *XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social»*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, colección Informes y Estudios, serie Relaciones Laborales, núm. 77, Madrid, 2006, p. 1 100.

[27] Sobre la significación de la «empleabilidad» *vid*. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «Empleabilidad y acceso a la formación». *Relaciones Laborales*, Vol. I, 2001, pp. 1 17-125.

más, hay que comentar que tampoco la regulación estatutaria ni su normativa de desarrollo en materia del derecho a la formación profesional del trabajador prevé ni potencia que se pongan en práctica tales acciones formativas, a excepción de las exigencias que en materia de prevención de riesgos laborales impone la normativa sobre salud, seguridad e higiene en el trabajo, o de la necesaria para el ejercicio del puesto de trabajo [28]; y, prueba de ello es que todavía hoy ni siquiera existen obligaciones formativas explícitas, en este sentido, ante la extinción contractual por la vía de los arts. 51 y 52.c) TRLET, que son las vías en las que principalmente se manifiestan las reestructuraciones de plantilla [29]. Por todo ello, sería necesario que en una próxima reforma de la normativa se diera cumplimiento a los objetivos de la Ley de Empleo y que se desarrollase el objetivo explicitado mediante una adecuada regulación que permitiese y facilitase la puesta en funcionamiento de acciones formativas de calidad que tutelen la empleabilidad del trabajador ante estos cambios empresariales, de acuerdo con los argumentos que razonadamente se han abogado sobre esta cuestión trascendental.

III. RECIENTES TENDENCIAS EN EL DESARROLLO DEL OBJETIVO

1. El Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo

Desde hace cierto tiempo se venía comentando que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales pretendía regular un nuevo modelo de formación profesional permanente, con la finalidad de superar los déficit que se detectaban en el hasta hace poco tiempo vigente modelo configurado en el comentado Real Decreto 1046/2003 [30]. Y, por ello, fruto del diálogo social se pactó el *Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo*, de 7 de febrero de 2006 [31] en el que el Gobierno y las Organizaciones Empresariales y Sindicales firmantes reconocieron que debía reformarse el modelo de formación del Estado Español atendiendo a las exigencias requeridas por determinados acontecimientos, siendo uno de éstos, precisamente, la aprobación de la Ley 56/2003 de Empleo, que sitúa a la formación en el centro de las políticas del ámbito laboral que mejor pueden contribuir a la consecu-

---

[28] *Vid. in extenso*: Mirón Hernández, M.ª M.: *«El Derecho a la Formación Profesional del Trabajador»*. CES, Madrid, 2000.

[29] Martín Puebla, E.: *«Formación profesional ...», op. cit.* p. 139-141.

[30] *Cfr.* Molina Hermosilla, O.: *«La dimensión jurídica de la política de empleo. ...», op. cit.*, p. 350. Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, M.: *«Derecho del Trabajo»*. Ed. Ramón Areces, 14.ª ed., Madrid, 2006, p. 575.

[31] Publicado, en parte, como *«IV Acuerdo Nacional de Formación»* en el BOE de 27 de marzo de 2006.

ción de los objetivos del pleno empleo. La finalidad del indicado acuerdo era contribuir al avance de la formación y el aprendizaje permanente, con el fin de pretender corregir las disfunciones del modelo ahora derogado y de potenciar los elementos que permitan progresar aún más en el logro de los objetivos de formación para la mejora de la competitividad, el empleo y el desarrollo personal y profesional de los trabajadores. Con tal loable finalidad, el objetivo fundamental que motivó la conclusión del acuerdo comentado fue integrar la formación profesional ocupacional y continua, orientando ambas al empleo[32], si bien, esta nueva configuración jurídico-legal de la Formación para el Empleo no implicará que la integración de los subsistemas de formación ocupacional y continua suponga su uniformidad o la pérdida de las especificidades y objetivos que justifican la existencia de ofertas diferenciadas y adaptadas a las distintas necesidades de formación.

Asimismo, hay que resaltar que otra de las finalidades del acuerdo citado era la debida potenciación de la calidad de la formación para que el sistema pueda *responder a los cambios constantes que se producen en el entorno productivo*, para dar respuesta a los retos planteados por la Estrategia Europea para la consecución del pleno empleo. Y, con este fin, se pretendía establecer no sólo el control de la mera ejecución de las acciones formativas sino también su calidad y eficacia.

Para dar cumplimiento al acuerdo explicitado, el Gobierno aprobó un proyecto de Real Decreto, que dio origen al actualmente vigente Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, regulador del Subsistema de Formación Profesional para el Empleo (en adelante, RDSFPxE) [33] el cual merece las siguientes consideraciones en relación con el objeto de estudio en esta comunicación. Primeramente, debe comentarse que este novedoso, en comparación con la normativa anterior sobre la materia, RDSFPxE consagra desde el primer momento la necesidad de «potenciar la empleabilidad de los trabajadores en un mundo en constante *cambio*», afirmando que debe tenerse en cuenta para la reforma del sistema de formación profesional los objetivos que a través de la formación pretende conseguir la Ley de Empleo, en consonancia con el desarrollo del aprendizaje permanente postulado por la Unión Europea [34] a través de su consideración como pilar fundamental de la estrategia de empleo para conseguir una economía basada en el conocimiento. En este sentido, es significativo que se establezca expresamente en el RDSFPxE, a diferencia de la anterior normativa, que es

[32] *«Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2006»*. Consejo Económico y Social. Madrid, 2007, p. 331.

[33] BOE de 11 de abril de 2007, que ha derogado, entre otra normativa, el Real Decreto 1046/2003 y el Real Decreto 631/1993. *Vid*. «Disposición derogatoria única». *Vid*. *in extenso:* Camas Roda, F.: «La Formación Profesional en los ámbitos educativo y laboral: análisis tras la LO 2/2006, de Educación, y del RD 395/2007». Thomson/Aranzadi. Navarra, 2007.

[34] Artículo 13.3. de la Decisión núm. 1720/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, por la que se establece un « *programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente*». DOUE L 327/45, de 24 de noviembre de 2006.

necesario que se prevea la existencia de acciones formativas que garanticen la adquisición de competencias por los trabajadores o que les permita formarse en otros sectores económicos distintos a aquel en que despliegan su actividad, «*anticipándose* o reaccionando así a eventuales situaciones de crisis que puedan darse en algún sector y contribuyendo a impulsar de esta manera la libre circulación de trabajadores»[35]. Esta lógica normativa es trascendental puesto que tal reconocimiento expreso representa un avance y desarrollo concreto del objetivo general de la política de empleo de anticipación del cambio que la anterior normativa no contemplaba, por lo que debe ser valorado positivamente puesto que, por fin, se estaría desarrollando este crucial objetivo. Pero, no obstante, hay que advertir que será necesario que tal objetivo se concrete, posteriormente, en la práctica real cotidiana a través del desarrollo eficiente de las necesarias acciones formativas que sean de la calidad debida para cumplir con tal anhelo formativo comentado. En relación con la calidad de las acciones formativas, hay que destacar que el propio RDSFPxE pretende potenciar la misma precisamente para responder a los cambios que ocurren en nuestro entorno productivo, para mantener actualizadas las competencias de los trabajadores.

Por lo que respecta al concreto avance cualitativo que en esta materia se efectúa por el Real Decreto, debe comentarse que su artículo 24.1. *in fine*, en el que se configura un plan de formación dirigido prioritariamente a trabajadores ocupados estableciendo acciones *específicas* para trabajadores de sectores en situación de crisis [36], aunque sería mejorable desde un punto de vista técnico-jurídico, es trascendente puesto que prevé un plan de formación concreto que la anterior normativa no establecía, lo que constataría que, paulatinamente, se estaría dando un cierto desarrollo al objetivo general de la política de empleo comentado, que la normativa precedente de formación profesional no desarrollaba ni concretaba suficientemente al establecer únicamente las acciones complementarias y de acompañamiento comentadas.

2. El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007

Por otro lado, también es significativo traer a colación que el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva del 2007[37], el cual, además de corroborar esta nueva tendencia normativa al afirmar el mismo

---

[35] Exposición de Motivos del *RDSFPxE*.

[36] UGT destaca esta regulación como uno de los elementos positivos del Real Decreto, aunque no se refiere expresamente a este artículo: *«El Real Decreto que regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo, un beneficio directo para los trabajadores»*. Consultable en http://www.ugt.es/actualidad/2007/marzo/e23032007.html.

[37] Resolución de 9 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el «*Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007*». BOE de 24 de febrero de 2007.

que «la nueva regulación (del sistema de formación profesional) introducirá novedades en la formación de los trabajadores y trabajadoras *para responder más adecuadamente* a sus necesidades *y a los cambios del entorno productivo,* y hacerlo de manera más efectiva al integrar la formación de ocupados y parados»[38], debe ser destacado porque representa, en consonancia con anteriores ANC, otro factor progreso para potenciar , si bien desde el plano de la negociación colectiva, el desarrollo del objetivo de conseguir afrontar los cambios, mediante el diálogo social, en general, y la negociación colectiva, en particular , para abordar los cambios en los sectores productivos y en las empresas. Tal es la importancia de este objetivo que en su propio Capítulo I sobre «Balance y consideraciones generales» se afirma que «el principal objetivo del ANC 2007 es dar una visión compartida por las Or ganizaciones firmantes sobre la necesidad de impulsar la competitividad de la economía española, que le permita *afrontar en mejores condiciones los cambios* producidos por la ampliación europea, los procesos de liberalización del comercio mundial, la coyuntura económica y sus efectos en el empleo». En este orden de ideas, hay que destacar que es importante que se subraye que la formación permanente y la mejora de las competencias y cualificaciones «adecuándolas a los términos de los recientes acuerdos en esta materia» constituyan «*elementos de respuesta a los requerimientos del cambio* a tener en cuenta en la negociación colectiva». También, debe comentarse que se pretende dar cumplimiento a la política comunitaria en materia de reestructuraciones empresariales al considerar que las situaciones de dificultad deben ser abordadas teniendo en cuenta, cuando sea posible, la anticipación y valoración de las consecuencias sociales[39]. Por todo ello, también hay que considerar a la negociación colectiva como un instrumento de desarrollo de propuestas en materia de formación con un *enfoque previsor y proactivo de anticipación del cambio*, en relación con la política comunitaria sobre la materia; y , los ANC contribuyen no sólo reconociendo la idoneidad y potencialidad de la negociación colectiva a este respecto, sino también promoviendo que la misma adopte un papel más proactivo en el sentido de que la negociación colectiva debería ir más allá de la «reacción» a posteriori, una vez producidos los cambios, y adoptar una postura de anticipación y gestión del cambio, mediante procesos adecuados de información, consulta y participación de los trabajadores[40].

---

[38] *Vid*. «Capítulo V. 2. *Formación y cualificación profesional*».

[39] *Vid*. «Capítulo V. 3. *Procesos de reestructuración*».

[40] En este sentido, *vid*. Aragón Medina, J. (Dir.): *«El papel de las relaciones laborales en la difusión de las tecnologías de la información y las comunicaciones en España. (Informe de síntesis)»*. Documento de trabajo 2/2004, Fundación 1 de mayo, Madrid, 2004, pp. 8 y 15. La acción sindical en este ámbito es también un reto a potenciar: CC.OO.: *«Guía para la defensa del empleo en empresas en reestructuración mediante estrategias de anticipación y formación»*. CC.OO., Madrid, 2001, p. 73. Asimismo, *vid*. Fusté Miquela, J.

IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Tomando en consideración los razonamientos descritos y ar gumentados en los apartados precedentes, mediante los cuales se ha procurado poner de manifiesto, desde un punto de vista científico-jurídico laboral, la significación, contenido y alcance de la *«anticipación del cambio»* como objetivo general de la nueva Ley de Empleo, cabe concluir a modo de reflexiones finales que a pesar de que la vigente Ley 56/2003 contiene este objetivo general configurador de la política de empleo, y aunque entró en vigor hace varios años, no obstante, no se materializó el trascendental contenido que representa este objetivo en la principal normativa que está predestinada a desarrollar el mismo, que lógicamente, es la referente a la política activa de empleo, siendo su máximo exponente la reguladora de la formación profesional continua de los trabajadores. A lo sumo, la recientemente derogada normativa sobre formación profesional continua habría dado cierto cumplimiento al también objetivo general de la política de empleo referente al «enfoque preventivo» de la formación profesional; pero, la «*anticipación del cambio»* representa un avance cualitativo en materia de política activa de empleo que se diferencia del clásico enfoque anterior precisamente por su carácter anticipativo *ex ante* que refuerza aún más la tradicional función preventiva de la formación profesional continua. En consonancia con la política comunitaria en materia de empleo y aprendizaje permanente[41] y reestructuraciones, el Gobierno, en marzo de 2007, ha intentado dar un paso decisivo en este ámbito con el fin de dotar con la calidad necesaria al sistema de formación profesional de los trabajadores mediante la aprobación del nuevo Real Decreto por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo, el cual aspira a superar las insuficiencias, entre otras disfunciones detectadas, en la falta de desarrollo del objetivo comentado del que adolecía la anterior normativa, siendo relevante el desarrollo práctico que se efectúe de las acciones reguladas en su artículo 24 a través de los «planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados». Además, el ANC 2007 reta intensamente, en este sentido, a la negociación colectiva a conseguir que se desarrolle en la práctica negocial este objetivo constituyendo sus orientaciones en esta materia un nuevo reto para la acción sindical [42]. Este ob-

---

M.: *«L'acomiadament col·lectiu: règim jurídic i drets de participació»*. Institut d'Estudis Catalans. Barcelona, 2005, p. 214. F USTÉ MIQUELA, J. M.: «La selección de los trabajadores afectados en el despido por causas empresariales»; en P ÉREZ AMORÓS, F. (Dir.): *«La extinción del contrato de trabajo»*. Bomarzo. Albacete, 2006, pp. 446-447.

[41] SEMPERE NAVARRO, A.V., *et al*.: *«Políticas Sociolaborales»*. Ed. Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 2005, p. 127.

[42] *Cfr.* MARCHÁN, G.; BOGÓNEZ, A.; MORENO, P.; TORRES, G.: «La formación profesional para el empleo. Oportunidades y retos para la acción sindical». *Gaceta Sindical*, CCOO, núm. 5, 2005, pp. 199-207. Aunque tal reto ya fue, en su esencia, planteado por M ONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.ª N.: «Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional»; en R ODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y MARTÍN VALVERDE, A.: «*Contrato de Trabajo y ....*», *op. cit*., p. 312.

jetivo, también se plantea en el *«Libro Verde para modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI»*[43], en el que se pone de relieve la importancia de reforzar la capacidad de los trabajadores de anticipar y gestionar los cambios. Lo cual también es objeto de atención por el Fondo Social Europeo, en la medida en que el nuevo proyecto de Reglamento del mismo reafirma la vocación de éste en la financiación de acciones de anticipación y gestión de las reestructuraciones, para fomentar tales medidas, como una de las actuaciones prioritarias encaminada a dar respuesta la necesidad de mejorar la previsión del cambio económico, mediante el aprendizaje permanente (especialmente de los colectivos de trabajadores que potencialmente pueden ser afectados por las reestructuraciones de plantilla)[44]; porque debe concluirse que, como medidas de prevención y de anticipación del cambio, las formativas resultan indispensables[45]. Por todo ello, podría criticarse que en la propia Ley de Empleo no se hubiera establecido una disposición específica sobre el «enfoque *anticipativo* de las políticas activas de empleo» como la que se prevé en relación con el clásico «enfoque preventivo» de las políticas activas frente al desempleo, puesto que así se le hubiera reconocido con mayor intensidad en sede legislativa la trascendencia que ostenta este objetivo y , probablemente, así se hubiera avanzado más en el reconocimiento práctico que este objetivo debe tener en el desarrollo normativo de la Ley de Empleo mediante la normativa sobre formación profesional permanente de los trabajadores.

Finalmente, resulta factible colegir que dicho campo material es idóneo para dar efectividad a la funcionalidad socio-laboral de la fomentada responsabilidad social empresarial; de forma que, en este ámbito, podrían inspirarse las incipientes iniciativas empresariales en materia de prácticas socialmente responsables para que intenten dar «vida real» a la política de anticipación de las reestructuraciones de plantilla y de su gestión socialmente responsable[46].

---

[43] COM (2006) 708 final, Bruselas, de 22 de noviembre de 2006, p. 10.

[44] *Cfr.* Art. 3.1. a) del Reglamento (CE) N.º 1081/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) N.º 1784/1999. Diario Oficial de la Unión Europea, de 31/07/2006. También, *cfr.* directriz 1.3.2. de las directrices estratégicas comunitarias en materia de cohesión 2007-2013. Decisión del Consejo de la Unión Europea, de 6 de octubre de 2006, (2006/702/CE). Diario Oficial de la Unión Europea, de 21/10/2006.

[45] Cabeza Pereiro, J.: *«Las reestructuraciones desde la perspectiva de género. Algunas ideas de debate»*. http://www.ief.es/Investigacion/Recursos/Cursos/Genero/2006_ReestrucGeneroM2.pdf

[46] *Cfr.* AA.VV.: «La Responsabilidad social de las Empresas. Diálogo Social». Ministerio de Trabajo. Madrid, 2007, p. 10.

Ponencia Temática I

EL ENTRAMADO INSTITUCIONAL DEL EMPLEO EN LAS VERTIENTES PÚBLICA Y PRIVADA

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN GENERAL: EL NUEVO MARCO JURÍDICO DEL EMPLEO EN ESPAÑA Y LOS AGENTES DE EMPLEO.—II. LA POLÍTICA DE EMPLEO EN LA LEY 56/2003 DE EMPLEO: DEFINICIÓN, COMPETENCIAS Y OBJETIVOS.—III. EL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO.–1. Normas generales. 1.1. Concepto, órganos y fines. 1.2. Principios y funciones. 2. Los Servicios Públicos de Empleo. 2.1. El Servicio Público de Empleo Estatal. 2.2. Los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas. 2.3. La coordinación y la colaboración como ejes del nuevo sistema articulado de Servicios Públicos de Empleo. ¿Un lugar para los servicios locales de empleo?. 2.4. La cooperación entre los servicios nacionales de empleo: la red EURES. 2.5. La potenciación de los Servicios Públicos de Empleo. 2.5.1. El lar go camino recorrido hasta el Acuerdo de 9 de mayo de 2006 para la mejora del crecimiento y del empleo. 2.5.2. La modernización de los Servicios Públicos de Empleo: previsiones y realidades. 2.5.3. Potenciación de la actividad intermediadora de los SPEs.—IV . LA INTERVENCIÓN PRIVADA EN EL MERCADO DE TRABAJO.–1. La postura del Derecho internacional y comunitario sobre la existencia de intermediarios privados en el mercado de trabajo. 1.1. Las agencias privadas de empleo en los Convenios de la OIT : del originario recelo a su definitiva consagración. 1.2. La incompatibilidad del monopolio público de colocación con el Derecho comunitario. 2. Ruptura del monopolio público de colocación y reconocimiento de otros intermediarios públicos y privados. 3. Las agencias de colocación. 4. Las empresas de trabajo temporal: ¿intermediación, interposición o gestión integral del empleo?. 5. Otros agentes que intervienen en el mercado de trabajo: entre la anomia y la ilegalidad. 6. Conclusión: la inadecuación del Derecho español del empleo a una realidad en constante transformación.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL: EL NUEVO MARCO JURÍDICO DEL EMPLEO EN ESPAÑA Y LOS AGENTES DE EMPLEO

Con carácter previo al desarrollo del tema objeto de esta ponencia se impone una explicación metodológica que concrete sus límites materiales y el enfoque asumido por el estudio. Y es que conviene aclarar desde el primer momento que cuando aquí se alude al marco o entramado institucional del empleo, en su doble vertiente pública y privada, nos estamos refiriendo estrictamente al conjunto de estructuras y de agentes que intervienen en la gestión, seguimiento y aplicación de las políticas de empleo, tanto activas como pasivas. No serán objeto de exposición y análisis, por tanto, no al menos de un modo sistemático, frontal y directo, los actores o centros de producción jurídica de las políticas de empleo, ni los diversos instrumentos, programas y mecanismos de los que aquéllas se sirven para alcanzar sus objetivos —de las políticas activas del mercado de trabajo se ocupa, por lo demás, la subponencia de la Dra. FERNÁNDEZ LÓPEZ—, con la única salvedad de la intermediación laboral, temática en la que sí incidiremos y ello por dos razones: 1) la primera, porque la puesta en contacto de empresarios y trabajadores con vistas a la concertación de contratos de trabajo ha sido siempre, pese a su notoria ineficacia, la función central de los servicios públicos de empleo desde sus orígenes [1]; 2) la segunda, porque con motivo de la intermediación laboral se genera un espacio de concurrencia entre sujetos de muy diversa naturaleza que traduce la tensión dialéctica entre lo público y lo privado que históricamente ha caracterizado la disciplina del mercado de trabajo [2].

---

[1] Como se afirma en un informe publicado por la OCDE en el año 1984 sobre el papel de los servicios públicos de empleo, «en todos los países se considera como actividad central del Servicio de Empleo la que quiere hacer que se correspondan las ofertas con las demandas de empleo (colocación)» [OCDE, *Los Servicios Públicos de Empleo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pág. 1 1).

[2] Entendido éste, ahora sí, desde un punto de vista económico, como la concurrencia de oferta y demanda de trabajo en un momento dado, o lo que es igual, «la confluencia de las personas que acuden al mercado a ofrecer sus servicios personales, estando dispuestos

Es sabido que la intervención de los poderes públicos y de los agentes sociales en el mercado de trabajo se produce en una doble dirección: de una parte, instituyendo y regulando el marco jurídico-formal en el que han de desarrollarse las relaciones laborales; de otra, participando de una u otra forma en la regulación y funcionamiento del propio mercado de trabajo; esta última función es la que, obviamente, cumplen los Servicios Públicos de Empleo (en adelante, SPEs).

Dicho esto, lo siguiente que cabe afirmar es que la or ganización institucional del empleo ha sido y sigue siendo una de las grandes asignaturas pendientes de las políticas oficiales sobre el mercado de trabajo. Desde los años ochenta del pasado siglo se ha venido denunciando la inadecuación de las estructuras administrativas responsables de gestionar los programas de empleo y de realizar la intermediación, así como la necesidad de revisar y reformular los instrumentos tradicionales de las políticas activas, al tiempo que aparecían propuestas alternativas a la gestión pública de la contratación laboral superadoras de las disfunciones que acusaban su organización y funcionamiento en un contexto de paro masivo [3].

Creados por los Estados a principios del pasado siglo para contrarrestar la actuación de los intermediarios privados [4], acusados por el incipiente movimiento sindical de comportarse como traficantes de mano de obra y rompehuelgas [5] —presentando como alternativa las famosas

---

a someterse al poder de dirección de otro, y de los sujetos, personas o empresas, que necesitan de mano de obra, y están dispuestos a contratarla a cambio de una remuneración» (Rodríguez-Piñero Royo, M. C.: *Público y privado en el mercado de trabajo de los noventa*, Huelva, Universidad de Huelva, 1994, pág. 1 1).

[3] Saragossà i Saragossà, J. V.: «El marco institucional del empleo: la gestión pública del empleo», en VV.AA.: *Derecho del Empleo*[2], Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 116.

[4] Como ha apuntado entre nosotros M ontalvo Correa, J.: «Crisis económica y servicio público de empleo. Líneas de actuación», en *Jornadas Europeas sobre Servicios Públicos de Empleo y política de empleo*, Madrid, IELSS, 1984, pág. 53: «Los Servicios Públicos de Empleo constituyen una importante manifestación del intervencionismo estatal en las relaciones laborales», enmarcándose su aparición «en la preocupación que desde el último tercio del siglo XIX manifiestan los distintos sistemas políticos (...) de reparar las consecuencias sociales más visibles del juego de la autonomía contractual individual en el contexto de una sociedad industrial en expansión».

[5] La desconfianza hacia los intermediarios privados venía provocada, sobre todo, por la cuantía de las tarifas que cobraban las agencias de colocación, pero también por su forma de actuar . Como ejemplo, en Inglaterra las oficinas de colocación para enfermeras exigían tasas que oscilaban entre el 10 por 100 y los 2/3, y aquí está lo más significativo, del salario que obtuviesen durante toda la vigencia del empleo; otras veces, la explotación consistía en que el demandante de empleo se obligaba a aceptar el alojamiento y la manutención en establecimientos anexos a las oficinas, retrasando la agencia deliberadamente la búsqueda de un empleo con el fin de retener a la clientela, o en proporcionar empleos inmorales a mujeres y niños, o los inconvenientes que los empleos facilitados presentaban para los obreros, con el propósito de provocar la ruptura de la relación laboral y que de nuevo tuvieran que utilizarse sus servicios. Para mayor información, Rodríguez-Piñero Royo, M. C. y L ázaro Sánchez, J. L.: «La intermediación», en VV. AA.: *Lecciones de Derecho del Empleo,* 2, Madrid, Ed. Tecnos, 2006, págs. 106 y ss.

bolsas de trabajo, en algunos casos de carácter municipal [6]—, los SPEs, a la vez agentes de progreso social e instrumento regulador del mercado de trabajo, se fueron consolidando a partir de la Segunda Guerra mundial —tanto durante la contienda como en el esfuerzo que se realiza al finalizar la misma para integrar a los soldados en el mundo del trabajo— como agencias públicas encargadas principalmente de facilitar y acelerar la armonización de la oferta con la demanda de empleo, erigiéndose en la plataforma adecuada para convertirse en los gestores del «pleno empleo», definido en la Conferencia de la OIT en Filadelfia (1944) como la meta básica a conseguir en las economías nacionales [7].

A esta expansión de los SPEs contribuyó de manera sobresaliente la actuación normativa-institucional de la OIT en el campo de la política de empleo, en la que se puede apreciar, al menos hasta los últimos años cuarenta, si no una absoluta prohibición de la actividad de los intermediarios privados en el mercado de trabajo, sí una clara preferencia por la consolidación en los Estados de un sistema público que predominase sobre el privado en la prestación a sus ciudadanos de servicios de intermediación laboral. Los principios rectores y las reglas de funcionamiento de los sistemas de intervención pública del mercado de trabajo existentes en la mayoría de los países eurocontinentales estaban inspirados, más o menos explícitamente, en la idea de que corresponde a los poderes públicos la adopción de medidas de corrección o complemento a la pura gestión «privada» y espontánea del mercado de trabajo [8].

Durante las décadas de los años 50 y 60, tiempos de desarrollo económico sostenido y altos niveles de empleo, los SPEs apenas si fueron objeto de atención, en los países occidentales, por parte de los poderes públicos, de los sindicatos y de las organizaciones empresariales [9]. Las condiciones económicas favorables de que gozaron aquellos países —en ninguno de lo cuales se registraron tasas de paro inquietantes— desincen-

---

[6] Cfr. PELLOUTIER, F.: *Historia de las bolsas de trabajo*, Madrid, Ed. Zero, 1978, *passim*.

[7] CHACÓN, L.: «Los servicios públicos de empleo», en *Información Comercial Española*, núm. 533, septiembre 1979, pág. 1 18.

[8] Concebido el mercado de trabajo como lugar de encuentro entre ofertas y demandas de empleo, para que la adecuación resulte óptima es conveniente que se den las condiciones de competencia pura y perfecta, para lo que resulta esencial la circulación libre, rápida y gratuita de una información completa sobre las ofertas y las demandas. Pero, por decirlo con palabras de J. AVELING (» La función de los servicios públicos de empleo en las condiciones actuales del mercado de trabajo», en *Jornadas Europeas sobre Servicios Públicos de Empleo y Política de Empleo*, Madrid, MTSS, 1984, pág. 19) «se constata que en el mercado de trabajo, por razones que la teoría clásica ha considerado como exógenas, estas condiciones de circulación de la información no se producen» y es aquí donde intervienen los SPEs «para restaurarlas, adoptando de alguna manera el papel del tasador de Walras».

[9] VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El papel de los servicios públicos de empleo: un debate pendiente», *Relaciones Laborales*, 1987-I, pág. 44; del mismo autor , «Servicios públicos de empleo, crisis económica y paro», *Relaciones Laborales*, 1993-II, pág. 174.

tivaron el debate sobre el papel de los SPEs, prestándose escasa atención a las funciones que los mismos podían asumir en su condición de agencias públicas encargadas de corregir los desequilibrios entre ofertas y demandas de empleo así como de formular y ejecutar programas de empleo[10].

Pero la situación dará un giro radical a partir de los años 70. De un lado, el crecimiento del desempleo provocado por la crisis económica y los procesos de reconversión tecnológica, y de otro la aparición en el mundo del trabajo de un número creciente de or ganismos privados compitiendo *de facto* con la mediación pública y dedicados a una pluralidad de actividades relacionadas con la contratación de trabajadores (agencias de colocación, agencias de trabajo temporal, de asesoramiento para la contratación laboral, empresas de recolocación, gabinetes de selección, agencias caza-talentos, *job convention*...) son acontecimientos que van a provocar un profundo cambio en la consideración de los SPEs por parte de los Estados y de los agentes sociales, empeñados en abrir y mantener vivo un debate acerca de los aspectos más salientes de los mismos, con el objetivo de fortalecer su contribución a la reducción de un desempleo en progresión imparable [11].

Sin entrar ahora en el examen de los términos de ese debate y sin descender a un análisis concreto de las líneas de evolución seguidas en cada país, la idea que siempre ha guiado la reflexión teórica y la ordenación práctica de los servicios públicos puede sintetizarse del modo siguiente: los SPEs constituyen instrumentos, y no secundarios o de segunda mano, de las políticas de empleo [12]. La crisis económica desencadenó un cúmulo de reformas en el modelo socialdemócrata de servicios de empleo que supuso una auténtica « *crisis de identidad*» para dichos servicios[13]; pero esta situación, unánimemente reconocida, no mermó la relevancia —al menos teórica— de los SPEs dentro del capítulo de las medidas de política activa de mano de obra [14], ni vino a cuestionar la indeclinable participación paritaria de los agentes sociales en la gestión o supervisión de dichos servicios.

El reconocimiento de las potencialidades de los SPEs al servicio de una política activa de mano de obra se vio acompañada, en efecto, de una serie de cambios en sus aspectos funcionales y or ganizativos. En lo que se refiere

---

[10] Cfr. LEVINE, L.: «El Servicio público de empleo en el marco de la política económica y social», París, OCDE, 1969, citado en OCDE, *Los Servicios Públicos de Empleo*, Madrid, Ed. MTSS, 1985, pág. 77.

[11] VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El papel de los servicios públicos de empleo...», *cit*., pág. 44.

[12] VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Servicios públicos de empleo...», *cit*., pág. 175.

[13] VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El papel de los servicios públicos de empleo...», *cit*., pág. 44.

[14] Como en su día hizo notar la OCDE, el Servicio Público de Empleo «aparece como el instrumento idóneo para hacer circular la información entre demandantes de empleo y empresas y asegurar, mediante las colocaciones, un despliegue eficaz y sin cambios de la población activa en el contexto del cambio estructural así como para la inserción de los recién llegados al mercado de trabajo» (*Los Servicios Públicos de Empleo*, cit., pág. 7).

al primer aspecto, la consolidación del papel activo de los SPEs exigía la atribución a éstos de funciones nuevas y , desde luego, una interpretación distinta de las funciones tradicionales [15]. Considerados durante lar go tiempo como simples «bolsas de empleo» sin otra finalidad que la de evitar el lucro en el momento de la adquisición por el trabajador del bien trabajo y convertidos en la práctica diaria en lugares de concentración de ofertas y demandas de trabajo no cualificadas o de baja cualificación (*modelo funcionalista*), los SPEs se trasformarán progresivamente en *Agencias de Empleo* con una vocación de tratamiento integral de las situaciones de paro y de empleo precario (*modelo intervencionista*) [16]; a tal efecto, a las funciones tradicionales de los SPEs se han sumado nuevos cometidos tales como la orientación y promoción ocupacionales, la formación y reconversión profesionales, la creación de observatorios de empleo que sigan la evolución del mundo productivo, la búsqueda de nuevos yacimientos de empleo, la preparación, ejecución y evaluación de programas especiales de gestión del empleo, el asesoramiento a las empresas en la gestión y planificación del personal, la gestión de la movilidad extraempresarial o la atención personalizada ante las situaciones de desempleo [17].

Un aspecto que ha sido ampliamente debatido en el ámbito internacional ha sido el relativo a si los Servicios de Empleo deben asumir las funciones de gestión de las políticas activas de empleo —entre las que se encuentra la intermediación en el mercado de trabajo— junto con la gestión de las políticas pasivas de empleo, y concretamente, la gestión de las prestaciones económicas por desempleo. Aunque en el ámbito de la UE no existe una posición clara en relación con este tema, la tendencia general parece ser la defensa de que estén, tanto las políticas activas como las pasivas, encuadradas en un mismo sistema, donde se conjugan en una deseable tutela integral del desempleado [18].

---

[15] Desde este posicionamiento activo ante los problemas del mercado de trabajo, las cuatro misiones que Sergio Ricca definiera hace ya un par de décadas como «el mandato ideal de los Servicios de Empleo» son: 1. Aliviar la suerte de aquéllos que han perdido su trabajo. 2. Regular el mercado de trabajo. 3. Observar el mundo del trabajo y ejecutar la política de empleo. 4. Realizar estudios y encuestas. Cfr . Ricca, S.: *Los Servicios de Empleo. Su naturaleza, mandato, funciones y administración*, Ginebra, OIT, 1983, págs. 22-23.

[16] Una exposición de los diversos modelos de servicio público de empleo y su distinta funcionalidad para resolver los problemas del mercado de trabajo en C achón Rodríguez, L.: «Servicios públicos de empleo y mercado de trabajo», en *Jornadas Europeas sobre servicios públicos*..., cit., pág. 113 y ss. Asimismo, en Valdés Dal-Ré, F.: «Servicios públicos de empleo y contratación laboral», en *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. IV, Edersa, Madrid, 1983, págs. 194-196. Más recientemente, S obrino González, G. M.ª: *La política de colocación*, Albacete, Bomarzo, 2006, págs. 63-67.

[17] Valdés Dal-Ré, F.: «El papel de los servicios públicos de empleo...», *cit*., pág. 45; Saragossà i Saragossà, J. V.: «El marco institucional del empleo...», *cit*., pág. 117.

[18] Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J. L. y G arcía Valverde, M.ª D.: «Servicios públicos de empleo», VV.AA.: *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, CARL, 2005, pág. 146.

En el plano or ganizativo, la tendencia dominante en los países de nuestro entorno ha consistido en dotar a los servicios de empleo de un estatuto jurídico de organismo público autónomo, territorialmente descentralizado, en cuya gestión participan las or ganizaciones sindicales y las asociaciones de empresarios, en paridad con la Administración. Asimismo, ha sido positiva la evolución en los criterios de gestión interna de dichos servicios, apreciándose en muchos de ellos un afán indudable por introducir cambios que les permita intervenir más eficazmente en el mercado de trabajo. Además de ello, se procederá a una revisión en profundidad de los procedimientos de colocación tradicionales, volviéndolos más flexibles, personalizados y participativos [19], sin olvidar la aplicación de la tecnología informática a las actividades de los SPEs que representa, de seguro, la «revolución» más importante que éstos han conocido en su organización y funcionamiento[20].

Por lo demás, en el catálogo de las reformas de los SPEs no puede dejar de aludirse a la posición jurídica que los propios servicios han pasado a ocupar en relación con su función de mediador institucional en el mercado de trabajo. Esta posición puede ser de monopolio o de concurrencia con otros servicios, gestionados bien por la iniciativa privada, con carácter lucrativo o a título gratuito, bien por or ganizaciones sociales (universidades, sindicatos, asociaciones empresariales, cámaras de comercio, colegios profesionales...). Aunque la situación de partida en los distintos países era bastante desigual (prohibición de todas las agencias de colocación o sólo de las lucrativas), lo cierto es que los SPEs se han visto compelidos a abandonar inexorablemente la cómoda posición dominante que les deparaba la reglamentación relativa al monopolio, resignándose a actuar en un mercado de trabajo abierto en el que han de competir con otras entidades especializadas en la captación y colocación de trabajadores [21].

En España, al igual que en los demás países, la or ganización que a lo largo de la historia han adoptado los SPEs ha sido el resultado de la combinación de diversos factores, tales como el grado de desarrollo económi-

---

[19] Tradicionalmente, la principal técnica utilizada por los Servicios de Empleo ha consistido en la comparación manual de las descripciones de los puestos disponibles con las competencias, formación y cualidades personales de los demandantes de empleo inscritos, técnica ésta que con el tiempo ha demostrado ser cada vez menos satisfactoria. De ahí que algunos países, como Suecia, pusieran en práctica a finales de los años sesenta programas de «autocolocación», técnica que otros países han adoptado rápidamente. Las premisas sobre las que reposa este concepto son, primera, que muchos demandantes de empleo están en mejor situación que un funcionario del SPE para valorar su capacidad para ocupar un determinado puesto y, segunda, que, si los demandantes de empleo capaces de ello asumen una parte del proceso de adecuación, los recursos ahorrados pueden destinarse a quienes necesitan una ayuda mayor en la búsqueda de trabajo y a medidas de preparación para el empleo. Cfr. OCDE, *Los Servicios Públicos de Empleo*, cit., pág. 112.

[20] Valdés Dal-Ré, F.: «El papel de los servicios públicos de empleo...», *cit*., pág. 46.

[21] Ricca, S.: «La actual transformación...», *cit*., pág. 54.

co y social alcanzado, el marco institucional o modelo de organización política y administrativa vigentes, las estructuras económicas establecidas, los usos y costumbres sociales, etc.; en este sentido, la evolución histórica de los servicios de empleo españoles ha discurrido paralela a la experimentada por los países de un nivel de desarrollo económico y cultural similar; y habría que añadir que esta paralela evolución ha estado marcada por las normas sobre la materia que ha ido aprobando sucesivamente la OIT y que, por tanto, las etapas que se han sucedido en la historia de los servicios de empleo en España han estado influenciadas en mayor o menor medida por las orientaciones que se recogían en los diferentes instrumentos internacionales[22]. Esta sintonía entre la regulación interna de los servicios de empleo y las previsiones de la normativa emanada de la OIT se observa ya en los primeros intentos de reglamentación de dichos servicios, que coinciden en el tiempo con las primeras normas internacionales sobre el tema (que datan de 1919), y se ha mantenido, con algunas importantes excepciones, en etapas posteriores, hasta la aprobación de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (LE) [23], el último eslabón, hasta el presente, de la cadena de normas encar gadas en nuestro ordenamiento jurídico de regular la materia de empleo, y que, actuando contra todo pronóstico, no ha tenido en cuenta —o al menos no hasta sus últimas consecuencias— el trascendental cambio operado en el entorno normativo internacional con la aprobación del Convenio núm. 181 de la OIT sobre las agencias privadas de empleo, que, por cierto, nuestro país se apresuró a ratificar, apenas dos años después de su adopción en 1997 por la 85.ª Conferencia, cuando sólo otros tres Estados —Etiopía, Marruecos y Finlandia— habían depositado el instrumento ratificador .

Es la que ahora se refiere una ley lar go tiempo esperada[24], cuya aprobación ya se había anunciado como inminente en la primavera del 2002, cuando el Gobierno ilustró a los agentes sociales sobre su intención, sin apenas margen para el diálogo social, de modificar el régimen jurídico de la protección por desempleo y de la propia Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (LBE). Por su parte, los agentes sociales ya habían to-

---

[22] Rodríguez Vera, E.: «Los Servicios Públicos de Empleo en España: aspectos institucionales», en VV.AA.: *Jornadas Europeas sobre Servicios Públicos de Empleo y Política de Empleo*, cit., pág. 100.

[23] Publicada en el BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003, entró en vigor el 5 de enero de 2004, a los veinte días de su publicación.

[24] En efecto, desde hace varios años existía un amplio consenso acerca de la necesidad de abordar esta reforma legislativa. En este sentido, el CES ya señaló múltiples circunstancias que avalaban esta opinión en sus Informes 1/2000, de 26 de enero, sobre Movilidad Geográfica, y 3/2000, de 28 de junio, sobre Unidad de mercado y cohesión social. Asimismo, de forma específica, respecto a las políticas de formación ocupacional y continua, el Consejo acogió favorablemente, en su Dictamen 2/2001, de 27 de junio, sobre Anteproyecto de Ley de la Formación Profesional y de las cualificaciones, la integración y desarrollo de estas materias en el marco de esa ley .

mado la iniciativa en 1997 de proponer , en el seno del Consejo General del INEM, una negociación para establecer los *principios básicos para la organización del Servicio Público de Empleo* en el marco de las transferencias de las políticas activas de empleo a las Comunidades Autónomas, definiendo las relaciones, competencias e intercambio de información entre el Servicio Estatal y los Servicios Autonómicos. Sin embargo, aunque en el RDL 5/2002, de 24 de mayo, de medidas ur gentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, se retocaron aspectos importantísimos sobre el papel de la Entidad Gestora del desempleo (control indirecto de contrataciones irregulares, fiscalización de los desempleados, modulación de las conductas exigibles a virtud del compromiso de actividad, aplicación de diversas medidas de fomento de empleo, etc.), que acentuaron aún más si cabe la necesidad de una regulación adaptada a las nuevas realidades del empleo y el desempleo y a las exigencias de su gestión por las Administraciones Públicas, or ganismos y entidades, públicos o privados, que la ponen en práctica, sin embargo, dejando a salvo la previsión acerca de un aumento dotacional en el futuro inmediato, la verdad es que sólo se actuó sobre la norma reguladora de las políticas pasivas (la LGSS), y en esta línea de no intervención se movió también la Ley 45/2002, de 12 diciembre, de igual rúbrica.

Para la reforma de los servicios de empleo, el Gobierno elaboró un Anteproyecto de Ley de Empleo que incluso remitió al CES, con fecha 4 junio 2002, para su preceptivo Dictamen. Éste se emitió en una sesión extraordinaria del Pleno, de 24 de junio de 2002, que formuló varias e importantes objeciones al texto del Anteproyecto, al que recriminaba la insuficiencia de su contenido por «*no responder a una concepción integral de la política de empleo*». En concreto, se criticaba la no inclusión de la protección por desempleo (que sí aparecía, por cierto, en una versión más antigua de Anteproyecto de Ley de Empleo) [25]; el tratamiento insuficiente de objetivos como la articulación entre políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo, o la coordinación de los SPEs con otros agentes de colocación; y el que se reconocieran pero no se abordasen problemas tales como la alta tasa de paro, los desequilibrios territoriales, la excesiva temporalidad, la escasa participación de los SPEs en la intermediación laboral o las dificultades de integración laboral de determinados colectivos. Aunque la Ley salió mejorada de su tramitación parlamentaria, no ha incorporado todas las indicaciones del CES por lo que buena parte de estos reparos conservan aún justificación.

Aunque se trata de una norma decepcionante en muchos aspectos [26], la LE constituye sin duda alguna un hito importante en la historia de la

---

[25] Su texto puede consultarse en *Relaciones Laborales*, 2002-II, págs. 1227 y ss.

[26] Decepción que en buena medida se debe al hecho de que no estamos ante una norma reguladora o sustantiva sino ante una «norma-marco» o «ley básica» (uno de los títulos competenciales a cuyo amparo se dicta la LE es precisamente el artículo 149.1.1.ª CE), que de-

ordenación jurídica del mercado de trabajo. La importancia de la Ley de Empleo debe ser destacada desde diversos puntos de vista. Así, desde el punto de vista formal, la LE tiene una gran relevancia, ya que el legislador español ha sido muy poco proclive a regular la materia del empleo. Recuérdese que, tras la primera Ley de Colocación (la republicana de 27 de noviembre de 1931), cuyo artículo 1.º encomendó al Estado la tarea de organizar la colocación obrera « *con el carácter de nacional, pública y gratuita*», ordenando simultáneamente el cese de las funciones de mediación laboral por las « *empresas comerciales de colocación y las agencias de pago*», la segunda Ley de Colocación (de 10 de febrero de 1943), que vino a establecer por primera vez en España un régimen monopolístico al prohibir las agencias de colocación de cualquier tipo, tuvo una larga vigencia hasta que fue derogada (ella y su Reglamento de 1959) por la LBE 1980, derogada a su vez parcialmente por las Leyes 31/1984 y 10/1994, y derogada por completo, casi un cuarto de siglo después de su entrada en vigor, por la vigente Ley de Empleo de 2003 [27]. En realidad, por tanto, nuestro país sólo ha tenido hasta el momento dos leyes de empleo (a las que, si se quiere, puede añadirse el Decreto 3090/1972, sobre Política de Empleo), precedidas por otras dos, de ámbito más restringido, sobre colocación de trabajadores.

Pero la importancia de la Ley que se comenta no es sólo formal; tal importancia también deriva, y es lo que más debe destacarse de la nueva Ley de Empleo, de las innovaciones que introduce en nuestro panorama jurídico-laboral y, por tanto, en nuestra realidad social [28]. Innovaciones que eran muy necesarias y que estaban siendo demandadas desde todos los sectores, si bien el resultado no ha sido todo lo satisfactorio que se esperaba después de casi veinticinco años de vigencia de la LBE [29].

---

dica gran parte de su contenido a definir conceptos e instituciones, distribuir competencias, fijar objetivos, establecer normas de organización y procedimiento, de coordinación y financiación, pero que adolece de una extremada falta de concreción, sobre todo en el plano de la garantías de tales objetivos. En este sentido, MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Más acá y más allá del trabajo: Comentario a la Ley 56/2003, de Empleo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 251, 2004, pág. 34.

[27] A la entrada en vigor de la Ley 56/2003, se encontraban vigentes el Título preliminar sobre la política de empleo, que constaba de un único capítulo (arts. 1 a 3); el Título I dedicado al fomento del empleo, integrado por un capítulo primero en el que se contenían las disposiciones generales (arts. 4 a 9) y un capítulo segundo sobre el programa de fomento del empleo (arts. 10 a 15); el Título III en el que se regulaba la colocación y servicios del INEM en dos capítulos, el primero de ellos dedicado a la política de colocación (arts. 38 a 40, estando derogado el artículo 40.2), y el segundo capítulo en el que se regulan los servicios de empleo (arts. 41 a 45, estando derogados el artículo 42.1 y el 44.2). El texto de la Ley se completaba con dos disposiciones transitorias, dos adicionales, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

[28] MONTOYA MELGAR, A. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pág. 13.

[29] Aprobada en un contexto social, económico y político ciertamente delicado, la LBE, pese a su sonoro nombre, sólo supuso una tímida readaptación del tradicional sistema de

La Exposición de Motivos de la LE es muy ilustrativa acerca de las razones que han motivado su elaboración y promulgación. Algunas de ellas —sobre todo las que constituyen cambios institucionales— serán objeto de posterior comentario, pero interesa enunciarlas ya en este momento. Fundamentalmente, se trata de la conformación de un nuevo horizonte internacional, socioeconómico, tecnológico y de or ganización territorial del Estado, muy distinto del que existía en el año 1980 y que el legislador tuvo presente para elaborar la LBE. Como los problemas a resolver eran otros que los actuales, las soluciones eran necesariamente diversas[30].

En cuanto a la evolución del mercado de trabajo en el lar go período transcurrido desde la LBE, se constata que se han producido situaciones de pérdida de puestos de trabajo, con expulsión del mismo de los colectivos más sensibles, a la vez que aumentaba la dificultad de su acceso al empleo, el desempleo y las tasas de temporalidad en la contratación, acentuándose los desequilibrios territoriales[31].

Pero no sólo se ha transformado y se ha vuelto más complejo el mercado de trabajo en el que actúan los servicios públicos de empleo; también ha cambiado sustancialmente el entorno político e institucional.

La transformación vivida por los SPEs españoles a partir de los años noventa del pasado siglo puede resumirse en dos grandes cambios que, en buena medida, expresan tendencias generales constatables en otros países de la Unión Europea: 1) el proceso jurídico-político de *descentralización* de las competencias del INEM en favor de las Comunidades Autónomas; 2) la *liberalización* de la actividad de intermediación laboral en el mercado de trabajo, siquiera parcial, con la supresión en 1994 del monopolio público en materia de colocación y la apertura progresiva de mayores ámbitos de actuación a la iniciativa privada, tanto en el mercado

---

protección por desempleo a las circunstancias existentes en el momento de su promulgación, marcadas muy especialmente por el aumento del desempleo. Dividida en tres títulos y un Título Preliminar, prácticamente la mitad de sus artículos correspondían al Título II rubricado *De los sistemas de Protección por Desempleo*. Más que una norma básica de empleo, la LBE era, como con ironía dijo en su momento algún comentarista, una ley básica de desempleo**.** Cfr. Ordeig Fos, J. M.: «La nueva Ley Básica de Desempleo», *Actualidad Laboral*, núm. 7, 1985

[30] Montoya Melgar, A. y Cristóbal Roncero, R., *op. y loc. cits.*

[31] Otros factores adicionales que han afectado al mercado de trabajo en estos años son: la evolución demográfica, primero con la presión ejercida por los jóvenes en el acceso a su primer empleo y, posteriormente, con el envejecimiento de la población activa; el fenómeno inmigratorio, con la consiguiente llegada de importantes recursos humanos procedentes del exterior a nuestro mercado de trabajo; el desarrollo fulgurante de las tecnologías de la información y de la comunicación; la nueva orientación de la política social (de la asistencia pasiva a los incentivos para la reinserción laboral), o la apertura a los agentes privados de los servicios de información, orientación e intermediación, constituyen un conjunto formidable de retos a los que se enfrenta una política de empleo tendente al pleno empleo.

de la intermediación como del prestamismo laboral [32]. Estas son las respuestas de nuestro ordenamiento a las dos gran tensiones que tradicionalmente han latido en la ordenación de la intermediación laboral: de un lado, la tensión entre los distintos poderes territoriales del Estado por ocupar los espacios reservados a la mediación pública, y de otro, la tensión en el reparto o distribución de la actividad de intermediación laboral entre los poderes públicos y las entidades privadas [33].

Así, a la altura de 1980 se mantenía nuestra larga tradición de monopolio estatal en la actividad de intermediación en el mercado de trabajo. Este monopolio intermediador lo ejercía desde 1978 el Instituto Nacional de Empleo (INEM) [34], un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, que desde entonces y hasta la promulgación del RDL 18/1993, de 3 de diciembre, convertido luego en Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas urgentes de fomento de la ocupación, se ocupará de la gestión de las áreas de intermediación, promoción de empleo, formación profesional y la protección por desempleo. Esta tarea se desarrollaba en todo el Estado, con carácter público y gratuito, en régimen de monopolio y actuación centralizada. La citada reforma de 1994 rompe este monopolio permitiendo la participación y la colaboración en la

---

[32] Las reformas recientes de los SPEs en diversos países de la Unión Europea han supuesto una reorganización fundamental en la mayoría de ellos. Dichas reformas implican: a) un esfuerzo de descentralización; 2) una mayor participación de los agentes sociales; c) una mayor concentración de los esfuerzos en los parados con más dificultades; d) la liberalización de las agencias privadas de colocación. *Vid*. ALUJAS RUIZ, J. A.: *Políticas activas de mercado de trabajo en España*. *Situación en el contexto europeo*, Madrid, CES, 2003, pág. 119.

[33] VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma socialmente invisible y normativamente provisional», *Relaciones Laborales*, núm. 19/2006, págs. 2 y 3.

[34] Creado por Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, el INEM se concibe como un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y adscrito al Ministerio de Trabajo a través de la Secretaría General de Empleo y Relaciones Laborales. Su estructura orgánica se determina y regula mediante el RD 1458/1986, de 6 de junio y el RD 377/2001, de 6 de abril, que modifica los anteriores Reales Decretos 439/1979, y 1314/1982, de 18 de junio. En él se integran tanto el anterior Servicio de Empleo y Acción Formativa —creado por el Decreto Ley 1/1975, de 22 de marzo, sobre organización de los Servicios de Empleo—, como la Promoción Profesional Obrera y la Obra de Formación Profesional de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales (AISS), perdiendo dichos organismos su condición de tales dentro de la Seguridad Social. Sobre el sistema público de colocación conformado por el RDL 36/1978, por la Ley 8/1989, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores y la posterior Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, véase OJEDA AVILÉS, A.: «El procedimiento de colocación, revisado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 14/1983, págs. 204 y ss.; «Los servicios de empleo en España: el Instituto Nacional de Empleo (II)», *Revista de Seguridad Social*, núm. 17, 1983; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Servicios públicos de empleo y contratación laboral», en *Comentario a las leyes laborales*. *El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IV, Madrid, Edersa, 1983, págs. 177 y ss.

gestión de nuevos actores en forma de instituciones públicas o privadas. Entre las medidas adoptadas destacan la legalización de las agencias de colocación sin ánimo de lucro y el reconocimiento de las empresas de trabajo temporal (ley 14/1994), a las que posteriormente se sumaron otras medidas, como la creación de los denominados Servicios Integrados para el Empleo con competencias fundamentalmente de orientación e inserción laboral (RD 735/1995, de 5 de mayo), o la sustitución, a partir de 2001, de la obligación empresarial de registrar los contratos de trabajo, definida en la reforma de 1994 frente a la anterior obligación de solicitar a las oficinas de empleo los trabajadores que la empresa precisase, por una mera comunicación por los empresarios del contenido de los contratos de trabajo que celebren o de las prórrogas de los mismos, deban o no formalizarse por escrito [35].

Por otro lado, el método tradicional de gestión estatal del mercado de trabajo, caracterizado por la existencia de un único servicio público de empleo, que actuaba formalmente en régimen de monopolio, centralizado en el INEM y con competencia en todo el territorio estatal, ha dado paso a planteamientos más descentralizados. En 1978, cuando se crea el INEM, y todavía en 1980, cuando se aprueba la LBE, el incipiente desenvolvimiento del Título VIII de la Constitución y en particular de los artículos 148 y 149 de ésta, no permitía aún abordar la perspectiva autonómica de los servicios público de empleo. En efecto, hubo que esperar hasta 1997 para que se iniciase el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas de la gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, proceso que culminaría a finales de 2003 con el traspaso de las competencias a Murcia yAndalucía —se mantiene la singularidad del País Vasco, comunidad a la que no se han transferido las competencias en materia de empleo, por motivos de todos conocidos—. A partir de entonces las Comunidades Autónomas comienzan a crear sus propios servicios públicos de empleo —aunque algunas se adelantaron creando su propia agencia de colocación al amparo de la posibilidad reconocida en el RD 735/1995—, a través de los cuales gestionan dichas políticas activas. De forma paralela, en este marco de coope-

[35] Así lo dispuso el artículo 32 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se modifica el apartado 1.º del artículo 16 del ET en el sentido indicado. La operatividad de la innovación, tras la que el INEM se convertía en un mero gestor estadístico de la contratación, estaba pendiente del desarrollo reglamentario previsto en el artículo 16 ET . «Hasta tanto no se produzca (este) desarrollo», una norma de rango ínfimo, la Orden de 2 de enero de 2001, establecería que los empresarios «realizarán dicha comunicación mediante la presentación en las (oficinas de empleo) de copia del contrato o de sus prórrogas». Con posterioridad, el RD 1424/2002, de 27 de diciembre, ha venido a regular la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de los medios telemáticos en relación con aquélla; en su desarrollo se ha aprobado la OM TAS/770/2003, de 14 de marzo.

ración entre Administraciones, la mayor parte de las Comunidades Autónomas han suscrito convenios de colaboración con el INEM, para coordinar la gestión del empleo y la formación profesional con la protección del desempleo. Y, desde mucho antes, las Comunidades Autónomas vienen desarrollando igualmente una intervención administrativa de fomento del empleo en sus respectivos territorios, diseñando sus propios Planes de Empleo que contemplan programas y medidas financiadas con cargo a sus presupuestos y que conviven con los planes y programas que se llevan a cabo a nivel estatal. Para ello han procedido con base a lo dispuesto en el artículo 149.1.7.ª de la CE que, según el Tribunal Constitucional, sólo retiene para el Estado la legislación laboral*stricto sensu*, afectante a las relaciones individuales y colectivas de trabajo [36], pero no así, en exclusiva, la política de empleo económica o « *no laboral*».

Ciertamente, la preexistencia de servicios de empleo de las CC.AA. y la anticipación de transferencias a éstas en la materia han podido crear dificultades adicionales al proceso de integración en el nuevo Sistema Nacional de Empleo, que nace cuando ya están implantados tales servicios y concluidas dichas transferencias. En este sentido, puede decirse que la LE 2003 ha llegado, en cierta medida, «tarde», pues hubiera sido oportuno contar con este nuevo marco normativo general de forma previa al inicio del proceso de transferencias de gestión de las políticas activas de empleo a las Comunidades Autónomas, después de haberlo consultado con éstas. De otra parte, la financiación de estas políticas tiene un componente importante de fondos procedentes de la Unión Europea, a través del Servicio Público de Empleo Estatal, aun cuando la gestión de las mismas se lleva a cabo por las Administraciones autonómicas. La consecuencia de todo ello es que ahora va a ser necesario un mayor esfuerzo de interlocución por parte de las distintas Administraciones Públicas a fin de minimizar los inevitables conflictos competenciales [37].

Al trascendental proceso de configuración autonómica del Estado español se añade la integración de España en una estructura supranacional, la Unión Europea (recuérdese que cuando se promulgó la LBE aún no formaba parte nuestro país de las Comunidades Autónomas), dentro de cuyas políticas y acciones financiadoras se inscribe necesariamente nuestro modelo de política de empleo. La política de empleo desarrollada en España no puede ser ajena a las directrices y recomendaciones de la Unión Europea. En efecto, si en los primeros tiempos la norma comunitaria se imitaba a favorecer la libre circulación de trabajadores y a crear un Fondo Social Europeo, orientado hacia las acciones de formación y promoción de la movilidad laboral, con el paso de los años la importancia del

[36] SSTC 35/1982 y 39/1982.

[37] Así lo puso de manifiesto el Dictamen 7/2002, de 24 de junio, del CES sobre el Anteproyecto de Ley de Empleo, pág. 6.

empleo en la política social de las Comunidades y de la Unión Europea se fue consolidando. Resultado de esta evolución ha sido la inclusión en el Tratado de la Unión Europea de un Título VIII (arts. 125 a 130), dedicado al empleo, tras las reformas de Amsterdam. En su virtud, los Estados miembros se comprometen, a través de sus políticas nacionales, a desarrollar una «*estrategia coordinada para el empleo*», que potencie la existencia de trabajadores cualificados, formados y adaptables a las circunstancias del mercado de trabajo. La estrategia coordinada para el empleo persigue tres objetivos básicos — pleno empleo, mejorar la calidad y productividad del trabajo, reforzar la cohesión e inclusión sociales—, a través de la observancia de las Directrices, que orientan las acciones nacionales a favor de las políticas activas para los desempleados, la creación de puestos de trabajo, la adaptabilidad al trabajo, la formación continua, la prolongación de la vida laboral, la integración de quienes padecen exclusión social, los incentivos al empleo, la legalización del empleo sumergido y la atención a las desigualdades regionales en materia de empleo [38]. La aplicación de la *Estrategia Europea de Empleo* en nuestro país (como en los demás Estados miembros) se lleva a cabo a través de los periódicos Planes nacionales de acción para el empleo, a los que corresponde la concreción de las referidas directrices. Al Consejo Europeo compete evaluar anualmente el grado de cumplimiento de dichas directrices de empleo por los Estados miembros, formulando en su caso las recomendaciones que estime pertinentes (art. 128.4 Tratado CE). Obligada referencia debe hacerse en este contexto al «nuevo método abierto de coordinación» promovido por el Consejo Europeo de Lisboa (23 y 24 de marzo de 2000) y que consiste, de un lado, en establecer directrices con objetivos a cumplir en calendarios determinados, así como indicadores y otros métodos de comparación que permitan evaluar los comportamientos nacionales; y de otro, en plasmar las directrices europeas en medidas de política nacional y regional, evaluando periódicamente esos procesos [39].

---

[38] Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003 (Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, DOCE L 197, 5 mayo 2003).

[39] El Consejo de Lisboa celebrado en marzo de 2000 estableció, como objetivo estratégico para la Unión Europea, el convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social y , a estos efectos, se fijaron unos objetivos cuantificables de tasas de empleo para 2010: 70 por 100 para la población en general y un 60 por 100 para las mujeres. Estos objetivos fueron completados en el Consejo Europeo de Estocolmo (marzo 2001) con objetivos intermedios para enero de 2005 (67 por 100 en general y 57 por 100 para mujeres) y con un nuevo objetivo para 2010 que reflejará el desafío demográfico, en relación con la tasa media de empleo de los hombres y mujeres de más edad, entre 55 y 64 años, fijando este objetivo en el 50 por 100. Posteriormente los Consejos Europeos de Barcelona y Bruselas, insistieron en la necesidad de consolidar la estrategia europea de empleo a través de un proceso reforzado, simplificado y mejor gestionado, mediante el establecimiento de metas y objetivos coherentes con las orientaciones generales de política económica y las de la propia estrategia europea de empleo, susceptibles de evaluación, en una nueva perspectiva trienal.

Asimismo, establece la Exposición de Motivos de la LE que en la actualidad los SPEs han de actuar en un entorno más competitivo, complejo y dinámico y han de posicionarse en el mercado prestando un servicio de calidad a sus usuarios. En este sentido, no puede caer en el olvido que sobre el funcionamiento del Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) ha recaído siempre la crítica de ineficacia, en la medida en que se puede comprobar que, en lo que afecta a la intermediación, su papel en el mercado de trabajo es mínimo (sólo entre un 10% y un 15%).

En definitiva, se plantean hoy nuevos escenarios como consecuencia de las profundas transformaciones tecnológicas: evolución demográfica, desarrollo tecnológico, globalización y competitividad económica, incorporación creciente de la iniciativa privada, adecuación al marco europeo, existencia de grupos con dificultades especiales para la integración laboral, complejidad y descentralización del mercado de trabajo, exigencias de territorialización autonómica y de participación de los agentes sociales y otros organismos de la sociedad civil en la gestión de la política de empleo, prioridad de las políticas activas de empleo sobre las meramente asistenciales, etc[40].

Por todo lo expuesto, pese a mantenerse vigente parcialmente, el alcance normativo de la LBE era muy limitado, mostrándose obsoleta para atender cuestiones de suma importancia para la programación, aplicación y gestión de la política de empleo, tales como: la definición de un nuevo Servicio Público de Empleo, las competencias del Servicio Estatal y de los Servicios Públicos de las Comunidades Autónomas, las pautas de coordinación y cooperación entre ambos, los instrumentos de intermediación laboral o la relación entre las políticas activas y pasivas de empleo [41]. Tanto los objetivos como las medidas concretas a adoptar en materia de políticas activas de empleo no se adaptaban ni a las nuevas necesidades del mercado de trabajo ni a las exigencias comunitarias sobre dicha materia. Por todo ello, desde la reforma operada en 1994 se venía señalando la necesidad de reorientar normativamente la cuestión. En este sentido se manifestó intensamente la doctrina, para la que resultaba incomprensible la pasividad del legislador a la hora de elaborar un nuevo texto normativo que diese respuesta a las deficiencias apuntadas [42].

Finalmente, la LE se ha propuesto «incrementar la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo y mejorar las oportunidades de incorporación al mismo para conseguir el objetivo del pleno empleo»; un ob-

---

[40] Montoya Melgar, A. y Cristóbal Roncero, R.: *op. cit*., pág. 16.

[41] Dictamen CES 7/2002, pág. 5.

[42] Landa Zapirain, P.: «Las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho del Empleo (sobre el sentido de la ubicación del artículo 16 ET en el marco del sistema normativo de la política de empleo)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 98/1999, pág. 837.

jetivo que, desde que lo popularizó en los años treinta la *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* de Keynes, no ha dejado de incorporarse a los programas de política social nacionales e internacionales. Ello se traduce en «ofrecer a los desempleados, bajo los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, transparencia, gratuidad, efectividad y calidad en la prestación de servicios, una atención preventiva y personalizada por los servicios públicos de empleo, con especial atención a los colectivos desfavorecidos, entre los cuales las personas con discapacidad ocupan un lugar preferente». Asimismo, «las políticas de empleo deben funcionar como instrumentos incentivadores para la incorporación efectiva de los desempleados al mercado de trabajo, estimulando la búsqueda activa de empleo y la movilidad geográfica y funcional».

Otros objetivos de la nueva LE expresados en su Exposición de Motivos que interesa destacar en este momento son:

— Desde una perspectiva de armonización del nuevo modelo con la actual distribución de competencias constitucionales entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de política de empleo, el objetivo se centra en «asegurar la cooperación y coordinación entre las Administraciones implicadas de modo que se logre la máxima efectividad movilizando y optimizando todos los recursos disponibl *es*».

— Una definición más precisa de la intermediación laboral, instrumento básico de la política de empleo, en la que cabe la colaboración con la sociedad civil, con respeto a los principios constitucionales y de acuerdo a criterios de objetividad y eficacia.

— La modernización del concepto de «*políticas activas de empleo*», a las que se considera « *verdaderas herramientas de activación frente al desempleo*», a partir de una concepción integral de la política de empleo, que hace imprescindible la complementariedad y relación de las medidas activas de empleo con la prestación económica por desempleo así como la articulación de dichas políticas en torno a itinerarios de atención personalizada a los demandantes de empleo, en función de sus características y requerimientos personales y profesionales.

* * *

Como resultado del proceso de reformas del Servicio Público de Empleo que arranca en los primeros noventa del pasado siglo con la decisión del legislador de suprimir, en el marco de las reformas legislativas operadas en el bienio 1993-1994, el monopolio que venía ejerciendo el INEM en la mediación de las contrataciones laborales, admitiéndose a partir de ese momento la existencia de agencias de colocación sin ánimo de lucro

así como la actuación de empresas profesionalmente dedicadas al préstamo temporal de mano de obra (ETT s), y prosigue con la política de descentralización, orgánica y funcional, de los programas y servicios de empleo mediante la asunción, a partir del año 1997, de un número creciente de competencias en esta materia por parte de las Comunidades Autónomas, contamos en la actualidad con un modelo de ordenación de la colocación y, más ampliamente, de gestión del empleo del que pueden predicarse, entre otras, y sin perjuicio de que a lo lar go de esta Ponencia se estudien con más detalle, las siguientes características [43]:

— Una pluralidad de sujetos actuando en el mercado de trabajo, lo que se traduce en la coexistencia de la intervención pública y privada. La crisis del modelo socialdemócrata de colocación que se produce a partir de los años noventa supondrá en España la admisión de un cierto espacio para la iniciativa privada, que en todo caso se desarrollará bajo supervisión pública, frente al modelo de colocación anterior en el que toda intermediación privada en el mercado de trabajo resultaba prohibida.

— Esta nota de diversidad en los agentes de empleo también se da desde la perspectiva de los sujetos públicos, como consecuencia de la actuación de las Comunidades Autónomas a través de sus propios servicios públicos de empleo, creados por aquéllas una vez que les fueron transferidas las competencias en la materia. De ello resulta una nota de descentralización en el ámbito de la gestión del empleo y más concretamente de la actividad pública de intermediación laboral, característica desconocida hasta finales de la última década del pasado siglo.

— Como se sabe, el Derecho del Empleo ha ordenado específicamente las actividades de intermediación laboral y de trabajo temporal, pero se ha desentendido de otras actividades que están desarrollándose de forma or ganizada y lucrativa en el mercado de trabajo y para las que también hay demanda; el problema sur ge porque algunas de esas actividades (recolocación, selección, etc.) están muy próximas a las reguladas en sus contenidos y objetivos, pero las enti-

---

[43] En general, sobre las características del actual modelo de colocación en España, *vid*. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y L ÁZARO CARRETER, J. L.: «La intermediación», *cit*., pág. 122. La doctrina ha calificado dicho modelo como «modelo liberal y no intervencionista» (SOBRINO GONZÁLEZ, G. M.ª: La Política de Colocación..., cit., pág. 63), si bien esta calificación puede no ser del todo correcta, sobre todo si más que de «modelos de colocación» hablamos de «modelos de gestión del empleo», porque una cosa es admitir la existencia de organismos privados de colocación y otra muy distinta que el Estado quede relegado a una mínima intervención —que es lo propio de un régimen liberal— y se limite a mantener un Servicio Público de Empleo, de inspiración asistencialista, para no desamparar al ciudadano ante un derecho que le corresponde, situación ésta que creemos no refleja la realidad de los SPEs en nuestro país ni en los demás Estados de la UE.

dades que las prestan no respetan los límites ni cumplen las obligaciones que la legislación impone a las agencias de colocación y a las ETTs, lo que obliga a plantear la aplicación o no de sus reglas [44]; todo ello sin perjuicio de que, ya en un plano diverso, el Estado español pueda estar incumplimiento compromisos internacionales al hacer dejación de su deber de controlar la actividad de esos otros agentes que también intervienen el mercado de trabajo.

— Todos los operadores actúan en un mercado abierto de carácter europeo, en aplicación de las libertades de establecimiento, de prestación de servicios y de circulación de trabajadores en el interior del territorio de la Unión Europea.

— Frente a la gratuidad de la intermediación pública laboral, que actualmente gestionan los servicios de empleo autonómicos, la mediación privada puede no ser gratuita, pues la normativa española, a pesar de excluir la finalidad lucrativa en este sector del mercado de trabajo, permite a las agencias de colocación cobrar una compensación en concepto de gastos, previsión ésta no del todo acorde con las disposiciones del Convenio núm. 181 de la OIT , en el que se establece como principio general la gratuidad de los servicios de las agencias de empleo para los trabajadores, aunque el propio Convenio prevé excepciones a esta regla general.

— Voluntariedad en el uso de los servicios de colocación disponibles. Tanto los empleadores como los trabajadores son libres de recurrir a ellos, sin que se les obligue, como en el pasado, a recurrir a las oficinas públicas de empleo. No obstante, ha de admitirse que el hecho de estar inscrito en los servicios públicos de empleo proporciona una serie de ventajas, tanto a los trabajadores inscritos como a las empresas que los contraten, por lo que la voluntariedad en este caso es relativa.

— Integración de los servicios públicos de empleo en una estructura supranacional. Para facilitar la libre circulación de trabajadores en Europa es necesario que el flujo de información sobre ofertas y demandas de empleo no se quede en el nivel nacional, sino que hay que crear mecanismos que hagan llegar dichas ofertas a los trabajadores y empresarios situados en otros Estados. Para conseguirlo el Derecho comunitario ha establecido un sistema de coordinación de los servicios nacionales de empleo, la red EURES, que pretende facilitar la movilidad y colocación de los trabajadores.

* * *

[44] Rodríguez-Piñero Royo, M. C., Lázaro Sánchez, J. L. y Valdés Alonso, A.: «Otras actividades en el mercado de trabajo», en *Lecciones de Derecho del Empleo,* 2, cit., pág. 142.

Antes de seguir profundizando en el régimen jurídico de los múltiples agentes que intervienen en el mercado de trabajo parece necesario establecer una definición de intermediación, actividad cuyos contornos han sido tradicionalmente difusos, confundiéndose durante mucho tiempo con la política de colocación, convenientemente reformulada a partir de la Ley 56/2003 como política de empleo, de la que, en rigor , la intermediación constituye un instrumento o herramienta junto con las demás políticas activas.

El concepto de intermediación laboral se recoge actualmente en el artículo 20 de la Ley de Empleo, a cuyo tenor: «La intermediación laboral es el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación». Y añade: «La intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades». Conforme al nuevo texto legal, la política de empleo cuenta con varios instrumentos, entre los que se encuentra la intermediación —los otros dos son las políticas activas de empleo y la coordinación entre éstas y las políticas pasivas de empleo—, la cual comprende la actividad de colocación, esto es, la puesta en contacto de la oferta y la demanda de empleo.

La definición de lo que se entiende por intermediación constituye, según la Exposición de Motivos de la LE, uno de los objetivos esenciales de esta norma, pues hasta ese momento ninguna otra disposición de derecho interno —ni la LBE ni el RD 735/1995, de 5 de mayo— había definido dicha actividad. En efecto, la LBE, que no hablaba de intermediación sino de colocación, ni siquiera definía ésta sino que se limitó a describir las medidas que formaban parte de la política de colocación al señalar en su artículo 38 que ésta «comprende las acciones tendentes a proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas». Por su parte, el RD 735/1995 se refiere a la intermediación como la actividad en la que las agencias de colocación colaboran con el INEM, y precisa que la actividad de las agencias es «ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empleadores a la contratación de los trabajadores apropiados para satisfacer sus necesidades». Pero se trata, como puede verse, de una noción finalista, caracterizada por el resultado, que no describe en qué consiste la actividad en sí misma, o lo hace en términos tan amplios e imprecisos que dificulta enormemente su conocimiento.

Este estado de anomia siempre ha estado en el origen de abundantes conflictos a la hora de distinguir entre la intermediación laboral, como actividad de puesta en contacto de oferentes con demandantes de empleo

susceptible de ser gestionada por sujetos privados bajo reserva de autorización, y otras actividades más o menos afines pero sometidas a régimen jurídico diverso, como pueden ser las orientadas a conseguir la inserción de los demandantes en el mercado laboral[45], la actividad de cesión temporal de mano de obra[46], la de selección de trabajadores[47], el suministro de información al mercado de trabajo de la existencia de ofertas y demandas de empleo pero sin intermediación, o la prestación de servicios por empresas auxiliares (bajo la modalidad de subcontratación u otras figuras interpositorias). Aunque nos detendremos en estas cuestiones más adelante, interesa destacar en este momento que el sometimiento al procedimiento de autorización previsto en el artículo 16.2 ET y en el RD 735/1995 va a ser necesario para quienes intermedien en el mercado de trabajo, por lo que se impone una clarificación del concepto.

En cuanto a la expresión «*colocación*» que aparece en la definición legal de intermediación, existen diferencias entre el contenido de ambas, pues mientras que aquélla define el fin y la totalidad del proceso por el que el demandante consigue un empleo, la intermediación es una faceta de ese proceso complejo, cuyo objetivo es conseguir que los trabajadores en paro encuentren un puesto de trabajo [48] y en el que, junto a las labores informativas y de conexión con las ofertas empresariales existentes, se hace necesario llevar a cabo otras tareas que permitan alcanzar la finalidad buscada (formación, orientación, selección...) [49]. «Intermediación» y «colocación» son dos expresiones que habitualmente se han confundido, hasta el extremo que cuando se habla de colocación normalmente se piensa en la intermediación, y ello probablemente sea consecuencia, como alguien ha apuntado, de la especial preocupación por esta concreta actividad de entre la diversidad de acciones que conforman la colocación[50].

---

[45] Véase el RD 735/1995, de 5 de mayo, Título II, y la Orden de 10 de octubre de 1995, que regula los Planes de Servicios Integrados para el Empleo y los Convenios con las entidades asociadas de dichos servicios.

[46] Actividad prohibida por el artículo 43 ET , salvo cuando se lleve a cabo por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas. La regulación de estas empresas, como se sabe, está contenida en la Ley 14/1994, de 1 de junio, desarrollada reglamentariamente por el RD 4/1995, de 13 de enero.

[47] Silenciadas normativamente tras la de derogación por el RDL 18/1993 del artículo 40.2 LBE, que se refería a ellas de forma adjetiva o indirecta, pero que siguieron actuando con base a dispuesto en el artículo 44.1 y 3 LBE.

[48] Como ha apuntado MARTÍN VALVERDE, A.: «La supresión del monopolio público de la colocación», en VV.AA.: *Reforma de la Legislación Laboral*. *Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, AEDTSS, Marcial Pons, 1995, pág. 59, la colocación no es un acto único, sino un «proceso más o menos complejo, desarrollado en el estadio previo al contrato de trabajo y que tiene por objeto precisamente conseguir la celebración del mismo».

[49] LÁZARO SÁNCHEZ, J. L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, Sevilla, CARL, 2003, pág. 112.

[50] *Ibidem*.

Pues bien, el artículo 20 abandona la terminología de la LBE, que hablaba de «política de colocación» y opta por la de «intermediación laboral» para aludir al conjunto de medidas, cuyo objeto y fin último no es otro que la colocación de los demandantes de empleo; con ello parece que la ley desea trazar una nítida línea entre el estadio previo al contrato, es decir, la puesta en contacto entre la oferta y la demanda (intermediación) y la celebración del mismo (colocación)[51]. En cualquier caso, resulta indiscutible que la LE atribuye a la intermediación laboral una notable autonomía dentro de la política de empleo, de lo que, consecuentemente, se hace eco este artículo 20, al presentarla como el eje central en torno al cual giran engranadas las políticas activas necesarias en cada situación para adecuar la oferta con la demanda de empleo [52].

La noción de intermediación coincide, por otra parte, con la descripción que contiene la normativa de la OIT. En efecto, el Convenio núm. 181 de la OIT, aunque no contiene una referencia expresa a la intermediación, se refiere a esta actividad cuando establece en su artículo 1.a) que las agencias de empleo privadas son aquéllas que, entre otros servicios relacionados con el mercado de trabajo, se dedican a «vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse». Por otro lado, el Convenio define también de forma negativa la intermediación, al considerar como actividad distinta de ésta, aunque compatible con ella, la cesión temporal de trabajadores; así, en el citado artículo 1, pero en su párrafo b), se define como otra de las actividades propias de una agencia de empleo, la consistente «en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante, «empresa usuaria»), que determine sus tareas y supervise su ejecución». La diferencia principal entre intermediación y cesión estriba, como se sabe, en el dato de la previa contratación del trabajador por parte de la ETT, que se convierte de este modo en empleadora y, consiguientemente, en algo más que un simple intermediario. Por último, el Convenio núm. 181 OIT realiza una segunda delimitación negativa de intermediación, al recoger, una vez más, en su artículo 1.º, párrafo c), después de la intermediación y la cesión, «otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad

---

[51] Montoya Melgar, A. y Cristóbal Roncero, R.: *Comentario a la Ley de Empleo*, cit., pág. 116. En cambio, para otro sector doctrinal el concepto de intermediación acuñado por la LE carece de la novedad pretendida, ya que difiere muy poco del concepto de colocación manejado por el artículo 38 de la derogada LBE. En este sentido se ha pronunciado Luján Alcaraz, J.: «La Ley (básica) de empleo de 2003», en *Aranzadi Social*, 2003-V, pág. 389. En la misma línea, Sobrino González, G.: *op. cit*., pág. 59, sostiene que la LE, al definir la intermediación en su artículo 20, «no hace ninguna aportación importante al respecto, si bien al utilizar la definición de política de colocación aportada por la LBE y redenominarla como «intermediación laboral» ha conseguido despejar las dudas respecto al significado de ésta última.

[52] Montoya Melgar, A. y Cristóbal Roncero, R.: *op. y loc. cits*

competente, previa consulta con las or ganizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin por ello estar destinados a vincular una oferta y una demanda específicas».

* * *

Como ha quedado dicho, a partir de la reforma de 1993-1994 el modelo español de intermediación laboral se va a caracterizar por la coexistencia entre sujetos públicos y privados [53] y por la descentralización de la función pública de intermediación como resultado de la asunción por los servicios de empleo creados y regulados por las distintas Comunidades Autónomas de la actividad de intermediación que antes llevaba a cabo el INEM en régimen de exclusividad

Reflejo normativo de esta nueva realidad institucional, donde la intermediación laboral se presenta como una actividad coparticipada y descentralizada, es la enunciación que de los sujetos intervinientes en la misma realiza el artículo 21 LE: a) los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades, públicas o privadas, que colaboren con los mismos (universidades, corporaciones locales, or ganizaciones empresariales y sindicales, colegios profesionales, etc.); b) las agencias de colocación, debidamente autorizadas: c) aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior . De este modo, se ha consolidado un modelo de colocación caracterizado por la coexistencia de sujetos públicos y privados y por la descentralización de la intermediación.

Varias observaciones conviene efectuar ya a propósito de esta enunciación de agentes intermediadores:

— Las empresas de trabajo temporal no llevan a cabo una labor de intermediación propiamente dicha, razón por la que el artículo 21 LE no las menciona; coherentemente, la disposición final 2.ª de la LE dispone que dichas empresas ajustarán su actividad a lo dispuesto en la normativa reguladora de la mismas. Pero de lo que no cabe duda alguna es de que las ETT s también son sujetos que intervienen en el mercado de trabajo gestionando un volumen cada vez mayor de mano de obra.

---

[53] Este modelo está en consonancia con el previsto en el Convenio 181 de la OIT — hecho en Ginebra el 19 de junio de 1997, ratificado por España el 19 mayo 1999 y vigente en nuestro país desde 15 junio 2000— que apunta hacia un sistema de colocación basado en la colaboración entre agencias de colocación públicas y privadas, como vía de garantía del funcionamiento eficiente del mercado de trabajo que tenga efectos benéficos sobre el aumento de las colocaciones y promueva la calidad de los empleos. Para más detalles, remito a mi estudio «El Convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas (1997) y su incidencia en el sistema español de colocación», *Aranzadi Social*, 2000-V, págs. 105 y ss.

— Se echa en falta una mención específica a los servicios de empleo comunitarios (la red EURES), aun que sólo sea para reafirmar la necesidad de coordinación con los servicios nacionales de empleo.

— En aquellas Comunidades Autónomas —todas menos el País Vasco, Ceuta y Melilla— que ya han recibido las transferencias en materia de trabajo, formación y empleo, corresponde a los servicios autonómicos de empleo la gestión de la actividad pública de intermediación, sin concurrencia con el servicio público de empleo estatal.

— No se regula suficientemente la coordinación entre los servicios públicos de empleo y las agencias privadas de colocación, situación que habrá de solventarse reglamentariamente y a la mayor brevedad, dado el desfase en el que ha incurrido la actual regulación de estas agencias, construida por referencia a un modelo centralizado de gestión pública de la colocación donde el INEM aparece como el único interlocutor válido de la Administración con dichas agencias, situación que ha cambiado sustancialmente con la aparición de los servicios autonómicos de empleo [54].

— El reconocimiento de la intermediación pública —obligado por los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español— se hace poniendo al mismo nivel las formas de gestión directa por los servicios públicos de empleo y las formas de gestión indirecta, esto es, por «entidades colaboradoras» o externas. En relación con lo anterior , se prorroga el estatus de las entidades que a la entrada en vigor de la LE vinieran colaborando con los servicios públicos de empleo, en tanto no se desarrolle reglamentariamente un nuevo régimen de colaboración con tales servicios[55]. Desde luego, la LE es producto de su tiempo y , como ha

[54] Por ello, sorprende que en la nueva redacción dada al artículo 16.1 ET por el artículo 37.Tres de la Ley 63/2003, de 30 de diciembre, no se haya contemplado el nuevo estado de la cuestión y siga diciéndose que «el *servicio público de empleo* podrá autorizar, en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del *Instituto Nacional de Empleo*, la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos...».

[55] Así lo prevé la Disposición Transitoria Primera de la LE, según la cual: «Las entidades que a la entrada en vigor de esta ley colaborasen con los servicios públicos de empleo, mantendrán tal condición de acuerdo con la normativa en virtud de la cual se estableció la colaboración, en tanto no se desarrolle reglamentariamente un nuevo régimen de colaboración con los servicios públicos de empleo. Esta regulación establecerá los requisitos mínimos de las entidades para colaborar en la gestión, sin perjuicio del desarrollo que en cada comunidad autónoma pueda hacerse de la misma». De este modo, los textos normativos de referencia continúan siendo el RD 735/1995, de 5 de mayo (Título II, arts. 18 a 27) y la Orden de 10 de octubre de 1995, sobre agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo y los convenios con las entidades asociadas de los servicios integrados para el empleo (modificada por la Orden ministerial de 30 de octubre de 1997).

señalado la doctrina, «no hace sino reflejar lo que ya es una práctica consolidada y generalizada en la actualidad, pero lo hace de forma tan genérica e indiscriminada que suscita múltiples dudas, como por ejemplo la configuración de estas entidades como auténticos sujetos intermediarios»[56].

— Otro punto oscuro en la regulación que de los intermediarios hace la LE lo constituye el tratamiento que su artículo 21.c) dedica a los «servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior», precepto éste cuyo laconismo suscita dudas interpretativas acerca de: a) si su función de intermediación va dirigida a trabajadores extranjeros que busquen una ocupación en España o, por el contrario, a los trabajadores españoles demandantes de empleo en otro Estado; y b) si se trata de servicios ya existentes y operativos o de servicios pendientes de creación y regulación mediante un posterior desarrollo reglamentario de la norma que aún está por aparecer [57].

— Aunque la actividad de intermediación que llevan a cabo los servicios públicos de empleo es hoy casi testimonial, la LE considera, con buen criterio, que es preciso potenciarla y mejorar su eficacia. El objetivo se retoma, como veremos, en el Acuerdo Social de 9 de mayo de 2006, para la mejora del crecimiento y del empleo. En este sentido, entre los principios de or ganización y funcionamiento del Sistema Nacional de Empleo, el artículo 8.4 LE alude expresamente a la necesidad de incrementar la «calidad en la prestación del servicio, favoreciendo el impulso y la permanente mejora de los servicios públicos de empleo para adaptarse a las necesidades del mercado de trabajo, con aprovechamiento de las nuevas tecnologías como elemento dinamizador del cambio, con dotación suficiente de recursos humanos y materiales que posibiliten una atención especializada y personalizada tanto a los demandantes de empleo como a las empresas».

---

[56] Molina Hermosilla, O. y Molina Navarrete, C.: «Más acá y más allá...», *cit*., pág. 55.

[57] Sin perjuicio de que un futuro desarrollo reglamentario de la LE 203 determine unos agentes de intermediación específicos a tal efecto, en la actualidad esta función la viene realizando el Servicio de Empleo Exterior de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones (MTAS) en el que existe un Registro de demandantes de empleo en el exterior (REDE), donde se inscriben los españoles demandantes de empleo que desean seguir una carrera profesional extramuros del Espacio Económico Europeo, así como las ofertas de empleo por parte de empresas que dispongan de vacantes de puestos de trabajo para ciudadanos españoles en países no pertenecientes a la Unión Europea ni al EEE. Si lo que estos demandantes buscan es empleo en otro Estado de la UE o del EEE, entonces la intermediación corresponde a los Servicios Públicos de Empleo en el marco de su competencia de gestión de la red EURES. Cfr. Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J. L. y G arcía Valverde, M.ª D.: «Servicios Públicos de Empleo», VV.AA.: *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*. *XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, CARL, 2005, pág. 186.

— Además de los referenciados en el artículo 21 LE, otros muchos sujetos intervienen en el mercado de trabajo —agencias de *outplacement*, *head-hunters* y otros—, sin olvidar las crecientes posibilidades que está demostrando la intermediación *virtual*. A ninguno de estos fenómenos se refiere, empero, la LE, lo que habría sido muy conveniente y hasta necesario dada su caracterización, no formal pero sí material, como ley «básica», en la que deberían estar contempladas, aunque sólo fuera para recoger los principios generales de su ordenación, sus objetivos y sus límites, la multitud de figuras, técnicas e instrumentos que actualmente operan en el mercado de trabajo, sirviendo dicha regulación básica como punto de encuentro y núcleo de articulación para una pluralidad de regulaciones especiales.

Téngase en cuenta que el mercado de trabajo genera una demanda de determinados servicios, y esos servicios tienen un valor económico, por su importancia para empresas y trabajadores. Pero la lógica de funcionamiento de la iniciativa privada es muy distinta a la de la iniciativa pública. Por ello, el Estado no puede desentenderse de estos nuevos fenómenos, sino que, además de prestar él directamente los servicios que el mercado de trabajo reclama (mediación, formación, etc.), debe actuar como regulador y controlador de las actividades y servicios desarrollados por otros sujetos, velando en todo momento por que no se produzcan prácticas abusivas ni situaciones de explotación, a las que, por otra parte, tan propensos resultan los demandantes de empleo que necesitan con ur gencia un ingreso con el que hacer frente a sus necesidades vitales.

En este sentido, adquieren singular relevancia dos de los principios básicos que, según el artículo 22 LE, deben informar la actividad de intermediación realizada por los servicios públicos de empleo y por cuantas entidades colaboran con ellos: el respeto a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizando la plena transparencia del proceso de selección[58]; y la gratuidad de la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades que colaboren con ellos. De esta regla de la gratuidad se exceptúan las agencias de colocación, las cuales, según el artículo 16.2 ET , no tendrán ánimo de lucro pero sí podrán car gar a sus usuarios (empresarios o trabajadores) los gastos generados por la mediación.

[58] El actual artículo 16.2 ET (redactado con arreglo al artículo 37.T res Ley 63/2003) dispone que las agencias de colocación «deberán garantizar , en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate».

II. LA POLÍTICA DE EMPLEO EN LA LEY 56/2003 DE EMPLEO: DEFINICIÓN, COMPETENCIAS Y OBJETIVOS

Desde el punto de vista sustantivo, el eje de la LE lo constituye la *política de empleo*. Esta se define, de forma más completa y precisa que en la anterior LBE [59], y con la referencia constitucional que representan los arts. 40 y 41 CE, como «el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo» (art. 1 LE). En esencia, la definición legal asume la tradicional caracterización de las políticas de empleo como conjunto de iniciativas de apoyo al empleo y de intervención en el mercado de trabajo con la finalidad de satisfacer «determinados objetivos cuantitativos y cualitativos sobre ocupación de los ciudadanos» [60].

Por otro lado, se reconoce y regula expresamente el papel de las dos Administraciones, la estatal y la autonómica, en la planificación y ejecución de las políticas de empleo, con atribución de las competencias que corresponden a una y otra (art. 3 LE). Supuesta la superioridad de los criterios emanados de la Unión Europea en materia de empleo, este precepto señala como *competencias estatales* que el Gobierno ejercita a través o a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: *a)* la coordinación de la política de empleo, en el marco de los acuerdos adoptados por la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales; *b)* la aprobación de los proyectos de normas con rango de Ley y la elaboración y aprobación de las disposiciones reglamentarias en relación con la intermedia-

---

[59] A tenor de su artículo 1.1, «la política de empleo es el conjunto de decisiones que tienen como finalidad esencial la consecución del equilibrio a corto, medio y lar go plazo, entre la oferta y la demanda de trabajo, en sus aspectos cuantitativos y cualitativos, así como la protección de las situaciones de desempleo».

[60] Para esta caracterización de lo que sea «política de empleo» o «política del mercado de trabajo», MARTÍN VALVERDE, A.: «La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo», *Documentación Laboral*, núm.9, 1983, pág. 63. Para la consecución de sus objetivos, la política de empleo dispone de una amplia gama de actuaciones institucionales y de medidas técnicas singulares, que cabe clasificar , con PALOMEQUE LÓPEZ, C.: «Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales», en MARTÍNEZ ABASCAL, A-V. (Coord.), *Política de empleo y protección social,* Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social, Editorial Gráficas-Signo, Esplugues de Llobregat (Barcelona), 1996, pág. 25, en los siguientes grupos: 1)medidas de actuación sobre la oferta de empleo, para incrementar la capacidad ocupacional del sistema económico (creación de empleo); 2) medidas de actuación sobre la demanda de empleo u oferta de mano de obra (reparto de trabajo); 3) actuación sobre el equilibrio o ajuste entre la oferta y la demanda de empleo (colocación y flexibilización); y 4) protección del desempleo o paro forzoso.

ción y colocación en el mercado de trabajo, fomento de empleo, protección por desempleo, formación profesional ocupacional y continua en el ámbito estatal, así como el desarrollo de dicha ordenación, todo ello sin perjuicio de las competencias que en materia de extranjería corresponden al Ministerio del Interior; *c)* la gestión y control de las prestaciones por desempleo y *d)* la elaboración, de conformidad con la Estrategia Europea de Empleo y con la participación de las Comunidades Autónomas y de los agentes sociales, de los *planes nacionales de acción para el empleo*, que se configuran como un instrumento esencial de planificación de la política de empleo.

Por su parte, las Comunidades Autónomas son competentes, de conformidad con la Constitución y sus Estatutos de Autonomía, para: *a)* el desarrollo de la política de empleo, *b)* el fomento del empleo y *c)* la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidas. Por tanto, las CC.AA. son competentes tanto para desarrollar las políticas estatales de empleo (incluida la «ejecución de los programas» a que el precepto alude), en virtud de la transferencia de competencias en materia de trabajo, formación y empleo, como para elaborar y aplicar programas y acciones para el fomento del empleo, todo ello dentro de su propio territorio. En cuanto a la referencia del precepto que comentamos a la ejecución de la legislación laboral, la misma debe interpretarse en clave de ejecución de la legislación de empleo como parte integrante de la más amplia legislación laboral que, indiscutiblemente, corresponde al Estado ex. artículo 149.1.7.ª CE. La coordinación entre los ámbitos estatal y autonómico de competencia en materia de empleo se logra mediante la participación de las CC.AA. en la elaboración de los Planes nacionales de acción para el empleo, siendo a través de este conducto que las CC.AA. establecerán, de acuerdo con las obligaciones establecidas en la Estrategia Europea de Empleo, los programas de empleo en sus respectivos ámbitos territoriales (art. 3.3, *in fine*, LE).

Junto al Estado y las Comunidades Autónomas, otro actor de la política de empleo mencionado en la LE son los entes locales. De hecho, el ámbito local es la esfera de la política de empleo más cercana al ciudadano. Por consiguiente, esta esfera tiene gran importancia, como ha sido destacado por la UE, sobre todo, cuando se relaciona con los nuevos yacimientos de empleo entendidos, por muchos, como la gran solución al problema del empleo en Europa, y en España en particular . Prueba de ello es que el artículo 2.2.a) del Reglamento 1262/1999/CE indica que debe tenerse en cuenta «la necesidad de apoyar el desarrollo local, incluidas las iniciativas de empleo local y los pactos territoriales» de empleo. A la dimensión local de la política de empleo se refiere el artículo 4 LE, conforme al cual, y de acuerdo con lo establecido en la Estrategia Europea de Empleo, «las políticas de empleo en su diseño y modelo de gestión deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarlas a las

necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local». A tal efecto, los Servicios Públicos de Empleo de las CC.AA. establecerán los mecanismos de colaboración oportunos y, en su caso, de participación con las corporaciones locales para la ejecución de los programas y medidas de las políticas activas de empleo.

Aunque la referencia a los poderes públicos se realiza en el artículo 40.1 CE no contiene indicación alguna sobre su alcance subjetivo, no es dudoso que esa misma indeterminación autoriza a encuadrar en ese ámbito, junto a los restantes sujetos que integran el Estado, a los de orden comunitario. Dada la fecha de su promulgación, anterior a la adhesión de España a la Comunidad Europea, la LBE no contemplaba a esa or ganización internacional como sujeto de la política de empleo (tampoco a las Comunidades Autónomas). Como era de esperar , la LE se coloca ya en plena sintonía comunitaria, contemplando el desarrollo de la política de empleo no sólo en perspectiva interna, «dentro de las orientaciones generales de la política económica», sino también externa, al ubicarse «en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea». Aunque no es el objeto central de esta ponencia, importa señalar al menos que, desde el punto de vista constitucional, la clave de bóveda de la política comunitaria sobre el empleo descansa en la plena aplicación del principio de subsidiariedad y, derivadamente, en la necesidad de una cooperación interestatal, fomentada y, en su caso, complementada por la UE [61].

Contrastando con su papel meramente testimonial en el engranaje de la política de empleo a nivel comunitario, los interlocutores sociales desempeñan en cambio un papel crucial tanto a nivel estatal como local en materia de empleo. En esta dirección, por ejemplo, se promueve la participación de los agentes sociales en la elaboración de los Planes Nacionales de Acción, algo que viene ocurriendo desde el Plan de 1999. A esta manifestación de participación institucional se refiere el artículo 3.3 LE, atribuyendo su ejercicio a las or ganizaciones empresariales y sindicales más representativas. Las mismas or ganizaciones estarán presentes en los Servicios públicos de empleo, estatal y autonómicos (art. 8.1 LE). Al margen de esta colaboración institucionalizada, la intervención de los interlocutores sociales en materia de empleo se ha traducido en la suscripción de Acuerdos Marco —paradigmático el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo de 1997; más recientes, los Acuerdos anuales sobre negociación colectiva y el Acuerdo de 9 de mayo de 2006 para la mejora del crecimiento y del empleo— y convenios colectivos ordinarios

[61] Martínez Abascal, V-A.: «Derecho al trabajo y políticas de empleo», en VV. AA. (Sempere Navarro, A-V., dir.): *El modelo social de la Constitución Española*, Madrid, MTAS, 2003, pág. 1346.

que, con intensidad mayor o menor e incidiendo en cuestiones de distinta trascendencia, vienen ocupándose de esta temática (compromisos empresariales de mantenimiento de empleo, control de la causalidad de la contratación temporal, transformación de contratos temporales en fijos, limitación de horas extraordinarias, formación del trabajador ...).

Aunque la participación institucional de las or ganizaciones empresariales y sindicales constituye un elemento clave para la eficacia de las políticas de empleo, se echa de menos en el diseño y puesta en práctica de tales políticas un llamamiento de los poderes públicos a la implicación activa de otras or ganizaciones vertebradoras de la sociedad civil or ganizada (organizaciones representativas de las empresas de economía social, de consumidores, del sector agrícola y del marítimo-pesquero), en línea con el «*método abierto de coordinación*» iniciado tras la Cumbre de Lisboa y que se ha convertido en una característica clave de las nuevas políticas de empleo, de inclusión social y de gobernanza que se están delimitando en el ámbito europeo. Tal y como se expresó en el Voto Particular del Grupo Tercero al dictamen elaborado por el CES sobre el Anteproyecto de Ley de Empleo, «No debería excluirse ninguno de los esfuerzos sociales que contribuyan significativamente a la mayor creación de empleo».

En otro orden de cosas, es comúnmente aceptada la estrecha relación que la política de empleo mantiene con el Derecho del Trabajo, sobre todo desde la crisis económica de la década de los setenta, cuando el grave problema del empleo adquiere una importancia transcendental para la legislación laboral. Las conexiones son también evidentes con la política económica. De hecho, la misma forma parte y se encuadra en la política económica del Gobierno y se erige en uno de los elementos de la política orientada al pleno empleo a que alude el artículo 40.1 CE. En este sentido, se ha llegado a considerar que la política de empleo debe enmarcarse en el objetivo global de eficacia y competitividad del sistema económico. Esta interrelación se destaca en la propia LE, como antes hiciera la LBE, cuando señala que la política de empleo «se desarrollará dentro de las orientaciones generales de la política económica» (art. 1, pár. 2.º).

La consecución de pleno empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y la demanda de empleo y la calidad del empleo, son también elementos clave en la definición de política de empleo que suministra el artículo 1.º.1 de la LE. Por empleo de «calidad» quiere significarse empleo estable, desde el cambio de estrategia observado en las políticas activas de empleo a partir de 1997; pero también se procura dar efectividad a un aspecto escasamente atendido del derecho a la libre elección de profesión u oficio a través de la dimensión productiva y de calidad que pretende imprimirse al empleo. En cambio, silencia la LE lo que deba entenderse por «pleno empleo». Desde luego, no es ésta una noción

que deba tomarse al pie de la letra, como consecución de un estado de completa ausencia de desempleados, sino en su acepción más común de paro friccional, el cual se configura como un breve intervalo de expectativa hasta el que trabajador vuelva a ser requerido en su antiguo puesto de trabajo o en uno nuevo acorde a sus posibilidades [62]. Pero, aún así, es este un objetivo de la política de empleo que no se plantea como un logro inmediato. Para comprobarlo conviene reparar inicialmente en que ahora se introduce, de forma novedosa, en la definición de la política de empleo, junto a la protección de las situaciones de desempleo que ya recogía la LBE, la finalidad de «reducir las situaciones de desempleo», con lo que parece que se ha renunciado al más ambicioso objetivo de su «supresión», cuando menos tendencial, y dejando a salvo siempre la existencia de un paro friccional.

Las diferencias entre la LE y su predecesora la LBE se hacen todavía más patentes al comparar los *objetivos de las políticas de empleo* fijados en una y otra norma. En efecto, para la LBE tales objetivos se cifraban básicamente en el aumento del nivel de empleo y en la eficacia de la protección de las situaciones de desempleo. La actual ley es mucho más ambiciosa: conforme a su artículo 2, la política de empleo tiene como «objetivos generales» a) la garantía de la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo; b) el mantenimiento de un sistema eficaz de protección por desempleo comprensivo no sólo de las prestaciones por desempleo sino, en coordinación con éstas, de las políticas activas de empleo; c) la definición y el desarrollo de medidas preventivas frente al desempleo mediante acciones integradas de políticas activas que mejoren la ocupabilidad y a través de acciones formativas que faciliten al trabajador el mantenimiento y la mejora de su calificación profesional, empleabilidad y , en su caso, recalificación y adaptación de sus competencias profesionales a los requerimientos del mercado de trabajo; d) la atención particular de aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años; e) el mantenimiento de la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio estatal, promoviendo la corrección de los desequilibrios territoriales y sociales; f) el aseguramiento de la libre circulación de los trabajadores, especialmente facilitando la movilidad geográfica estatal o europea de quienes desean trasladarse por razones de empleo; y g) la coordinación de la política de empleo en sentido estricto con los fenómenos migratorios internos y externos.

---

[62] BEVERIDGE, L.: *Pleno empleo en una sociedad libre*. *Informe II*. Madrid, MTSS, 1988, págs. 38-39 y 463.

III. EL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

1. Normas generales

1.1. Concepto, órganos y fines

El nuevo mapa institucional del Estado, con la diversificación funcional y territorial de la gestión de las políticas de intermediación laboral y de fomento del empleo, los compromisos adquiridos con la Estrategia Europea de Empleo o los propios cambios sobrevenidos en el mercado de trabajo justificaron claramente la aprobación de la Ley 56/2003, de Empleo, cuyas principales características ya han sido apuntadas.

La implicación de diversas Administraciones en relación con la política de empleo exige no sólo una precisa distribución de competencias entre cada una de ellas sino también la fijación de mecanismos y principios de cooperación y coordinación. La necesaria or ganización institucional de conjunto de competencias fijado en el artículo 3 LE, de acuerdo con los objetivos fijados para la política de empleo en su artículo 2 y con los principios de unidad de mercado y coordinación de políticas que inspira esta materia —como se encar ga de repetir, hasta la saciedad, la propia LE— precisa del establecimiento y ordenación de un entramado armónico y eficaz de estructuras y acciones capaces de asegurar el cumplimiento de aquéllos[63]. A esta finalidad responde la creación de una estructura «integrada» y «articulada» a la que la LE denomina, por analogía con el Sistema Nacional de Salud, Sistema Nacional de Empleo (SNE) [64], que es el resultado de la interacción de una pluralidad de Administraciones y organismos que cumplen sus cometidos de acuerdo con los principios de desconcentración, descentralización territorial y coordinación funcional. Lo que en la LBE eran simplemente «servicios de empleo» o «servicios del INEM», en la LE se elevan a la categoría de «Sistema Nacional de Empleo».

El artículo 5 LE, combinando la doble perspectiva or gánica y funcional, define el SNE como «el conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo». El SNE queda integrado por el *Servicio Público de Empleo Estatal* (SPE/E), denominación ésta acorde con la nueva situación político-territorial, y por los *Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas* (SPEs/CA). Ni aquél ni éstos constituyen una auténtica novedad de la LE; tanto el SPE/E (bajo otra denominación, INEM) como los SPEs/CA pre-

---

[63] Molina Hermosilla, O. y M olina Navarrete, C.: «Más acá y más allá del trabajo: comentario a la Ley 56/2003....», *cit.*, pág. 48.

[64] Con el término *Sistema* se ha querido enfatizar el carácter ordenado, finalista y coherente, obediente a un plan, de la ejecución de la política de empleo. Cfr . Montoya Melgar, A. y Cristóbal Roncero, R.: *Comentario*..., cit., pág. 49.

existían a la LE; lo que sí representa un aspecto innovador es el protagonismo que concede a los SPEs/CA, desconocidos en la LBE, para la que el único servicio público de empleo era el estatal, esto es, el INEM, que ejercía su labor a través de una vasta red de oficinas repartidas por toda España. El Sistema es, pues, único, pero no así el Servicio Público de Empleo, pues junto al estatal conviven otros 16 servicios públicos de empleo autonómicos —una por cada Comunidad Autónoma, con la excepción, por el momento, del País Vasco, aunque ello no significa que esta Comunidad carezca de su propio y muy singular diseño normativo, institucional y operativo en la materia—, haciendo imprescindible el establecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación que garanticen la coherencia y eficacia de esta pluralidad de estructuras y sus respectivas actuaciones.

En consecuencia, la configuración del SNE es nudamente jurídico-pública y, además, selectiva, dejándose fuera del mismo a un importante número de entidades y or ganismos, públicos y privados, que colaboran con los servicios públicos de empleo en el desarrollo de sus cometidos; y ello a pesar de que la LE contempla en su artículo 22 la posibilidad de que las entidades colaboradoras puedan realizar la labor de intermediación que corresponde a los SPEs, estableciendo como único límite la gratuidad del servicio para trabajadores y empleados [65].

Para el gobierno y gestión del SNE, el artículo 7 ha previsto dos *órganos*: la *Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales* —concebida como el instrumento general de colaboración, coordinación y cooperación entre las administraciones central y autonómica en materia de política de empleo[66]— y el *Consejo General del Sistema Nacional de Empleo* —que es el órgano consultivo de participación institucional en materia de política de empleo, de carácter tripartito y paritario, con un total de 68 miembros[67]—, este último aún sin constituir .

Para llevar a cabo sus cometidos, el SNE se sirve principalmente de tres *instrumentos*: el *Plan Nacional de Acción para el Empleo*, ya refe-

---

[65] Entiende Sobrino González, G.: *La política de colocación*, cit., pág. 210, que las agencias de colocación —incluidas las agencias de colocación virtuales— deberían haber sido reconocidas dentro del Sistema Nacional de Empleo.

[66] La Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, constituida en julio de 1996 en el marco de las previsiones del artículo 4 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, y del artículo 5.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no limita su competencia a la materia de política de empleo; prueba de ello es su actuación en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Ley 42/1997, de 14 de noviembre, artículo 16; RD 138/2000, de 4 de febrero, artículo 42).

[67] Diecisiete representantes de las Comunidades Autónomas, diecisiete representantes de la Administración General del Estado, diecisiete representantes de las or ganizaciones empresariales y diecisiete de las sindicales.

rido[68]; el *Programa anual de trabajo del SNE*, que ha de ser aprobado por la Conferencia Sectorial y el *Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo,* pieza decisiva para coordinar la gestión y posibilitar la colaboración de los distintos SPE en materia de políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo [69] (art. 7. 2 LE).

Si el artículo 2 fijaba los «objetivos» de la política de empleo, el artículo 6 determina los *fines* del SNE que, en buena parte, coinciden con aquéllos y, en todo caso, reproducen sustancialmente las líneas inspiradoras del funcionamiento del INEM [70]; también recuerdan, en gran medida, las directrices y orientaciones que concretan la política de empleo de la Unión Europea.

La primera y lógica finalidad es el fomento del empleo, materia a la que la LBE dedicaba todo un Título, y a la que se refiere, dentro de del fundamental Título VIII del Tratado CE, el artículo 126.2: «los Estados miembros considerarán el fomento del empleo como un asunto de interés común». Sinónimo del fomento del empleo es el apoyo a la creación de puestos de trabajo, especialmente dirigidos a colectivos con mayor dificultad de inserción laboral, pensando en los cuales el artículo 26.1 LE señala que «el Gobierno y las comunidades autónomas adoptarán, de acuerdo con los preceptos constitucionales y estatutarios, así como con los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea, programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, mujeres, parados de lar ga duración mayores de 45 años, disca-

---

[68] También conocido como Plan de ejecución de la Estrategia Europea para el Empleo.

[69] Las transferencias de la gestión de las políticas activas de empleo realizadas a las Comunidades Autónomas, con la consiguiente creación de los diferentes Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y Estatal, cada uno con responsabilidad sobre la gestión de empleo en su ámbito territorial, evidenció la necesidad de compartir entre todos ellos a nivel nacional la información relativa a la gestión de empleo, formación ocupacional y escuelas taller. En el mismo sentido se evidenció que, con independencia de que la gestión de empleo estuviera transferida a las Autonomías y no así la gestión de las políticas pasivas (prestaciones por desempleo), la cual compete al Servicio Público de Empleo Estatal-INEM, era necesario mantener la interrelación de las políticas activas y pasivas de empleo.

Como respuesta a las necesidades anteriormente expuestas, en 1999 se puso en marcha el Proyecto SISPE (Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo), cuya finalidad es permitir la integración de la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo que utilizan los distintos Servicios Públicos de Empleo, garantizando que todos ellos puedan compartir la información propia de su gestión (p. ej., las ofertas y demandas de empleo registradas en cada servicio autonómico) y mantener así la unidad del mercado laboral a nivel nacional y garantizar el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a un empleo.

Con la implantación del SISPE a comienzos de 2005, desaparece el sistema de gestión anteriormente vigente, conocido como SILE (Sistema de Información Laboral de Empleo), obsoleto y superado ya por el nuevo marco competencial español.

[70] Molina Hermosilla, O. y Molina Navarrete, C.: «Más acá y más allá del trabajo...», *cit*., pág. 48.

pacitados e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería». Ahora bien, esto no se puede interpretar en el sentido de que quede limitado el acceso a los servicios públicos de empleo para determinados colectivos considerados más favorecidos o que tienen menos dificultades para acceder al mercado de trabajo, pues cualquier ciudadano ha de tener la posibilidad de utilizar los servicios del SNE, por exigirlo así otro de los fines cuyo cumplimiento debe garantizar el sistema, que es el de igualdad y no discriminación en el acceso a sus servicios [arts. 6.1.c) y 22.2 LE], principio que impide una especialización subjetiva excluyente de los SPEs. Sin embargo, es perfectamente legítimo que el SNE se dedique principalmente a realizar una actividad de intermediación y de inserción a fin de que los más desfavorecidos puedan encontrar un empleo [71].

Otro deber del SNE es garantizar un «servicio de empleo público y gratuito» a trabajadores y empresarios, capaz de captar las ofertas de empleo del mercado de trabajo, sobre la base de una atención eficaz y de calidad con vistas a incrementar progresivamente sus tasas de intermediación laboral.

El deber público de ofrecer a trabajadores y empresarios un servicio de empleo público y gratuito responde a la tradición española, y también a las directrices internacionales. Sin perjuicio de que la suscripción del Convenio núm. 150 OIT (1978), sobre administración del trabajo, parece que obliga a los Estados a crear y dotar servicios con tal finalidad [72], de modo más preciso el Convenio núm. 88 de la OIT (de 1948)[73], sobre la organización del servicio de empleo, obliga a todos los Estados miembros de la organización que ratifiquen dicho Convenio a «mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito de empleo» (art. 1.1), obligación que no debe interpretarse como existencia de un solo servicio público de empleo en cada Estado (perspectiva orgánica) sino como sinónimo de configuración de la actividad de colocación como un servicio público (perspectiva funcional) que puede ser ejercido —como ocurre en España— por una pluralidad de órganos, integrados en un sistema nacional, como pide el Convenio OIT núm. 88, bajo el control de una autoridad central, pero realizando sus funciones con arreglo a un modelo de descentralización política y territorial [74]. Repárese en que la obli-

---

[71] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L. y GARCÍA VALVERDE, M.ª D. (coord..): «Servicios públicos de empleo», *cit*., pág. 154.

[72] El Convenio núm. 150 OIT fue ratificado por España el 13 de febrero de 1982.

[73] Ratificado por España el 14 de enero de 1960.

[74] Como ha puesto de relieve PÉREZ AMORÓS, F.: «Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración de la Política de Empleo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 26, 1986, pág. 198. De la misma opinión, SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios públicos de empleo e intermediación laboral de las Comunidades Autónomas (En el marco de la Ley de Empleo 56/2003)*, Valencia, tirant lo blanch, 2004, pág. 59.

gación de tener a disposición de empresarios y trabajadores un servicio público y gratuito de colocación se asigna al SNE, en el que se integran tanto el SPE/E —que actualmente ya no realiza esa labor— como los SPEs/CA —que se han hecho car go de la intermediación como una las competencias del INEM transferidas a las Autonomías—. En el mismo sentido, el artículo 1 de la Carta Social Europea (1961) proclama el compromiso de las Partes Contratantes de «establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores».

En el Derecho comunitario, la primera referencia expresa a esta materia la encontramos en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989), en cuyo artículo 6 puede leerse que «toda persona debe poder beneficiarse gratuitamente de los servicios públicos de colocación», y en términos casi idénticos se vuelve a pronunciar el artículo 29 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000 señalando que «toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación». Por su parte, el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (2003) recoge en su Título IV, relativo a la Solidaridad, y concretamente en el artículo II-89, el derecho de acceso a un servicio gratuito de colocación; necesidad de crear y mantener unos servicios públicos de empleo que se manifiesta igualmente en otras parte del articulado, pues concretamente en la sección referente a la libre circulación de personas y servicios señala que los trabajadores tienen derecho a responder a las ofertas efectivas de trabajo (art. III-133); o en el artículo II-75, donde señala que «todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro»; se trataría de una verdadera «constitucionalización» del derecho al empleo y de las instituciones básicas encaminadas a su realización efectiva, si bien ha de significarse que, hasta el momento, todas estas declaraciones no pasan de ser proclamaciones solemnes sin fuerza vinculante, por lo que no existe la obligación de los Estados miembros de implantar un modelo de servicio público de empleo que venga predeterminado por directrices a nivel comunitario, y ello sin perjuicio de poder constatar que la mayor parte de los Estados, que también son miembros de la OIT, cuentan desde hace tiempo con un Servicio Público de Empleo [75].

La atribución de carácter público al Servicio de Empleo no constituye un elemento innovador de la LE, como ya se ha podido comprobar [76], aunque ahora se precisa que todo el SNE, formado por los Servicios Pú-

---

[75] Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J. L. y García Valverde, M.ª D.: «Servicios públicos de empleo», *cit*., pág. 145.

[76] Siguiendo las orientaciones establecidas en la Leyes de Colocación de 1931 y 1943, la LBE establecerá en su artículo 40.1 que el INEM «or ganizará la colocación de los trabajadores como un servicio nacional, público y gratuito».

blicos de Empleo Estatal y Autonómicos, reviste carácter de «servicio público» en el sentido que tiene este término en el Derecho Administrativo, conforme al cual, para que una determinada actividad se pueda considerar como servicio público y sea considerada indispensable y esencial para la comunidad, es preciso que el Estado declare mediante ley formal como servicio público un sector de actividad determinado. En este caso así se ha cumplido, al establecer la LE el carácter público de este servicio a lo largo de su articulado [77]. Otro argumento, éste de carácter material, sería que la finalidad atribuida al SNE coincide con la definición de «servicio público» que lo describe como el encargado de realizar una «actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado y asegurado por los gobernantes por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la independencia social»[78].

De las dos acepciones que cuenta el concepto de «servicio público» en Derecho Administrativo —servicio público económico y servicio público social—, el Servicio Público de Empleo se encuadraría en la segunda categoría, como servicio público social [79]; y ello es así porque el servicio público económico se caracteriza por cumplir unos objetivos de rentabilidad económica y de mercado que no cumple el Servicio Público de Empleo. En efecto, la finalidad del SPE se corresponde en general desde sus orígenes con la finalidad de todo servicio social, si entendemos éste como «instrumento de la Política Social, de los que dispone tanto la sociedad como los poderes públicos para dar respuesta válida a las necesidades de los individuos, grupos o comunidades para la obtención de una mayor calidad de vida» [80]. Ahora bien, el SPE no se considera como un servicio social en el sentido estricto de «Asistencia Social», sino como servicio social en el sentido amplio del término, que viene a cumplir una función relevante para la comunidad social, lo que lleva a tener que considerar lo dispuesto en el artículo 35 de la CE, que reconoce el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, y en el artículo 40, que manifiesta que los poderes públicos «de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo», preceptos éstos de los que puede deducirse que es obligación de los poderes públicos crear y sostener un servicio público de empleo.

Desde luego, no supone una contradicción con el carácter público del servicio de empleo la participación de las organizaciones sindicales y em-

---

[77] Serrano Falcón, C.: *Servicios Públicos de Empleo...*, cit., pág. 65.

[78] Definición aportada por Serrano Triana, A.: *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del bienestar*, Madrid, Ed. MTSS, 1983, pág. 37.

[79] En este sentido, *vid*. Ojeda Avilés. A.: «El servicio público de empleo como servicio social: implicaciones autonómicas», en VV.AA.: *II Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1985, págs. 44, 45 y 49.

[80] Alemán Bracho, M.C.: *El sistema público de servicios sociales*, Granada, Imprendisur, 1991.

presariales más representativas en los órganos correspondientes tanto del SPE/E (art. 12 LE) como de los SPEs/CA (art. 18 LE). Muy al contrario, su presencia en tales organismos refuerza el carácter público del servicio e incrementa su eficacia, al tener en cuenta las opiniones de las organizaciones que a diario se enfrentan con los problemas que tratan de solucionar las políticas de empleo [81].

Otro dato importante es la gratuidad del servicio de colocación que ofrece el SNE, por lo que no se podría plantear la posibilidad de cobrar una «tarifa», esto es, una contraprestación por el servicio público utilizado, a los usuarios del sistema, empresarios y trabajadores; esta nota de gratuidad se confirma en el artículo 22.4 LE, donde expresamente se señala que «la intermediación laboral realizada por los Servicios Públicos de Empleo, por sí mismos o a través de las entidades que colaboren con ellos, se realizará de forma gratuita para los trabajadores y los empleadores»[82]. Por tanto, las entidades que colaboran con los SPEs aludidas en el artículo 21.a) LE tampoco pueden cobrar cantidad alguna por sus servicios. En cambio, las agencias de colocación sin fin de lucro constituidas al amparo del artículo 16.2 ET y del RD 735/1995 que las regula, mencionadas en el artículo 21.b) LE, aunque también colaboran con los SPEs en la tarea de intermediación laboral (art. 1.º RD 735/1995), sí pueden cobrar una cantidad por los gastos ocasionados por los servicios prestados; sin olvidar que otros muchos agentes que intervienen en el mercado de trabajo (gabinetes de selección, agencias virtuales, medios de comunicación, *head-hunters*, empresas de recolocación, empresas de trabajo temporal, empresas multiservicios...) tienen una marcado carácter lucrativo. Nuestra propuesta, como después argumentaremos, es rescatar a muchas de estas entidades y empresas del limbo jurídico en el que se hallan instaladas, controlando su actividad, como pide el Convenio de la OIT núm. 181, garantizando la gratuidad de sus servicios para el trabajador, y respetando siempre el importante papel que desempeñan y deben continuar desempeñando los Servicios Públicos de Empleo.

Si la existencia de un servicio público y gratuito de empleo es una realidad, más difícil de realizar en el plano jurídico será su configuración como un servicio de atención a los usuarios «*eficaz y de calidad*», a través de la cual aumente la importancia de esos servicios en el conjunto de las funciones de intermediación y colocación. Como se sabe, la escasa relevancia del papel intermediador del INEM, de la que se hace eco la

---

[81] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L. y GARCÍA VALVERDE, M.ª D. (coord.): «Servicios públicos de empleo», *cit*., pág. 153.

[82] Por su parte, la Decisión de la Comisión, de 22 de octubre de 1993, relativa a la aplicación del Reglamento CEE núm. 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, en lo que respecta, en particular, a la red EURES (*European Employment Services*), dispone en su artículo 2.6 que «el acceso y la utilización de la Red EURES serán gratuitos para los trabajadores y los empresarios».

Exposición de Motivos de la LE, ha sido objeto de continuas críticas, y provocó en los años 1993-1994 la apertura de la actividad de intermediación al sector privado. Actualmente, desaparecido el tradicional monopolio del SPE, y teniendo competencia en la materia las agencias de colocación, es doblemente obligada la diligencia en el funcionamiento de tal servicio.

La LE dedica especial atención a los *principios* que deben informar la actividad de intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo, ámbito éste en el que el artículo 22 de la ley no hace sino reiterar algunas de las previsiones —igualdad de oportunidades y no sólo prohibición de discriminación, regla general de gratuidad, transparencia —realizadas a la hora de delimitar los objetivos de las políticas de empleo y los fines —y principios— del SNE, por lo que resulta algo reiterativa.

Otros fines que el SNE tiene que garantizar *ex*. artículo 6 LE son: facilitar la información necesaria que permita a los demandantes de empleo encontrar un trabajo o mejorar sus posibilidades de ocupación y a los empleadores contratar los trabajadores adecuados apropiados a sus necesidades, asegurando el principio de igualdad en el acceso de los trabajadores a los servicios prestados por el Servicio Público de Empleo; asegurar que los SPEs, en el ámbito de sus respectivas competencias (estatal, regional), aplican las políticas activas de empleo, conforme a los principios de igualdad y no discriminación, en los términos previstos en el artículo 9 CE y promueven la superación de los desequilibrios territoriales; garantizar la aplicación de las políticas activas de empleo y la acción protectora por desempleo; asegurar la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio español y su integración en el mercado único europeo, así como la libre circulación de los trabajadores; impulsar la cooperación del Servicio Público de Empleo y de las empresas en aquellas acciones de políticas activas y cualificación profesional que éstas desarrollen y que puedan resultar efectivas para la integración laboral, la formación o la recualificación de los desempleados.

Para que estas previsiones no queden en puras declaraciones formales o programáticas, expresamente se establece el deber de someter al SNE a evaluaciones periódicas. El objetivo es, como siempre, verificar la permanente adecuación de «sus estructuras, medidas y acciones a las necesidades reales del mercado laboral» (art. 6.2 LE).

1.2. Principios y funciones

El nuevo SNE debe realizar sus fines con arreglo a unos *principios de organización y funcionamiento* que se encarga de establecer el artículo 8 LE, algunos de los cuales proceden de los «principios generales» fijados a las distintas Administraciones Públicas por la Ley 30/1992:

a) *Participación* de los interlocutores sociales más representativos en los Servicios Públicos de Empleo. Este principio es plenamente identificable con el previsto en la LBE para el INEM [83]; como novedad, ahora se contempla tanto para el SPE/E como para los SPEs/CA, aunque ya las leyes de creación de los servicios públicos de empleo autonómicos se habían anticipado a reconocer este principio participativo con el que se pretende instrumentar jurídicamente la participación de la sociedad civil en el diseño y ejecución de las políticas de empleo.

b) *Transparencia* en el funcionamiento del mercado de trabajo y establecimiento de las medidas necesarias para asegurar la movilidad geográfica de quienes deseen trasladarse por razones de empleo o formación[84]. Este obvio principio de transparencia —esto es, de conocimiento claro y fiable del mercado de trabajo por los oferentes y demandantes de empleo— por el que han de regirse los SPEs se recogía también en la derogada LBE, que lo incluía entre los objetivos de la política de empleo: «lograr el mayor grado de transparencia del mercado de trabajo...» [artículo 2.d)]. Dicha aspiración de transparencia se conecta hoy a la facilitación de la libre circulación de trabajadores, es decir , se pretende que, una vez conocidas las oportunidades de empleo existentes en el mercado laboral (conocimiento sólo posible cuanto éste es transparente), los demandantes de empleo puedan hallarlo desplazándose hacia donde haya ofertas adecuadas, incluso si éstos se encuentran en lugares distintos al de residencia del demandante [85].

Para alcanzar los objetivos propuestos de transparencia y movilidad es necesario aplicar a la gestión del empleo las múltiples posibilidades que ofrecen las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TIC), materia ésta sobre cuya importancia versó la Comunicación de la Comisión Europea sobre «Modernización de los Servicios Públicos de Empleo» (1998). A tal efecto, la LE propugna dos acciones instrumentales de clara naturaleza informativa:

1. La «integración, compatibilidad y coordinación» de los sistemas de información que manejan el SPE/E y los SPEs/CA, dado que una pluralidad de sistemas informativos inconexos difícilmente

---

[83] La LBE, al regular los órganos del INEM —Consejo General, Comisión Ejecutiva y Comisiones Ejecutivas Provinciales— los configuraba como entes tripartitos, formados por un número igual de representantes de la Administración (del Estado) y de las organizaciones sindicales y de asociaciones empresariales más representativas (art. 40.4, 5 y 6).

[84] Recuérdese que el artículo 2.f) LE propone el objetivo de la política de empleo de «asegurar la libre circulación de los trabajadores y facilitar la movilidad geográfica, tanto en el ámbito estatal como en el europeo», coincidente con el fin del SNE de «asegurar la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio español y su integración en el mercado único europeo, así como la libre circulación de los trabajadores» [artículo 6.1.g) LE].

[85] Montoya Melgar, A. y Cristóbal Roncero, R.: *Comentarios a la Ley de Empleo*, cit., pág. 67.

puede satisfacer la exigencia de transparencia del mercado nacional de trabajo. De lo que se trata en última instancia es de crear un único sistema «común» al Estado y las Autonomías, con una estructura informática compatible que permita llevar a cabo de forma adecuada y sin barreras territoriales la intermediación laboral, el registro del paro, las estadísticas comunes, la comunicación del contenido de los contratos y el seguimiento y control de la utilización de fondos tanto de la Administración del Estado o europeos para su justificación. A tal cúmulo de propósitos responde la implantación del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE), mencionado en el 7.2 LE como uno de los instrumentos del SNE [86].

2. En segundo lugar, se prevé la creación de un «sitio» en la red telemática común a todos los servicios públicos de empleo. En la actualidad, el SPE/E-INEM y los distintos SPEs/CA cuentan con sus propios portales de empleo (página web), desde los que ofrecen información y permiten al usuario realizar determinadas gestiones (comunicación de contratos, de períodos de actividad a efectos de desempleo, presentar solicitudes de empleo, etc.) en el ámbito de sus competencias. Lo que se pretende es que este lugar telemático único, reflejo del sistema informativo común del SNE, permita no sólo el conocimiento por los oferentes y demandantes de empleo de todas las oportunidades existentes en España sino, más allá de sus fronteras, en todo el ámbito del Espacio Económico Europeo, respetando lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal[87].

---

[86] Puede consultarse la *Declaración institucional que suscriben los Servicios Públicos de Empleo con motivo de la entrada en funcionamiento de su nuevo Sistema de Información (SISPE)*. Está disponible en http://www .inem.es/inicial/sispe/pdf/Declaracion_Institucional_SISPE.pdf.

[87] El uso de medios telemáticos por parte de los Servicios de Empleo no es, por lo demás, innovación de la LE. Recuérdese que, además de las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se aprobó, en aplicación de la Ley 14/2000, de 9 de diciembre, que modificó varios artículos del ET , el RD 1424/2002, de 27 de diciembre, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquélla. El RD 1424/2002 encomendaba al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la regulación de dichos medios telemáticos. De acuerdo con esta autorización, se dictó la Orden TAS/770/2003, de 14 de marzo, cuyo Capítulo III regula la «aplicación telemática del Servicio Público de Empleo Estatal», mediante la creación de un «registro telemático para el intercambio de información», con posibilidad de que los usuarios soliciten autorizaciones y realicen comunicaciones «a través de la aplicación Web creada a tales efectos».

Con la finalidad de simplificar y modernizar la gestión de las prestaciones de desempleo, se ha dictado también la Orden TAS/3261/2006, de 19 de octubre, por la que se regula la comunicación del contenido del certificado de empresa y de otros datos relativos a los períodos de actividad laboral de los trabajadores y el uso de medios telemáticos en relación con aquella. Más recientemente, se ha dictado la Orden TAS/503/2007, de 28 de febrero, por la que se crea un registro telemático en el Servicio Público de Empleo Estatal

c) Los Servicios Públicos de Empleo están adquiriendo una renovada función en todo lo que se refiere a las políticas activas de empleo [88]. De ser considerados instituciones relativamente marginales desde el enfoque simplista y acrítico de la política neoliberal que los ha venido contemplando como «elementos institucionales creadores de rigidez en el funcionamiento del mercado de trabajo», se ha pasado a ver en ellos una herramienta indispensable en un modelo dinámico de gestión de las políticas de empleo[89]. Así lo reconoce el artículo 8.3 LE que confiere al SNE la responsabilidad en la ejecución de las políticas activas de empleo a través de los SPEs, sin perjuicio de que puedan establecerse instrumentos de colaboración con otras entidades —públicas o privadas, si bien la LE dedica una especial consideración a las organizaciones empresariales y sindicales («interlocutores sociales») a las que se tratará de una manera específica—, las cuales quedarán sujetas a la coordinación de los referidos Servicios públicos; que, como es natural, deben respetar los principios de igualdad y no discriminación a lo largo de su gestión [90]; y que, como también es obvio, regirán su actuación por criterios de eficacia, calidad y especialización. Hay en fin, en el precepto que se comenta una remisión a la «normativa correspondiente» que en su día procederá a regular con más precisión esta materia que la LE deja apenas apuntada [91].

---

para la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones y se establecen los criterios generales para la tramitación telemática de determinados procedimientos.

[88] OJEDA AVILÉS, A.: «Los servicios de empleo en España: el Instituto Nacional de Empleo (I)», *Revista Española de Seguridad Social*, núm. 15, 1982, pág. 299, justifica el necesario robustecimiento de los SPEs conectándolo con la obligación del Estado de satisfacer al ciudadano ciertos derechos fundamentales, como son el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, el libre desarrollo de la personalidad o la propia igualdad.

[89] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L. y GARCÍA VALVERDE, M.ª D. (coordinadores), «Servicios públicos de empleo», *cit*., pág. 142.

[90] En la medida en que los Servicios Públicos de Empleo derivan una parte cada vez más importante de la gestión directa de los programas públicos de empleo hacia entidades colaboradoras, se hace más necesaria la función de los SPEs de planificación, coordinación y evaluación para el conjunto de políticas, administraciones y entidades gestoras, para garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo, a los programas de fomento del empleo, al conocimiento del conjunto de las ofertas y demandas de empleo en todo el Estado. Cfr. UGT y CC.OO.: *Resumen de propuestas para la mejora del empleo y la protección del desempleo* (16 de mayo 2002), el texto puede consultarse en http://www.oit.org.pe/segsoc/aporsindi/pdf/propuesta_conjunta.pdf.

[91] Con relación a las indicadas entidades colaboradoras, la disposición transitoria 1.ª de la LE mantiene provisionalmente la condición de tales a las que vinieran actuando al entrar en vigor la Ley (el día 6 de enero de 2004). Dichas entidades se seguirán rigiendo de modo transitorio, hasta tanto no se aprueba una nueva ordenación reglamentaria, por las reglas según las cuales se estableció la colaboración. Con los SPEs vienen colaborando sociedades y asociaciones, corporaciones, fundaciones, organizaciones empresariales y sindicales, etc., implicadas a través de los correspondientes convenios de colaboración en la gestión de las políticas activas de empleo. En este sentido, cobran especial importancia las entidades asociadas a los denominados Servicios Integrados para el Empleo —regulados actualmente en el RD 735/1995— que, a través del correspondiente convenio de colaboración suscrito con el SPE, participan en actuaciones tendentes a incrementar la capacidad de ocupación de los demandantes de empleo.

d) También en la línea de la citada Comunicación de la Comisión Europea sobre «Modernización de los Servicios Públicos de Empleo», se formula como principio de or ganización y funcionamiento del SNE el de calidad en la prestación del servicio, reiterando en parte lo señalado en el artículo 6.1.b) de la propia LE que había propuesto como uno de los objetivos del SNE el de proporcionar «una atención eficaz y de calidad». En este aspecto se insiste en la necesidad de favorecer el impulso y la permanente mejora de los SPEs para adaptarse a las necesidades del mercado de trabajo, con aprovechamiento de las nuevas tecnologías como elemento dinamizador del cambio, con dotación suficiente de recursos humanos y materiales que posibiliten una atención especializada y personalizada tanto a los demandantes de empleo como a las empresas (art. 8 LE) [92].

Finalmente, el artículo 9 de la LE recoge como *funciones* del SNE las siguientes (en las que nuevamente prima el objetivo de coordinación): aplicar la Estrategia Europea de Empleo, en el marco de sus competencias, a través de los Planes Nacionales de Acción para el Empleo; garantizar la coordinación y cooperación del SPE/E y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, prestando especial atención a la coordinación entre las políticas activas de empleo y las prestaciones económicas por desempleo; establecer objetivos concretos y coordinados a través del Programa Anual de Trabajo del SNE que permitan evaluar los resultados y eficacia de las políticas de empleo y definir indicadores comparables; impulsar y coordinar la permanente adaptación de los Servicios Públicos de Empleo a las necesidades del mercado de trabajo, en el marco de los acuerdos que se alcancen en la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales; informar, proponer y recomendar a las Administraciones Públicas sobre cuestiones relacionadas con las políticas activas de empleo; y analizar el mercado laboral en los distintos sectores de actividad y ámbitos territoriales con el fin de adecuar las políticas activas de empleo a sus necesidades, así como para determinar la situación nacional de empleo que contribuya a la fijación de las necesidades de trabajadores extranjeros, de acuerdo con la normativa derivada de la política migratoria.

2. Los Servicios Públicos de Empleo

No cabe duda de que la forma de or ganización y el funcionamiento de los Servicios Públicos de Empleo influyen en el éxito de las políticas activas tanto como la concepción misma de los programas. Por ello ha parecido importante dedicar una parte de esta ponencia a conocer la estructura, las competencias y el régimen de funcionamiento de los SPEs en España; tal es el contenido de las siguientes páginas.

---

[92] Sobre la necesaria dotación de recursos humanos vuelve la disposición final tercera de la LE.

2.1. El Servicio Público de Empleo Estatal

La organización pública de la intermediación laboral también se ha visto alterada, aunque menos de lo que una primera impresión sugiere, con la promulgación de la LE. Cabe recordar que la situación existente hasta el año 1997 se caracterizaba por la existencia un único servicio público de empleo, el INEM, que actuaba en régimen de monopolio y con competencia en la totalidad del territorio estatal. Pero una vez producido el traspaso a la casi totalidad de las Comunidades Autónomas de las competencias que venía realizando el INEM en las materias de intermediación laboral y gestión de las políticas activas de empleo, no era posible retrasar por más tiempo la adecuación del anterior modelo de gestión estatal del mercado de trabajo, todavía ceñido a lo dispuesto en la LBE de 1980, al nuevo entorno político e institucional.

Con la entrada en vigor de la LE el INEM desaparece o, por mejor decir, se transforma. Así, la disposición adicional primera de la LE señala que aquél pasará a denominarse Servicio Público de Empleo Estatal, conservando el régimen jurídico, económico, presupuestario, patrimonial y de personal, así como la misma personalidad jurídica y naturaleza de organismo autónomo de la Administración General del Estado, con las peculiaridades previstas en la propia LE. Como consecuencia de esta sucesión, todas las referencias que en la legislación vigente se efectúan al Instituto Nacional de Empleo o a sus funciones y unidades deben entenderse realizadas al Servicio Público de Empleo Estatal [93]. La redenominación del servicio de colocación del Estado no sólo es congruente con el nuevo escenario territorial e institucional que representa el actual mapa autonómico, sino que también supone una adecuación sustantiva a la normativa de la Unión Europea, que demanda la implicación de los SPEs para lograr los objetivos fijados en la Estrategia Europea de Empleo [94]. Se produce, pues, una auténtica «*sucesión*» de un organismo por otro, ocupando su mismo lugar, con sus medios y funciones [95].

De acuerdo con el artículo 10 LE, el Servicio Público de Empleo Estatal (SPE/E) es el organismo autónomo de la Administración General del Estado al que se le encomienda la ordenación, el desarrollo y el seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo. Como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de su titular, el SPE/E tiene personalidad jurídica propia e independiente, plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus funcio-

---

[93] Véase, por ejemplo, el artículo 16 ET, que sigue hablando del INEM, aún cuando fue reformado con posterioridad a la entrada en vigor de la LE (por la Ley 62/2003).

[94] Cfr. Recomendación del Consejo, de 22 de julio de 2003, sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros (DOCE núm. L 197, de 5 de agosto de 2003).

[95] Rodríguez-Piñero Royo, M. C. y Lázaro Carreter, J. L.: «La intermediación», *cit*., pág. 125.

nes, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión; para ello, según el artículo 11 LE, se rige por lo establecido en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Or ganización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley Presupuestaria y por las demás disposiciones de aplicación a los or ganismos autónomos de la Administración General del Estado.

La organización del SPE/E sigue el mismo esquema que la del desaparecido INEM. Allí donde la normativa reguladora de la estructura orgánica de éste distinguía entre «servicios centrales» y «servicios territoriales», el artículo 12 LE establece, con relación al SPE/E, que el mismo dispondrá de una estructura central y una estructura periférica, para el cumplimiento de sus competencias, pero no especifica órganos ni funciones. Sólo con relación a la estructura central el precepto comentado es algo más explícito, al establecer que se dotará de un consejo general y de una comisión ejecutiva, cuya composición y funciones se determinarán reglamentariamente, de acuerdo con las competencias atribuidas al SPE/E. Asimismo, se prevé la participación de las or ganizaciones empresariales y sindicales más representativas en los órganos del SPE/E, lo que supone una garantía de que se tendrán en cuenta tanto los intereses patronales como los sindicales, y no únicamente los gubernamentales.

En consecuencia, mientras no se produzca el desarrollo reglamentario de la LE, perviven las disposiciones que regulaban la or ganización interna del INEM, para ordenar , ahora, el SPE/E, y ello vale tanto sus órganos centrales como para los periféricos. A este respecto, se considera un acierto del legislador haber configurado la or ganización del SPE/E en base al criterio clásico de desconcentración territorial, de modo que cada Dirección Provincial integre un número determinado de oficinas de empleo distribuidas por las distintas localidades del país. Con todo, debe precisarse que la gran mayoría de las antiguas oficinas del INEM han sido transferidas, con su personal e infraestructuras, a las Comunidades Autónomas, una vez que éstas se han hecho car go de las competencias en materia de trabajo, empleo y formación; sin embar go, la transferencia no ha sido total, pues, además de la peculiaridad vasca, las mismas oficinas que realizan estos cometidos siguen dependiendo del SPE/E para la gestión de las prestaciones de desempleo las cuales, como se sabe, no han sido transferidas.

En cambio, el listado de «competencias» del SPE/E que incorpora el artículo 13 LE sí presenta importantes novedades respecto de las «funciones» que el RD 1458/1986 asignaba al INEM. Como ha señalado la doctrina, «ello traduce los importantes cambios registrados en el entorno político, económico, social y tecnológico en el que se desarrollan las po-

líticas de empleo y , por tanto, en el que interviene un servicio de empleo»[96]. No obstante, quizás convenga precisar que, en rigor , no se trata de nuevas competencias que vaya a asumir el ahora llamado Servicio Público de Empleo Estatal, sino de competencias que tenía y ya venía ejerciendo el INEM, sólo que no identificadas plenamente, ni en la LBE ni en el RD 1458/1986.

Frente a las básicas funciones de or ganización del servicio, atención de los desempleados y gestión de las prestaciones por desempleo, el citado artículo 13 LE, sin perjuicio de las que legal o reglamentariamente se le puedan atribuir más adelante, enumera hasta ocho *competencias* del SPE/E de la máxima relevancia. A saber:

a) elaborar y elevar al MT AS las propuestas normativas de ámbito estatal en materia de empleo, a propósito de la cual debe recordarse que hasta el momento no se ha producido el esperado desarrollo reglamentario de la LE;

b) formular el anteproyecto de presupuesto de ingresos y gastos. En él deben figurar, «debidamente identificados y desagregados», los fondos de empleo de ámbito nacional destinados a ser distribuidos, con identificación en su caso de los programas cofinanciados por los fondos de la UE, «de conformidad con lo establecido en la normativa presupuestaria, cuando correspondan a programas cuya gestión ha sido transferida a las Comunidades Autónomas», aunque sin perjuicio de una «reserva de crédito» [97];

c) percibir las ayudas de fondos europeos para la cofinanciación de acciones a cargo de su presupuesto y proceder a la justificación de las mismas;

d) colaborar con las Comunidades Autónomas en la elaboración del Plan nacional de acción para el empleo y del Programa anual de trabajo del SNE[98], y facilitar la participación en la misma de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, a cuyo efecto éstas «recibirán información periódica (no superior a seis meses) sobre su desarrollo y evaluación»;

---

[96] Luján Alcaraz, J.: «La Ley (básica) de Empleo de 2003», *cit*., pág. 386.

[97] Sobre la «presupuestación de fondos de empleo nacional», *vid*. artículo 14 LE; respecto de las «políticas activas cofinanciadas por los fondos de la Unión Europea», artículo 15 LE; sobre el «seguimiento y control de los fondos de empleo de ámbito nacional», artículo 16 LE.

[98] Adviértase que, tal y como dispone el artículo 3.3 LE, los Planes nacionales de acción para el empleo «se elaboran por el Gobierno, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con la participación de las Comunidades Autónomas». Y también que esta participación se instrumenta a través de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales [artículo 7.1.a) LE], al igual que ocurre respecto del Programa anual de trabajo del Sistema Nacional de Empleo.

e) gestionar los programas financiados con cargo a la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos dotada anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado [99];

f) realizar investigaciones, estudios y análisis sobre la situación del mercado de trabajo y los instrumentos para mejorarlo;

g) mantener las bases de datos que garanticen el registro público de ofertas, demandas y contratos, mantener el observatorio de las ocupaciones y elaborar las estadísticas en materia de empleo a nivel estatal;

h) la gestión y el control de las prestaciones por desempleo.

Si se coteja este listado de competencias con las funciones que la LBE atribuía al INEM, comprobamos que algunas de las funciones que dicho organismo desempeñaba se mantienen con el SPE/E, mientras que otras, probablemente las más características del servicio, desaparecen [100]. Esto es lo que sucede con las tareas de intermediación laboral, formación profesional y aplicación de las políticas activas de empleo, de las que en gran medida ya se había visto desapoderado el INEM antes de la promulgación de la LE en tanto en cuanto son funciones que desempeñan los SPEs/CA desde que les fueron transferidas las competencias para su gestión. Con todo, la propia LE ha previsto en su Disposición Transitoria Segunda que el SPE/E actúe como órgano residual para la gestión de las políticas activas de empleo relativas a la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, fomento de empleo en el ámbito estatal, formación empresarial y continua, en aquellas Comunidades Autónomas, como el País Vasco, que aún no tengan transferidas dichas competencias [101].

En cuanto a la competencia sobre autorización y control de las agencias de colocación, que el artículo 16 ET y el RD 735/1995 atribuyen al INEM, la misma es ejercida actualmente por los Servicios Públicos de Empleo autonómicos, en cuanto que faceta integrante de la tarea de inter-

---

[99] Estos serán: 1) *Programas cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una Comunidad Autónoma*, cuando los mismos exijan la movilidad geográfica de los desempleados o trabajadores participantes en los mismos a otra Comunidad Autónoma distinta a la suya y precisen de una coordinación unificada. 2) *Programas para la mejora de la ocupación de los demandantes de empleo*, mediante la colaboración del Servicio Público de Empleo Estatal con órganos de la Administración General del Estado o sus órganos autónomos para la realización de acciones formativas y ejecución de las obras y servicios de interés general y social relativas a competencias exclusivas del Estado. 3) *Programas de intermediación y políticas activas de empleo cuyo objetivo sea la integración laboral de trabajadores inmigrantes*, realizados en sus países de origen, facilitando la ordenación de los flujos migratorios.

[100] Sobrino González, G. M.ª: *La política de colocación*, cit., pág. 193.

[101] El SPE/E sigue ejerciendo las funciones del extinto INEM a través de sus oficinas de empleo en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

mediación laboral cuya gestión han asumido las Autonomías; a no ser que el ámbito de actuación de la agencia afecte a más de una Comunidad Autónoma, en cuyo caso todo parece indicar que continuará siendo competente el SPE/E, como sucesor del extinto INEM, a pesar de no venirle expresamente reconocida dicha competencia en el artículo 13 LE. Aunque el tema está expresamente tratado en los Reales Decretos que transfieren a cada comunidad autónoma la gestión del INEM en los ámbitos del trabajo[102], el empleo y la formación, se considera necesaria una modificación de la normativa específica sobre la materia (el RD 735/1995) que, amén de revisar otros aspectos relativos al régimen jurídico de las agencias de colocación, clarifique definitivamente esta importante cuestión.

De entre las funciones típicas del INEM, la más relevante que retiene el SPE/E en el nuevo diseño normativo del empleo es la gestión de las prestaciones por desempleo [art 13.h) LE]. El SPE/E ejerce esta competencia sin perjuicio de las funciones propias de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas (legales y reglamentarias) sobre obtención y disfrute de la prestación por desempleo, que corresponden a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social[103]. Ahora bien, a pesar de retener esta arraigada función en manos del SPE/E —con lo que parece haberse diluido por completo la idea que en su día se manejó de atribuir la gestión de las prestaciones de desempleo al INSS [104]—, lo cierto es

---

[102] Como ejemplo valga la regulación contenida en el Anexo del RD 468/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación:

B) FUNCIONES Y SERVICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO QUE ASUME LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA:

(...)

«La autorización de las agencias de colocación sin fines lucrativos, cuyo ámbito de actuación no supere el del territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en los términos previstos en el artículo 16.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo.

En el supuesto de agencias de colocación cuya actividad no quede limitada al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y, consecuentemente, no corresponda su autorización a esta Comunidad Autónoma, deberá recabarse informe preceptivo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia con carácter previo a su autorización por el INEM. La autorización de las agencias de colocación por el INEM, respecto al ámbito territorial de esta Comunidad Autónoma, deberá adoptarse respetando los criterios operativos fijados por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en su ámbito territorial.

[103] En concreto, el artículo 3 de la Ley 42/1997 atribuye las citadas funciones de vigilancia y cumplimiento de la norma a los funcionarios del Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y de Seguridad Social.

[104] La devolución al INSS de la competencia para gestionar las prestaciones de desempleo se había previsto en la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 39/1992, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1993, aunque finalmente no se llevó a cabo.

que el reconocimiento y el control de las prestaciones por desempleo se llevan a cabo en una esfera de gestión distinta a la que ejercen los servicios de colocación. Al haber revertido la actividad de intermediación, que tantas implicaciones posee con la protección del desempleo, en los SPEs/CA, se quebranta la antigua tradición de mantener unidas ambas funciones en un mismo servicio (el nacional de colocación). Sin duda ha sido todo un acierto no haber transferido a las CC.AA. la competencia sobre la gestión de las prestaciones de desempleo, pues incide en el régimen económico de la Seguridad Social y conviene que siga siendo un servicio unificado. Pero debe admitirse que al haberse disociado la gestión de las dos vertientes, activa y pasiva, de las políticas de empleo, y recaer ahora en Administraciones distintas, surgen problemas de coordinación y cooperación a los que debe buscarse una solución adecuada. A los efectos de garantizar la coordinación entre políticas activas y prestaciones por desempleo, el artículo 13.h) LE establece que la gestión de las prestaciones se desarrollará mediante sistemas de cooperación con los SPEs/CA (colaboración que, por cierto, ya existía antes de la LE); a su vez, el SPE/E deberá colaborar con las comunidades autónomas que hayan asumido el traspaso de la competencias. El marco de dicha cooperación se regula en el artículo 28 LE; pero este es un tema que se retomará más adelante.

En consecuencia, la gran diferencia entre SPE/E y los correspondientes autonómicos es que aquél mantiene su calidad de entidad gestora de la Seguridad Social, a la que corresponde la gestión de las prestaciones de desempleo (art. 2 RD 1458/1986, de 6 de junio), mientras que los servicios de la comunidad autónoma limitan su actuación a la colocación y a las políticas activas. Diferencias que, es bien sabido, traen causa de la diversidad de reglas de distribución de competencias en materia laboral (art. 149.1.7.ª CE) y de seguridad social (art. 149.1.17.ª CE).

2.2. Los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas

Como trató de explicarse al comienzo de esta ponencia, la nueva LE opera sobre una realidad institucional preexistente que condiciona la originalidad y el alcance de sus soluciones. Por ello, en bastantes pasajes de la misma se impone a la regulación sustantiva su genuino carácter de norma-marco, ley de cohesión o de coordinación, que busca sobre todo introducir coherencia, unidad y sistema allí donde anteriormente reinaban la dispersión y el desorden institucional. Este es el enfoque que la LE adopta en el tratamiento de los SPEs/CA, preexistentes en la mayoría de las CC.AA. a la ley que por primera vez viene a establecer un marco estatal de regulación y a otor garles definitiva carta de naturaleza, incorporándolos a un sistema nacional unitario de empleo que, respetando la plu-

ralidad y las competencias territoriales, garantice «la igualdad de todos los españoles en el ejercicio (del deber -derecho al trabajo)» (arts. 35.1 y 149.1.1.ª CE)[105].

Desde un punto de vista político, la creación de los SPEs/CA debe entenderse en el contexto del desarrollo de una política de empleo por parte de éstas, y de su crecimiento protagonismo en las relaciones laborales. En el momento presente todas las CCAA han asumido importantes competencias en materia laboral, de tal modo que la mayor parte de las actuaciones de la Administración laboral son desarrolladas por ór ganos autonómicos. Esto se ha conseguido a través de un proceso muy dilatado de transferencia de competencias estatales. Junto a este proceso de transferencias, las CC.AA. también se han embarcado en la configuración de sus propias políticas de empleo, disponiendo de sus propios presupuestos y muchas veces en el marco de procesos de concertación social regional. Esta construcción se inició en los años 80 del pasado siglo, y en la década siguiente las CC.AA. comenzaron a plantearse la necesidad de contar son SPE propios.

Tras la ruptura del monopolio público en la intermediación laboral que supuso la reforma del bienio 1993-1994, con la consecuente legalización de las agencias de colocación sin finalidad lucrativa y de las empresas de trabajo temporal y la supresión de la obligación empresarial de acudir a las oficinas públicas de empleo, y el posterior proceso político-jurídico de descentralización territorial de la gestión realizada por el INEM en los ámbitos del trabajo, el empleo y la formación profesional, se empieza a construir un nuevo sistema público de intermediación laboral y de gestión del trabajo que difiere sustancialmente del configurado con anterioridad a estos acontecimientos. Prácticamente todas las Comunidades Autónomas han creado SPE como ór ganos que gestionan las políticas de empleo propias y transferidas. Sin embar go, la implantación de este nuevo modelo, que ha tenido lugar progresivamente y en distintos tiempos, no se ha asentado sobre unas bases jurídicas adecuadas que, de existir, habrían permitido una articulación más depurada y coherente del modelo resultante. De hecho, a lo lar go de todo ese proceso la legislación reguladora de las políticas y de los servicios de empleo, cuyo eje sería la LBE de 1980, continuará vigente tan sólo con la supresión de algunos preceptos, fundamentalmente referidos a la protección económica del desempleo.

Causa extrañeza comprobar que tuvieron que transcurrir casi diez años desde que se iniciara el proceso de descentralización territorial de las competencias del INEM, para que por fin viera la luz una norma, la LE, que ha diseñado un sistema de servicios públicos de empleo adapta-

[105] Luján Alcaraz, J.: «La Ley (básica) de Empleo de 2003», *cit*., pág. 387.

do a la nueva realidad institucional, cuando lo cierto es que las condiciones para llevar a cabo la reformulación legal del modelo de servicios de empleo ya se daban desde bastante tiempo atrás. Es más, sorprende el propio retraso con el que se ha producido en nuestro país la transferencia a las Autonomías de las competencias estatales en materia de intermediación laboral, formación y empleo; sólo obstáculos políticos, que no jurídicos, aparecen en la justificación de dicha demora, pues ya a la altura de 1992, y por mor de la ampliación de competencias que la Ley Orgánica 9/1992 hizo a favor de las Autonomías cuyos Estatutos se habían tramitado por la vía del artículo 143 CE, era posible que todas las Comunidades autónomas, excepto Ceuta y Melilla, pudieran asumir las competencias de ejecución de la legislación laboral, con la consiguiente facultad de autoorganización de sus servicios.

Hoy nadie discute que la creación de Servicios Autonómicos de Empleo tiene una fundamentación constitucional. Dicha fundamentación reside en el artículo 48.1.13.ª CE, que indica que las «Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en (...) el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica general». En este contexto, al Estado le corresponden las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13.ª CE). Anteriormente, el artículo 148.1.1.ª CE también ha dispuesto que las CC.AA. son competentes para establecer «la organización de sus instituciones de autogobierno». Dichos preceptos se convierten en título de legitimación competencial del que se sirven las Comunidades Autónomas para extender sus competencias a la materia de empleo[106], pudiendo, en el marco de ésta, crear y dotar servicios públicos de empleo que al gestionar las políticas de empleo contribuyen a fomentar el desarrollo económico en su territorio [107].

Por otro lado, la realización de una política orientada al pleno empleo constituye una de las obligaciones constitucionales de los poderes

---

[106] *Vid*., entre otros, la justificación de esta fundamentación constitucional de las políticas autonómicas de empleo, en ALARCÓN CARACUEL, M.: «La Política de Fomento del Empleo en las Comunidades Autónomas», en VV.AA. (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., dirección): *III Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. *Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia laboral*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1985, pág. 220; LÓPEZ GANDÍA, J.: «La política de empleo de la Generalitat Valenciana», *Revista de Treball*, núm. 9 (1989), págs. 43-45; LANDA ZAPIRAIN, J. L.: «¿Es posible una regional de empleo en España?», en VV. AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*. *I Jornadas de la Facultad de Derecho*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, 1984, pág. 297 y ss.; CASAS BAAMODE, M.ª E.: «Competencias laborales de las Comunidades Autónomas en la Constitución y Estatutos de Autonomía y su interpretación por el Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1985, pág. 1021.

[107] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L. y GARCÍA VALVERDE, M.ª D.: «Servicios Públicos de Empleo», *cit*., pág. 157.

públicos (art. 40.1 CE) de la que en buena medida depende la satisfacción del derecho al trabajo de todos los españoles (art. 35.1 CE). Los poderes públicos llamados a realizar esa política de pleno empleo son, en la medida en que la CE or ganiza un Estado no centralizado que reconoce la autonomía de las regiones (art. 2 CE) y municipios (art. 140 CE), el Estado, las Comunidades Autónomas y los Municipios. Se ha entendido que los SPEs están perfectamente encuadrados en el artículo 40.1 CE, pues, en representación de los poderes públicos que actúan por medio de ellos, tienen como finalidad tanto la gestión de las políticas de empleo como la consecución del pleno empleo [108].

La concepción centralista del Servicio Público de Empleo heredada del franquismo que revalidaron el RD-Ley 36/1978 y la LBE de 1980 poco tenía que ver, en efecto, con la realidad constitucional que se inauguraba en nuestro país. Pero no sólo hay que mencionar la CE para fundamentar la creación de los Servicios Autonómicos de Empleo; también la mayoría de los Estatutos de Autonomía incluyen entre los objetivos básicos que tiene que ejercer la comunidad autónoma la «consecución del pleno empleo en todos los sectores de la producción»; otros son más precisos aún y contemplan expresamente la creación de servicios públicos de colocación/empleo[109].

Ahora bien, si la creación de los SPEs/CA no ofrece duda alguna al amparo de los preceptos constitucionales y estatutarios señalados, debe indicarse a continuación que no todas las funciones ejercidas por los servicios autonómicos de empleo poseen el mismo fundamento constitucional (el artículo 148.1.13.ª CE). Y ello es así porque la política de empleo no solamente ocupa medidas económicas de política presupuestaria, sino que abarca un conjunto diverso de actuaciones, entre las que se encuentran las ayudas a la contratación, las acciones formativas, las medidas de reparto de empleo o los servicios de orientación y colocación. A este respecto, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado (STC 195/1996, de 28 de noviembre) diciendo que las materias relativas a formación profesional, fomento del empleo y colocación de los trabajadores, se inscri-

---

[108] Monereo Pérez, J. L. y M olina Navarrete, C.: «Artículo 40 CE. El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El Derecho al empleo», en VV. AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Granada, Comares, 2002, pág. 1341.

[109] Tal es el caso del Estatuto de Autonomía de Cataluña (1982), cuyo artículo 52 faculta a la Generalitat para «construir instituciones que fomenten la plena ocupación...»; la reforma aprobada por LO 6/2006, de 19 de julio, dispone en su artículo 25 que los trabajadores tienen derecho al acceso gratuito a los servicios públicos de colocación y en el artículo 170 atribuye a la Generalidad competencias ejecutivas en materia laboral, que incluye, entre otras, las políticas de ocupación y la intermediación laboral; el Estatuto del País Vasco, cuyo artículo 12 comprende los servicios públicos de empleo para la ejecución de la legislación laboral; el de Castilla-León, con una referencia especial a competencias sobre «servicios de empleo y acción formativa» en su artículo 29, y en idéntico sentido el de Castilla-La Mancha, en el artículo 35.1.e).

ben sin dificultad en la materia de «legislación laboral» (art. 149.1.7.ª CE) por constituir «estadios previos» al contrato de trabajo o a la relación laboral, que deben o pueden preceder a ésta y cuya constitución, en su caso, favorecen. En consecuencia, la competencia normativa sobre estas materias corresponde al Estado, sin perjuicio de que la ejecutiva pueda ser transferida a las Comunidades Autónomas que así lo prevean en sus Estatutos de Autonomía[110]. El resultado va a ser que las funciones que los SPEs/CA realizan para el fomento, promoción y aplicación de políticas de empleo encuadradas en la política económica de la comunidad autónoma tendrán su fundamento constitucional en el artículo 148.1.13.ª CE, mientras que el resto de funciones (intermediación laboral y gestión de políticas activas de empleo diseñadas en el nivel estatal) tienen un fundamento constitucional diverso: la competencia ejecutiva de la legislación laboral prevista en el artículo 149.1.7.ª CE [111].

Pero si bien los servicios públicos de empleo en las CC.AA. se constituyen una vez que éstas van asumiendo las competencias en materia de empleo, el origen de la actividad de las administraciones autonómicas en materia de intermediación no se hizo esperar tanto. Como es conocido, entre los años 1993 y 1995 se llevó a cabo la reforma más importante que ha conocido nuestro país en materia de colocación [112], la cual tuvo como *leit motiv* la eliminación de las inútiles car gas burocráticas que impedían al INEM realizar una verdadera y adecuada intermediación en el mercado de trabajo. Las alternativas para corregir la situación preexistente quedaban reducidas en síntesis a dos: reforzar el INEM, mejorando su eficacia como agente intermediador, o liberalizar la actividad de intermediación poniéndola al alcance de la iniciativa privada [113]. Como también se sabe, las leyes reformadoras del mercado de trabajo optaron por esta segunda

---

[110] Pérez Amorós, F.: «Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materia de política de empleo», *Revista Española de Derecho del Trabajo-Civitas*, núm. 26, 1986, págs. 1 19 y ss.

[111] Porque la intermediación laboral es materia cuya regulación compete en exclusiva al Estado sin perjuicio de su administración por las CC. AA. causa cierta extrañeza la previsión contenida en el artículo 173 de la Ley Or gánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía (BOE de 20 de marzo), que comprende dentro de la que denomina «política propia de relaciones laborales», las políticas activas de empleo, la intermediación y el fomento del empleo y del autoempleo, cuando es evidente que el contenido competencial referido a la intermediación es mucho más restringido (sólo la gestión) que en relación al resto de políticas activas de empleo (regulación y gestión). Pero es probable que estemos ante un simple defecto de redacción.

[112] Esta reforma se inició con el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, luego convertido en Ley 10/1994, de 19 de mayo, del mismo nombre, cuyas previsiones se incorporarían después al nuevo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995 (art. 16), siendo concretamente desarrolladas las agencias de colocación sin fines lucrativos por el RD 735/1995, de 5 de mayo.

[113] Sobre esta dualidad de opciones y las muy diferentes consecuencias de seguir una u otra, *vid*. Valdés Dal-Ré, F.: «Ingreso al trabajo y sistema de colocación en las leyes de reforma del mercado de trabajo (I)», en *Relaciones Laborales*, 1995-I, págs. 10 y ss.

opción, al suprimir el monopolio que el Estado ejercía a través del INEM en la colocación y regular la existencia y funcionamiento de entidades colaboradoras, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal. Sin embargo, esta legalización de la intervención de terceros en la tarea de intermediación no fue extrema o radical al mantenerse, pese a las presiones recibidas desde el sector privado, la prohibición del ánimo de lucro en la actividad de intermediación *stricto sensu* (como se sabe, el ánimo de lucro es consustancial a la actividad de otras empresas —ETT s, empresas de selección, etc...— que también actúan en el mercado de trabajo).

Ya en los momentos iniciales de la reforma, en un documento dirigido por el Gobierno al CES en demanda de un dictamen sobre la materia, se silenciaba cualquier referencia a la intención de acometer un proceso generalizado de descentralización territorial de la gestión del INEM, no a través de órganos periféricos del propio Instituto (modalidad de gestión descentralizada en el dominio de la colocación que se venía ejerciendo desde el franquismo), sino utilizando la vía jurídica de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía para que se hubiera puesto en marcha el traspaso de competencias en materia de intermediación y otras políticas activas de empleo a las Comunidades Autónomas, con lo que se habría logrado el objetivo de descargar de inútiles trámites burocráticos al INEM, posibilitando al propio tiempo la elaboración de políticas de empleo de proximidad, territorializadas y adaptadas a las necesidades del mercado de trabajo local. Además, dicha tendencia habría estado en sintonía con la trayectoria planteada por la OIT y por la Unión Europea que llevan tiempo abogando por la regionalización de los sistemas de relaciones laborales como una sus líneas de transformación más potentes [114], lo que ha dado lugar a que un número creciente de países se haya decantado por la descentralización de sus servicios de empleo en regiones y provincias [115].

Sin embargo, como ha quedado dicho, el legislador español prefirió liberalizar la actividad de intermediación antes que embarcarse en una política de redimensionamiento del servicio nacional de colocación como remedio a sus muchos males, suprimiendo la obligación del empresario de contratar a través del INEM y permitiendo que dicha actividad fuese ejercida por una pluralidad de sujetos, públicos y privados, en la confianza —pron-

---

[114] Cfr. Casas Baamonde, M.ª E.: «Convergencia europea, reformas del mercado de trabajo y territorialización de las políticas y de los servicios públicos de empleo», *Relaciones Laborales*, 1993/II, pág. 24.

[115] Sobre el tema, *vid*. Sobrino González, G. M.ª: *La política de colocación*, cit., págs. 168-169; Alujas Ruiz, J. A.: *Políticas activas de mercado de trabajo en España*. *Situación en el contexto europeo*, cit., págs. 118 y ss. Para el caso italiano, *vid*. Valle Muñoz, F. A.: «La organización territorial del sistema de colocación italiano», en *Temas Laborales*, núm. 58/2001, págs. 63 y ss. Sobre la última reforma del Servicio Público de Empleo francés, para abrir la actividad de colocación a la iniciativa privada y así respetar el derecho de la concurrencia, *vid*. Soldini, D.: «Le servie public de l'emploi et le droit de la concurrence», *Droit Social*, núm. 6, 2006, págs. 599 y ss.

to defraudada— de que la competencia con estos otros intermediarios serviría para que el INEM aumentase la eficacia de su gestión; algo muy distinto, por cierto, a lo que el CES había manifestado con ocasión del dictamen que emitió sobre el proyecto de reforma del mercado de trabajo presentado a su consideración por el Gobierno, donde el citado órgano sostenía que la reforma de la política de colocación pasaba por un reforzamiento del INEM y por la colaboración de éste con diversas entidades, entre las que se mencionaban, entre otras, a las Comunidades Autónomas.

Así las cosas, y visto que la reforma no iba enfocada a dar paso a una descentralización territorial del INEM mediante el traspaso de sus competencias y de su red de oficinas a las Autonomías, algunas CC.AA. decidieron tomar la iniciativa y, acogiéndose a la posibilidad prevista en el artículo 16 ET y en el RD 735/1995, optaron por crear su propia agencia de colocación (desde luego, sin fines lucrativos) suscribiendo con el INEM, una vez obtenida de éste la preceptiva autorización, el correspondiente convenio[116]. A través de este cauce indirecto, por tanto, varias CC.AA. (Cataluña, País Vasco, Asturias, Galicia, Castilla y León, Madrid y Navarra)[117] consiguieron para sus territorios, aunque sólo fuera en materia de intermediación, una descentralización *de facto* anticipatoria de las trasferencias que, en ese y otros ámbitos de la política de empleo, recibirían posteriormente. De este modo, comenzarán a aparecer estructuras administrativas autonómicas en materia de empleo, mediante la creación de una red de oficinas de la Comunidad Autónoma en paralelo a las oficinas de empleo del INEM, que tuvieron el efecto de crear en algunas comunidades autónomas un sistema *parapúblico* de intermediación laboral y una apariencia de descentralización territorial. El instrumento utilizado para que en un principio ciertas CC.AA. tuvieran participación en la actividad de colocación e intermediación era, desde luego, ajustado a derecho[118]; lo que se ha criticado, y con razón, es que dicha partici-

---

[116] Pionera en esta iniciativa fue la Generalidad de Cataluña, que puso en funcionamiento el Servicio Catalán de Colocación (en adelante, SCC). Debido a que desde la legalización de las agencias de colocación hasta la fecha en que entra en vigor el RD 735/1995 no existía norma de cobertura, la Generalidad firmó un convenio el 27 de diciembre de 1994 que se convirtió posteriormente en el mencionado SCC, precisamente el mismo día en que se publica en el BOE el mencionado RD 735/1995. Con posterioridad, y refiriéndonos tan sólo a las primeras experiencias autonómicas, entran en funcionamiento el Servicio Vasco de Colocación —también denominado LANGAI, creado por Orden de 26 de junio de 1996, BOPV de 5 de julio— y el Servicio Gallego de Colocación —implantado por Orden de 19 de mayo de 1997, DOG de 29 mayo—.

[117] También se creó un Servicio de Colocación para Andalucía en 1997 pero no llegó a ponerse en marcha. Sobre el mismo, *vid*. LÁZARO SÁNCHEZ, J. L.: «El Servicio Andaluz de Empleo», en *Temas Laborales*, núm. 68/2003, págs. 17-21.

[118] En realidad, al establecer el régimen jurídico de las agencias de colocación que éstas sólo puede ser promovidas por entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, esta circunstancias favorecía obviamente la presencia de agencias organizadas por las administraciones autonómica y local. En este sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO, M. C. y LÁZARO CARRETER, J. L.: «La intermediación», *cit*., pág. 127.

pación autonómica se tendría que haber realizado desde un primer momento a través del traspaso de competencias previsto en la Constitución y en los propios Estatutos de Autonomía, una vez que en éstos se hubiera incluido la competencia de ejecución de la legislación laboral y se hubieran puesto en marcha las Comisiones Mixtas de Transferencias entre el Estado y cada una de las comunidades autónomas, por ser el más mecanismo más adecuado a tal propósito [119]. Por cierto, el resto de Autonomías que no utilizaron la vía de las agencias de colocación, tampoco realizó el proceso de traspaso de las competencias con anterioridad, por lo que durante todos esos años la gestión de las políticas activas de empleo y concretamente la materia de intermediación siguió en manos del Estado y de su servicio de colocación, el INEM.

Tal situación preparó el terreno para el paso a otra situación que, de derecho, consagrara la descentralización. De tal forma, el proceso descentralizador apoyado inicialmente en el RD 735/1995 derivó en el traspaso a las CC.AA. de las funciones y servicios relativos a la gestión en los ámbitos del trabajo, la formación y el empleo. El proceso se inició con el traspaso de la gestión de la formación ocupacional a partir de 1992, que finaliza en 1999, y se completa con el traspaso de la ejecución de la totalidad de las políticas activas del mercado de trabajo a partir de 1997, año en que tienen lugar las transferencias a Cataluña y Galicia, extendiéndose después en 1998 a la Comunidad Valenciana, en 1999 a Canarias y Navarra, en el año 2000 a Madrid, en 2001 al Principado de Asturias, Extremadura, Castilla y León, Islas Baleares, La Rioja, Cantabria, en 2002 a las Comunidades de Aragón y Castilla-La Mancha, y en el 2003 a las Comunidades de Andalucía y Murcia[120]. Cabe reparar en que el traspaso de competencias no se ha realizado simultáneamente en todas las CC.AA. y tampoco ha influido su caracterización como Comunidades de

[119] Serrano Falcón, C.: *Servicios Públicos de Empleo*..., cit., pág. 39.

[120] Con carácter general, y actuando en su caso sobre anteriores normas relativas al traspaso de las funciones y servicios en materia de gestión de la formación profesional ocupacional o de los programas de apoyo al empleo, el traspaso de la gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación ha sido disciplinado por las siguientes normas ordenadas cronológicamente: RD 1050/1997, de 27 de junio (RCL 1997, 1905 y LCAT 1997, 364), sobre traspaso a la Generalidad de Cataluña; RD 1375/1997, de 29 de agosto (RCL 1997, 2363 y LG 1997, 357), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia, ampliado por RD 232/1998, de 16 de febrero (RCL 1998, 593 y LG 1998, 76); RD 2673/1998, de 1 1 diciembre (RCL 1998, 3031 y LCV 1998, 404), sobre traspaso a la Comunidad Valenciana; RD 150/1999, de 29 de enero (RCL 1999, 454 y LCAN 1999, 105), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Canarias; modificado y ampliado por RD 115/2000, de 28 de enero (RCL 2000, 435 y LCAN 2000, 271); RD 81 1/1999, de 14 mayo (RCL 1999, 1539 y LNA 1999, 433), sobre traspaso a la Comunidad Foral de Navarra; RD 30/2000, de 14 enero (RCL 2000, 327 y LCM 2000, 613), sobre traspaso a la Comunidad de Madrid; RD 1 1/2001, de 12 de enero (RCL 2001, 241 y LPAS 2001, 19), sobre traspaso al Principado de Asturias; RD 664/2001, de 22 de junio (RCL 2001, 1620 y LEXT 2001, 162), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Extremadura; RD 1187/2001, de 2 noviembre (RCL 2001, 2815 y LCyL 2001, 433), sobre traspaso a la Co-

vía rápida o vía lenta; más bien ha estado condicionado por cuestiones políticas fruto de enfrentamientos entre el Gobierno de la Nación y las respectivas Comunidades Autónomas[121].

En lo que sí ha existido coincidencia es en el método utilizado para proceder al traspaso de las competencias: elaboración y promulgación de un Real Decreto de transferencia, seguido de unos convenios de colaboración y unos acuerdos complementarios que desarrollan el contenido del mencionado RD y garantizan el normal funcionamiento de los servicios transferidos[122]. Como consecuencia de dicho traspaso, la red estatal de oficinas de empleo y de centros de formación profesional se ha distribuido —junto con los medios personales— entre las Comunidades Autónomas, así como todos los presupuestos destinados a la financiación de dichas oficinas y de las políticas de subvenciones en la materia [123]. De este modo, las antiguas oficinas del INEM pasan a tener una doble naturaleza y dependencia: de la Comunidad Autónoma, para la colocación; del Estado, para la gestión de las prestaciones por desempleo.

Las competencias que las CC.AA. han asumido tras la transferencia recibida de la Administración Central se articulan, en los Decretos en los que se ha materializado el traspaso, en torno a cinco áreas: 1) intermediación en el mercado de trabajo; 2) gestión y control de las políticas de empleo; 3) centros nacionales de formación profesional ocupacional;

---

munidad de Castilla y León; RD 1268/2001, de 29 noviembre (RCL 2001, 2966 y LIB 2001, 374), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; RD 1379/2001, de 7 diciembre (RCL 2001, 3185 y LLR 2001, 230), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de La Rioja; RD 1418/2001, de 14 diciembre (RCL 2001, 3254 y LCTB 2001, 264), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria; RD 646/2002, de 5 julio (RCL 2002, 1738 y LARG 2002, 354), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón; RD 1385/2002, de 20 diciembre (RCL 2002, 3006 y LCLM 2002, 391), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; RD 467/2003, de 25 abril (RCL 2003, 1167 y LAN 2003, 256), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía; RD 468/2003, de 25 abril (RCL 2003, 1154 y LRM 2003, 161), sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

[121] López Parada, R.: «Transferencia y privatización del servicio público de colocación», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 212, noviembre 2000, pág. 124.

[122] En el ámbito de las políticas activas, cada Comunidad Autónoma elabora un Convenio de Colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales referente a los Centros Nacionales de Formación Profesional Ocupacional y tres con el INEM: uno para la colaboración de la gestión del empleo y de las prestaciones por desempleo, otro para el intercambio de información y estadística y un tercero para regular las funciones y el régimen de funcionamiento de la Comisión de Coordinación y Seguimiento creada en el marco del traspaso a cada Comunidad Autónoma de los servicios de trabajo, empleo y formación. *Vid*. una explicación pormenorizada del proceso de transferencias y sus instrumentos jurídicos en Sobrino González, G. M.ª: *La política de colocación*, cit., págs. 173 y ss.

[123] No obstante, las oficinas estatales de empleo transferidas a las CC. AA. siguen siendo oficinas estatales dependientes del SPE/E en lo que se refiere a la gestión de las prestaciones por desempleo.

4) comisiones ejecutivas provinciales y de seguimiento de la contratación laboral y 5) potestad sancionadora [124].

Además de su habitual configuración como órganos autónomos dependientes de la correspondiente Consejería, otro rasgo compartido por estos modelos autonómicos de SPEs es la concepción integral de la intervención del mercado de trabajo que se atribuyen, lo que no deja de sorprender si se tiene en cuenta que la mayor parte de ellos se crean antes de la aprobación de la LE en 2003. No cabe duda de que las directrices comunitarias han tenido una fuerte influencia en la aplicación de estas orientaciones en un momento en que la legislación estatal de empleo se encontraba en fase de fuerte remodelación orgánica, y de cierta continuidad en las políticas y en las acciones de intervención en el mercado de trabajo. A consecuencia de lo dicho, las normas autonómicas reflejan listas amplias de competencias y funciones de los organismos públicos en materia de empleo, que se erigen en único agente público de gestión del mercado de trabajo, que pueden ordenarse en torno a tres grandes ejes: diseño y gestión de las políticas activas en el ámbito autonómico (obviamente, políticas activas estatales y no estatales); gestión de la formación profesional ocupacional y continua; gestión integrada de la intermediación, con acciones de orientación y acompañamiento de los trabajadores afectados[125].

En lo concerniente al funcionamiento de estos órganos, el artículo 22 LE recoge los principios básicos de la intermediación de los servicios públicos de empleo. Tras señalar que éstos asumen la dimensión pública de la intermediación laboral, es decir, organizan los procedimientos dirigidos a la colocación de los trabajadores y a la correlativa cobertura de puestos de trabajo, se expande el radio de actuación de la intermediación pública mediante la suscripción de posibles convenios, acuerdos u otros instrumentos de coordinación con otras entidades, al objeto de favorecer la colocación de los demandantes de empleo (art. 22.1 LE). Se presta así fundamento legal a un posible modelo de gestión indirecta o descentralizada de la intermediación laboral pública. Al estar transferida la competencia de intermediación, corresponde ahora a los Servicios Públicos Autonómicos de Empleo formalizar dichos convenios. El legislador muestra una especial preocupación por los colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, lo que además del diseño de políticas activas específicamente concebidas para favorecer su inclusión en el mercado de

---

[124] Para un estudio pormenorizado de las funciones atribuidas a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, *vid*. LÁZARO CARRETER, J. L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, cit., pág. 296 y ss.; SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo e intermediación laboral en las Comunidades Autónomas*, cit., pág. 96 y ss.

[125] FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Políticas Selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo», XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Ponencias,* Murcia, Laborum, 2007, pág. 281.

trabajo (art. 26 LE) se intenta dinamizar disponiendo que los SPEs «podrán contar con entidades colaboradoras especializadas» que participen en el citado proceso de inserción. El artículo 22.2 LE establece dos condiciones a la forma de realizar la intermediación, si bien una de ellas sólo es aplicable a los sujetos que, directa o indirectamente, ejercer la dimensión pública de esta herramienta capital de las políticas activas:

— Tanto la intermediación realizada por los SPEs y las agencias de colocación, como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquéllos, «se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos»[126]; con el fin de asegurar el cumplimiento de los citados principios, «los servicios públicos de empleo garantizarán que el proceso específico de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo corresponde, con carácter general, al servicio público de empleo y a las agencias de colocación debidamente autorizadas».

— «La intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades que colaboren con ellos» conforme a lo previsto en el artículo 22.1 LE, «se realizará de forma gratuita para los trabajadores y para los empresarios». Como se sabe, esta previsión no es aplicable a las agencias de colocación, pero en el contexto de revisión del marco normativo del empleo será preciso abordar el tema para, cuando menos, garantizar que los servicios de intermediación sean gratuitos para el trabajador, adecuando de ese modo la legalidad interna a los imperativos de la nueva regulación internacional de los intermediarios laborales privados.

Recientemente, la LE ha sufrido su primera modificación y precisamente en la materia que aquí se trata. La reforma la ha traído la Ley Orgánica 3/2007, de 17 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 24 de marzo), que por medio de su disposición adicional decimoséptima ha incluido en la LE un nuevo artículo, el 22 bis, que insiste en la observancia del principio de igualdad y no discriminación —especialmente por razón de sexo— en la gestión de intermediación que llevan a cabo los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación.

---

[126] Los referidos principios son dos concreciones de los principios de igualdad efectiva y real del artículo 9.2 CE y el principio antidiscriminatorio del artículo 14 CE que, asimismo, tienen sus expresiones en el ordenamiento jurídico laboral común en los arts. 4.2.c) y 17 del ET.

La mayoría de las leyes de creación de los or ganismos públicos autonómicos de empleo y los decretos de traspaso incorporan dentro de la intermediación otras funciones diversas, relativas a control del mercado de trabajo, actividades de la Red EURES, o, en general, gestión y control de las políticas activas de empleo. En este sentido, aspectos esenciales en el actual sistema de protección por desempleo como son el diseño de los itinerarios de inserción y el seguimiento del compromiso de actividad de los trabajadores desempleados son competencia de los servicios autonómicos de empleo. De este modo, los SPEs/CA, más allá de la mera puesta en contacto de oferentes y demandantes de empleo, están llamados a or ganizar acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional de mejora de la ocupabilidad[127].

Por demás, aunque en la actualidad todas las CC.AA. —a excepción del País Vasco[128]— tienen transferidas las competencias en materia de gestión de las políticas activas de empleo[129], no todas han seguido el mismo procedimiento al crear sus respectivos servicios públicos de empleo. Así, la regla más generalizada ha sido el traspaso a una Comunidad Autónoma de la gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y una vez que la Comunidad Autónoma ha recibido las competencias procede a crear una estructura administrativa específica, normalmente un or ganismo autónomo, al que denomina Servi-

---

[127] Como puso de manifiesto el CES: *Desequilibrios ocupaciones y políticas activas de empleo*, Informe 1/2005, Madrid, CES, 2005, pág. 72.

[128] En esta Comunidad el Decreto 142/1993, de 1 1 de mayo, había creado una Sociedad Anónima Pública para la promoción de la formación y el empleo (E GAILAN S. A.), cuyo objeto era gestionar las políticas activas de empleo, esencialmente las subvenciones a la contratación y por formación profesional ocupacional. El Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, al amparo del Real Decreto 735/1995, firmó un convenio de colaboración con el INEM, constituyéndose en agencia de colocación sin finalidad lucrativa. Una Orden de 26 de junio de 1996 (modificada posteriormente por otra Orden de 30 de marzo de 1998) reguló la or ganización y desarrollo de las acciones de intermediación en el mercado de trabajo promovidas por el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y seguridad Social, en funciones de agencia de colocación bajo la denominación de Servicio Vasco de Colocación o L ANGAI. Para no tener que constituir una red de oficinas de empleo en paralelo a la del INEM, lo que presupuestariamente era poco viable, se optó por acudir a la externalización de la red a través de la regulación de un estatuto de entidades colaboradoras o centros asociados, tomado de la normativa de Formación Profesional Ocupacional.

[129] Peculiar es también la situación de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, en cuyos Estatutos de Autonomía, aprobados por Leyes Or gánicas 1 y 2/1995, de 13 de marzo, se puede comprobar (art. 21) que ambas ciudades ejercerán competencia sobre el «fomento del desarrollo económico de la ciudad dentro de los objetivos, planes y programas aprobados por el Estado» y también de «Asistencia Social», pero en su artículo 22, al determinar cuáles son las materias que corresponden a ambas ciudades en cuanto a su ejecución, no incluyen la materia laboral. En consecuencia, las funciones de intermediación laboral pública en estas dos ciudades siguen en manos de la red de oficinas de empleo del SPEE (antiguo INEM).

cio Público de Empleo y al que encomienda la gestión de dichas políticas[130]. En otros casos, sin embar go, se ha seguido el procedimiento inverso: las Comunidades Autónomas han creado primero el Servicio Público de Empleo y posteriormente se ha producido el traspaso de las funciones y servicios del INEM en materia de gestión del trabajo, el empleo y la formación[131]. Fuera de este esquema binario quedarían, además del País Vasco, las Comunidades Autónomas en las que sí se ha producido el traspaso de competencias en el ámbito del trabajo, el empleo y la

---

[130] Ha sido concretamente el caso de:

– Cataluña: RD 1050/1997, de 27 junio (BOE de 29 julio 1997) y Ley 17/2000, de 5 de julio, de ordenación del sistema de empleo y de creación del Servicio de Empleo de Cataluña (BOE de 25 julio 2000).

– País Valenciano: RD 2673/1998, de 1 1 de diciembre (BOE de 29 diciembre 1998) y Ley 3/2999, de 17 de abril, de creación del Servicio Valenciano de Empleo y formación (DOGV de 16 abril 2000).

– Canarias: RD 150/1999, de 29 de enero (BOE de 17 febrero) y Ley 12/2003, de 4 de abril, de creación del Servicio Canario de Empleo (BOC 28 abril 2003).

– Navarra: RD 811/1999, de 14 de mayo (BOE de 9 de junio) y Decreto Foral 148/1998, de 29 de abril, por el que se crea el Or ganismo Autónomo Servicio Navarro de Empleo y se aprueban sus estatutos (BON de 24 mayo 1998).

– Madrid: RD 30/2000, de 14 de enero (BOE 2 febrero 2000) y Ley 5/2001, de 3 de julio, de creación del Servicio Regional de Empleo (BOE 27 julio 2001).

– Principado de Asturias: RD 11/2001, de 12 de enero () y Ley 3/2005, de 8 de julio, de creación del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias (BOPA 29 julio 2005).

– La Rioja: RD 1379/2001, de 7 de diciembre (BOE 25 diciembre 2001) y Ley 2/2003, de 3 de marzo, del Servicio Riojano de Empleo (BOLR 15 marzo 2003).

– Cantabria: RD 1418/2001, de 14 de diciembre (BOE de 31 diciembre 2001) y Ley 1/2003, de 18 de marzo, de creación del Servicio Cántabro de Empleo (BOCA 26 marzo 2003).

– Castilla y León: RD 1 187/2001, de 2 de noviembre (BOE de 22 noviembre 2001) y Ley 10/2003, de 8 de abril, de creación de Servicio Público de Empleo de Castilla y León (BOCyL 14 abril 2003).

– Castilla La Mancha: RD 1385/2002, de 20 diciembre (BOE 23 diciembre 2002) y Ley 2/2003, de 30 de enero, de creación del Servicio Público de Empleo de Castilla-La Mancha (DOC-LM 17 febrero 2003).

[131] Así ha ocurrido en las CC.AA. de:

– Extremadura: Ley 7/2001, de 14 de junio, de creación del Servicio Extremeño Público de Empleo (DOEx 3 julio 2001) y RD 664/2001, de 22 de junio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Extremadura de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación (BOE 5 julio 2001).

– Andalucía: Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo (BOJA de 28 diciembre 2002) y RD 467/2003, de 25 abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación (BOE 30 abril 2003).

– Murcia: Ley 9/2002, de 1 1 de noviembre, de creación del Servicio Regional de Empleo y Formación (BORM de 22 noviembre 2002) y RD 468/2003, de 25 abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación (BOE 29 abril 2003).

formación, pero no se ha creado hasta la fecha un Servicio de Empleo como organismo autónomo que gestione la totalidad de las políticas activas de empleo[132].

Con las salvedades expuestas, se puede decir que la constitución de los SPEs/CA ha sido anterior a la Ley de Empleo 56/2003, es decir , los servicios autonómicos de empleo se han creado sin que existiera un previo marco de regulación estatal que contemplase la creación y el ámbito de actuación de tales servicios. De ahí que a estas alturas de desarrollo del modelo institucional de gestión del empleo, la LE no haya podido seguir otro camino que reconocer como Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas a «los órganos o entidades de las mismas a los que dichas administraciones encomienden [*o hayan encomendado ya*], en sus respectivos ámbitos territoriales, el ejercicio de las funciones necesarias para la gestión de la intermediación laboral, según lo establecido en el artículo 29 y siguientes de esta Ley , y de las políticas activas de empleo, a las que se refieren los artículos 23 y siguientes de esta misma disposición».

Los SPEs/CA son, pues, los servicios u organismos autonómicos encargados de la gestión de las funciones y servicios traspasados por el Estado en materia de intermediación laboral y políticas activas de empleo; y, como tales, también los organismos llamados a interaccionar con el SPE/E para dar coherencia y unidad al SNE. Aunque la LE no lo diga de manera expresa, es claro también que los SPEs/CA son, antes que otra cosa, los servicios públicos especializados en las materias de empleo y mercado de trabajo en el ámbito geográfico de la respectiva Comunidad Autónoma y por tanto sus funciones van más allá de la mera gestión de las funciones y servicios transferidos, para entrar de lleno en el diseño y gestión de las medidas propias de empleo [133].

– Islas Baleares: Ley 7/2000, de 5 de junio, de creación del Servicio de Empleo de las Illes Balears (BOIB 29 junio 2000) y RD 1268/2001, de 29 noviembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación (BOE 5 diciembre 2001).

[132] Es el caso, actualmente, de la Comunidad de Galicia, que recibió el traspaso de las competencias realizadas por el INEM en los ámbitos del trabajo, el empleo y la formación mediante RD 1375/1997, de 29 de agosto, pero en la que no se ha constituido jurídicamente un Servicio Público Gallego de Empleo sino un Servicio Gallego de Colocación, creado por Orden de 19 de mayo de 1997 (DOG 29 mayo 1997) e incluido dentro de la Dirección General de Formación y Colocación de la Consellería de Familia y Promoción de Empleo, Mujer y Juventud, que se encuentra estructurado en una red de centros asociados e interconectados, distribuidos por toda la Comunidad Autónoma, que realizan tareas de intermediación en el mercado de trabajo.

[133] En este sentido, LUJÁN ALCARAZ, J.: «La Ley (básica) de Empleo de 2003», *cit*., pág. 388, apoyándose en el artículo 19 LE donde se establece que las políticas activas desarrolladas en las Comunidades Autónomas «cuya financiación no corresponda al Servicio Público de Empleo Estatal, o en su caso las complementarias de las del Servicio Público Estatal, se financiarán,en su caso, con las correspondientes partidas que los presupuestos de la Comunidad Autónoma establezcan, así como con la participación en los fondos procedentes de la Unión Europea».

En cuanto a la estructura de los SPEs/CA, cabe destacar dos cuestiones:

1. La libertad que la LE reconoce a cada Comunidad Autónoma para optar por la solución organizativa que crea más oportuna[134], libertad que no ha de entenderse coartada por las elementales reglas sobre «organización» del SPE/CA contenidas en el artículo 18 LE, entre las que adquiere especial significación la exigencia de que, al igual que ocurre en el nivel estatal, también en el nivel autonómico del sistema público de empleo se garantice la presencia y participación de los interlocutores sociales en los órganos de representación de naturaleza consultiva[135]; aunque la ley las silencia, no debe existir inconveniente para que las normas autonómicas prevean la participación institucional de otras entidades que desempeñan un papel activo en la implementación de las medidas de empleo como son la iniciativa social, las federaciones de cooperativas o las entidades locales.

---

[134] La mayoría de las CC. AA. ha constituido su respectivo Servicio de Empleo como Organismo Autónomo dependiente de la consejería de empleo correspondiente. Las únicas particularidades son Galicia, donde el SPE se encuadra en la Administración ordinaria de la Comunidad autónoma gallega encuadrado en la Dirección General de Formación y Colocación; no obstante esta comunidad autónoma sí ha creado un or ganismo autónomo destinado a las funciones de intermediación laboral por la O. de 19 de mayo de 1997, por el que se regula el Servicio Gallego de Colocación; y el País Vasco, donde el Servicio Vasco de Colocación/LANGAI es gestionado por una Sociedad Anónima Pública para la promoción de la Formación y el Empleo, E GAILAN, S. A (Decreto 142/1993, de 11 de mayo).

[135] El artículo18 LE, después de admitir que los SPEs/CA «en función de su capacidad de autoorganización, se dotarán de los ór ganos de dirección y estructura para la prestación del servicio al ciudadano», advierte de que los SPEs/CA «contarán con la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en los ór ganos de representación de carácter consultivo, en la forma en que se prevea por las Comunidades Autónomas, teniendo dicha participación carácter tripartito y paritario», lo que no es sino reiteración del principio participativo previamente consagrado en el artículo 8. 1 LE.

Este tripartismo se puede encontrar (sin ánimo exhaustivo) en las normas de creación o de organización de prácticamente todos los servicios autonómicos de empleo, siguiendo en buena parte la pauta marcada por los servicios estatales. Así, esta es la regla en el Servicio Navarro de Empleo, artículo 3 del Dto. Foral 148/1998, de 29 de abril de creación y aprobación de sus estatutos;; arts. 6 y 7 del Dto. 30/2001, de 23 de febrero, de constitución y régimen jurídico del Servicio de Empleo de Illes Balears; artículo 2 en conexión con el 8 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo; artículo 19 del Dto. 41/2001, de 27 de febrero, que aprueba el Reglamento de Or ganización y Régimen Jurídico del Servicio Valenciano de Empleo y Formación; Dto. 122/2002, de 23 de septiembre, que regula la or ganización y el funcionamiento del Consejo de Relaciones Laborales, Políticas Activas y del Servicio Público de Empleo; artículo 9 de la Ley 9/2002, de 11 de noviembre, que crea el Servicio Regional de Empleo y Formación de Murcia; Ley 1/2003, de 18 de marzo, de creación del Servicio Cántabro de Empleo, artículo 5; Ley 12/2003, de 4 de abril, del Servicio Canario de Empleo; Ley 2/2003, de 3 de marzo, de creación del Servicio Riojano de Empleo, artículo 8; Dto. 121/2004, de 15 de junio, de regulación y funcionamiento del Consejo Vasco de Empleo y de los Consejos Territoriales de Empleo; ó artículo 14 de la Ley 17/2002, de 5 de julio, «d'ordenació del sistema d'ocupació i de creació del Servei d'Ocupació de Catalunya».

2. Su carácter *externalizado*, en tanto los SPEs suelen apoyarse en entidades colaboradoras de diversa naturaleza —universidades, asociaciones empresariales y sindicales, corporaciones locales, centros homologados de formación profesional ocupacional, colegios profesionales, unidades y agentes de promoción de empleo...— para el desempeño de las actividades que componen la red de Oficinas de Empleo. Aunque la normativa interina que regula la colaboración con los SPEs (básicamente contenida en el RD 735/1995) excluye la participación de entidades con ánimo de lucro, se han detectado supuestos en los que la colaboración ha ido a parar a manos de empresas, como academias de enseñanza y similares, con indiscutible ánimo de lucro, provocando que esta dimensión del servicio público de empleo se haya reconvertido en una privatización *sui géneris*[136].

2.3. La coordinación y la colaboración como ejes del nuevo sistema articulado de Servicios Públicos de Empleo. ¿Un lugar para los servicios locales de empleo?

Como queda dicho, el INEM surgió del proceso de reforma institucional de la Seguridad Social, como organismo unificador mediante el cual culmina el proceso de racionalización administrativa del empleo al reunir la gestión de las prestaciones por desempleo, la colocación, la gestión de los programas de subvenciones a la contratación y la formación profesional no reglada. Sin duda la configuración del INEM y el amplio abanico de funciones que la LBE le otorgó respondían a una concepción unitaria y globalizadora en la atención de las situaciones de desempleo, si bien en el transcurso de su existencia se fueron poniendo de manifiesto una serie de desajustes que motivaron la formulación de serias objeciones a su funcionamiento como órgano gestor de las políticas de empleo, para cuya remoción se inicia en los años noventa un proceso de reformas de los SPEs todavía inconcluso.

La ruptura del monopolio público en la intermediación laboral con la consecuente legalización de las agencias de colocación no lucrativas —posibilidad que, como se vio, utilizaron algunas CC.AA. para anticipar el ejercicio de competencias aún no transferidas en materia de empleo— y el posterior proceso de territorialización autonómica de las políticas y los servicios de empleo ya comentado trajeron consigo el desmantelamiento del anterior modelo unificado que supuso la creación del INEM por el RDL 36/1978, de 16 de noviembre, y su sustitución por un nuevo mapa institucional que presenta como rasgo característico la pluralidad orgánica y funcional y, por qué no decirlo, una notable entropía.

---

[136] López Parada, R.: «Transferencia y privatización del servicio público de colocación», *cit*., pág. 129.

De un modelo unificado y estatal se pasa a otro plural y descentralizado en el que las CC.AA. adquieren un mayor protagonismo, dejando en un plano completamente residual al Estado en lo que respecta a la gestión de las políticas de empleo (no así la producción normativa, que sigue siendo competencia estatal). El modelo descentralizado sur gido del proceso de transferencias, lejos de convertir el sistema público de empleo en un mecanismo más eficaz, ágil, transparente y próximo a las necesidades de los usuarios (oferentes y demandantes de empleo), incurrió en todo lo contrario, debido a desajustes tanto normativos como de funcionamiento del nuevo sistema.

En cuanto a los desajustes normativos, la asunción por las CC.AA. de las competencias que antes correspondían al INEM en el ámbito de la intermediación y la gestión del empleo tuvo el efecto de vaciar de todo contenido sustantivo los principios ordenadores contenidos en la LBE, la cual durante todo el proceso de transferencias (1997-2003) ha seguido afirmando en su artículo 40.1 algo que había dejado de ser cierto: que el INEM organizaría la colocación de los trabajadores como un servicio nacional, público y gratuito. Con el sistema materialmente resultante del proceso descentralizador, el INEM pierde el carácter de único servicio público de empleo, naturaleza que pasan a compartir , bien que con diferente dimensión territorial, los servicios homólogos de ámbito autonómico receptores de las competencias traspasadas.

Pero, como certeramente ha señalado entre nosotros Valdés Dal-Ré, «al margen de esta primera disociación entre *lex scripta* y concreción aplicativa, en esta época hace su aparición una segunda disociación, derivada ahora de decisiones políticas que acompañan el proceso mismo de transferencias. En la medida en que este proceso se diseña y gestiona sin reformar las bases normativas del modelo estatalista y unitario ya superado o, por decirlo de otro modo, en la medida en que dicho proceso se pone en marcha, se aplica y concluye sin haber procedido previamente a definir los elementos más estructurales y estructuradores del sistema que se alumbra, los cambios que se acometen no logran implantar un nuevo modelo de organización de la función pública de intermediación laboral, inidentificable como tal a partir del enunciado, de manera coherente, de unos principios fundantes y unas técnicas de articulación. El objetivo primero y esencial y la consecuencia resultante de esta etapa política, guiada por una ambición meramente negativa, quedan reducidos a desor ganizar y desmantelar el modelo existente, sin construir , empero, los postulados institucionales del que se está implantando de manera gradual, improvisada, diferenciada y desordenada a través de los procesos de transferencias»[137]. Con semejantes premisas, el resultado no es difícil de adi-

[137] Valdés Dal-Ré, F.: «Intermediación laboral...», *cit*., pág. 6.

vinar, habiéndolo resumido la doctrina con breves y expresivas palabras: el sistema territorializado de intermediación laboral ha resultado ser un «ectoplasma»[138].

Los efectos prácticos de este desajuste entre principios informadores y técnicas o instrumentos de concreción de los mismos no se han visto tampoco suavizados en el plano subnormativo mediante decisiones políticas que hubieran permitido ordenar con arreglo a parámetros de mayor racionalidad la construcción del nuevo modelo. Ha faltado, por ejemplo, un trasvase fluido de información entre el INEM y los servicios autonómicos así como una adecuada coordinación entre las políticas regionales de empleo y entre los or ganismos encargados de su diseño y aplicación. No se olvide que el traspaso de la gestión a las autonomías no ha sido total, pues sólo ha afectado a las políticas activas mas no a las pasivas. En este sentido, la falta de coordinación, incluso dentro de las propias oficinas del INEM transferidas, entre los servicios y departamentos del SPE/E al frente de las prestaciones por desempleo y los servicios de empleo de las comunidades autónomas gestores de las políticas activas ha dificultado que unos y otros pudieran ofrecer una respuesta eficaz y eficiente a los requerimientos del mercado de trabajo y a las necesidades de los ciudadanos. Aunque en el marco del proceso de transferencias se han firmando varios convenios de colaboración entre el INEM y los SPEs autonómicos para coordinar la gestión del empleo y de la formación profesional con la protección por desempleo —estrategia de coordinación en la que insistirá la nueva LE—, la integración entre los SPEs en el ámbito de sus respectivas competencias ha sido más teórica que real, al no venir acompañada de la implantación de herramientas que, como el SISPE, permitieran un trasvase fluido de la información sin la cual toda pretensión de integración y coordinación entre centros de gestión diversificados es inviable. Ello unido a una desconfianza de los demandantes de empleo y de los empresarios hacia el INEM (que parece continuar en relación a los Servicios de Empleo de las comunidades autónomas) como intermediario eficaz en el mercado de trabajo, explicaría sus pobres resultados como servicio de colocación (una media del 16,6 por 100 en la «cuota de mercado» durante el período 1996-2003) [139].

Por otro lado, la fuerza expansiva del proceso descentralizador sin duda ha provocado que de alguna forma en las distintas CC.AA. se hayan conformado mercados de trabajo propios, con el consiguiente riesgo de desequilibrios interterritoriales por la diversidad de condiciones laborales y de acceso al empleo que estarían afectando negativamente al principio de «unidad de mercado». Y todo ello con la agravante de que cada

[138] Valdés Dal-Ré, F.: «Intermediación...», *cit*., pág. 7.

[139] Alujas Ruiz, J. A.: «La transformación del servicio público de empleo en España», *Cuadernos de Información Económica*, núm. 181, julio/agosto 2004, pág. 42.

Comunidad Autónoma decidió crear un Servicio de Empleo estructurado de distinta forma, con diversidad de servicios y una deficiente participación de los interlocutores sociales en la construcción y administración de los nuevos modelos autonómicos.

En este abigarrado escenario institucional, construido a golpe de improvisación y de voluntarismo político, sin sometimiento a un plan estratégico general y sin perspectiva de conjunto, se dicta la Ley de Empleo de 2003, que trata de afrontar los problemas antes referidos poniendo las bases para la instauración de un sistema articulado de servicios públicos de empleo de ámbito nacional que los integre a todos (SPE/E y servicios autonómicos) y al que dota de una serie de instrumentos, en el marco de la política nacional de empleo, con el fin de asegurar la imprescindible colaboración y coordinación entre todos sus componentes. Como elementos de integración se prevén tanto órganos (el Consejo General del SNE, la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales) como planes de actuación, sistemas y procedimientos de gestión coordinada, tanto generales (el Sistema integrado de información de los SPEs, el programa anual de trabajo del SNE, el plan nacional de acción para el empleo) como sectoriales (la coordinación entre las dos vertientes activa y pasiva que integran la política de empleo [140]). Con relación a este último tema, la coordinación en la gestión de las políticas activas y pasivas de empleo, debe ponderarse el acierto de haber mantenido ambas en un mismo sistema, el nacional de empleo, aunque sea a cargo de organismos distintos, en lugar de transferir la gestión de las prestaciones por desempleo, como en su momento se proyectó, a las entidades gestoras del sistema público de seguridad social, pues siempre resultará más sencillo establecer mecanismos de coordinación entre entidades pertenecientes a un mismo sistema,

[140] En la nueva LE es evidente el énfasis puesto en el objeto de lograr la adecuada coordinación entre política activa y pasiva de empleo, de lo que encontramos referencias en distintos preceptos (art. 6.1.e), artículo 9.2, artículo 13.h) y artículo 23]. El Capítulo III se dedica a garantizar esta coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo. A tal efecto, el artículo 27 LE regula, reiterando en gran medida previsiones ya contenidas en la LGSS a partir de su reforma por la Ley 45/2002, la obligación de inscripción de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones como demandantes de empleo en el servicio público de empleo, así como su deber de participar en las políticas activas de empleo. Por su parte, el 28 LE fija los términos en que habrá de producirse en el futuro la cooperación y colaboración entre los servicios públicos de empleo que gestionan las políticas activas y el Servicio Público de Empleo Estatal que gestiona la protección económica frente al desempleo. En el marco convencional expresamente creado a tal fin, a través de los acuerdos de la Conferencia Sectorial y de los convenios de colaboración (arts. 5 y 6 Ley 30/1992), se fijarán de modo preciso los distintos elementos que integran tal deber de cooperación. En este sentido, junto a las típicas cuestiones relativas a «procesos de gestión» y «sistemas de información» que integran tal deber de cooperación, lo más destacado es la previsión de un sistema de «prestación integrada de servicios a los demandantes de empleo solicitantes y beneficiarios» de la protección económica por desempleo, así como «la aplicación de intermediación, de medidas de inserción laboral y de planes de mejora de la ocupabilidad» y dispositivos de «comprobación de la disponibilidad del colectivo».

que además operan en un mismo espacio físico-funcional (las oficinas de empleo), que entre sistemas diversos.

Aun así, tenemos la percepción de que el alcance de las políticas activas de empleo en España se está viendo condicionado negativamente por la estructura y el funcionamiento del Sistema Nacional de Empleo, que sigue presentando un serio problema de descoordinación y falta de interacción entre sus piezas integrantes, a pesar de que sea uno de los principios proclamados en el texto legal: articulación que abarcará a las CC.AA. (art. 3 último inciso) y a las Corporaciones locales en relación con las CC.AA. respectivas (art. 4). Pese a los nobles propósitos de la Ley, el sistema público de empleo en nuestro país todavía no es una estructura integrada en términos reales. Como certeramente se ha dicho entre nosotros, una cosa es que la coordinación esté reconocida como principio estructurador del SNE y otra que sea real [141], y difícilmente podrá serlo cuando todavía no se han acometido los desarrollos normativos necesarios para el correcto funcionamiento del Sistema.

Esa es, además, como bien ha señalado la Dra. Fernández López, «la impresión que se deduce de la regulación particularizada de cada concreto Servicio autonómico, sin perjuicio de los mecanismos de armonización que se desprenden de los arts. 27 y 28 de la LE, que en buena parte se centran en el delicado punto de conexión entre la protección económica por desempleo y la inserción a través de programas de activación del desempleado, a través de las Conferencias sectoriales y los acuerdos de colaboración que puedan suscribirse con los servicios de empleo implicados, pero sin perfilar sistemas de coordinación más «fuertes», que se revelan inexcusables en el modelo de planificación impuesto en la UE, que permite y aún recomienda la asociación de todas las instancias interesadas en el diseño y aplicación de la Política de Empleo, pero que también hace descansar en manos del Estado el control de ejecución y la evaluación de todo el conjunto» [142].

Una política moderna de activación del mercado de trabajo requiere la descentralización de los servicios y una actuación centrada en el ámbito territorial más próximo al ciudadano, el local, como viene afirmándose en numerosos documentos comunitarios [143]. Es absolutamente cierto que el ámbito local permite «una identificación más precisa y aproxima-

---

[141] García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: «Modernización...», *cit*., pág. 172.

[142] Fernández López, M.ª F.: «Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo», XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Ponencias*, Murcia, Laborum, 2007, pág. 281.

[143] Por parte de las instituciones comunitarias se han llevado a cabo distintas acciones para favorecer el empleo local, siempre en coordinación con las autoridades nacionales. En este sentido, *vid*. el Dictamen del Comité de Regiones sobre la «Propuesta de directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros en el año 2000» (2000/C 57/04). Las Comunicaciones dirigidas por la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el «Fortalecimiento de la dimen-

da de buena parte de las necesidades sociales» [144] y es rara la ocasión en que no entre en juego el interés local.

En España, sabido es que, a la luz de la Constitución y de la Ley de Bases de Régimen Local, las Administraciones locales carecen de competencias propias en materia de política de empleo. Pero esta falta de competencias no ha impedido a las Administraciones locales realizar, incluso antes de que se produjera la descentralización territorial en materia de gestión de las políticas de empleo, numerosas actuaciones para hacer posible el ajuste de ofertas y demandas de trabajo en su entorno más próximo [145].

La participación de las entidades locales en la ejecución de las medidas activas de empleo y en la intermediación no son, ciertamente, novedosas. Si se repasan los programas autonómicos de empleo de los diez últimos años se puede apreciar el incremento y la importancia que ha adquirido la territorialización de las políticas de empleo, tanto desde una óptica conectada con las políticas sociales y los procesos de exclusión social como desde la perspectiva del desarrollo local endógeno.

Las actuaciones realizadas por la Administración local para fomentar la creación de empleo van dirigidas tanto a empresarios como a trabajadores. Entre las primeras nos encontramos con iniciativas como los *Agentes de Empleo y Desarrollo Local*, cuya importancia resulta loable por los buenos resultados obtenidos en los últimos años [146], y las *Iniciativas Locales de Empleo* (Proyectos y Empresas de I + E) [147], reguladas en una OM

---

sión local de la estrategia europea de empleo» COM (2001) 629 final; Revisión de la Estrategia Europea de Empleo y las directrices para el empleo de 2003, basada en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones «Balance de cinco años de aplicación a la Estrategia Europea de Empleo COM (2002) 416 final»; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «El futuro de la EEE. Una estrategia para el empleo y mejores puestos de trabajo para todos» COM (2003) 6 final.

[144] García Murcia, J.: «Desempleo», Ponencia General al XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003.

[145] Sobre una experiencia local concreta, véase Barba Ramos, F. J.: «El ámbito local y el empleo: las iniciativas desde el Ayuntamiento de Huelva», en VV. AA. (Galán García, A, y Rodríguez Piñero, M.): *Inserción laboral*, Universidad de Huelva, 1999, págs. 307 y ss. Para una visión más general, MT AS: *Sistemas de intermediación en el mercado de trabajo en el ámbito local*, Madrid, MTAS, 2001.

[146] Los Agentes de Desarrollo Local aparecen en España a principios de los años 80 y realizan funciones muy conectadas con la intermediación laboral, ya que facilitan a los empleadores perfiles profesionales adecuados a sus empresas y llevan a cabo la formación, ofreciendo todos aquellos recursos formativos existentes en el mercado de trabajo, además de promocionar el empleo por cuenta propia motivando a los jóvenes para que creen sus propias empresas así como la promoción del municipio. Cfr. Serrano Falcón, C.: *Servicios públicos de empleo*..., cit., pág. 157.

[147] Las iniciativas locales de empleo consisten en la financiación por las Entidades Locales a través de la aportación de recursos económicos y materiales para crear nuevas empresas no superiores a 25 trabajadores y que se dediquen a una actividad que sea necesaria en el ámbito en donde se va a constituir la empresa.

de 15 de julio de 1999, que en el ámbito europeo se han desarrollado por medio de estructuras u or ganizaciones de carácter intermedio [148] con diferentes grados de autonomía, formas de gestión y or ganización[149].

Las actuaciones dirigidas a los trabajadores demandantes de empleo se han centrado fundamentalmente en labores de promoción de empleo y de inserción en el mercado de trabajo, articuladas a través de convenios de colaboración con los SPEs; cabe destacar , entonces y ahora, su participación como entidades asociadas de *Servicios Integrados para el Empleo* (SIPEs), interinamente regulados por el RD 735/1995, de 5 de mayo (Título II, arts. 18 a 27) y la Orden de 10 de octubre de 1995 —modificada por otras dos Ordenes de 30 de julio de 1997 y 20 de enero de 1998—, hasta que se produzca la intervención normativa prevista en la disposición transitoria primera de la LE 56/2003. Tampoco hay que olvidar la importancia que tienen los programas de *Rentas Activas de Inserción* (en adelante RAI) y las *Escuelas Taller y Casas de Oficios*, y su posibilidad de gestión por las entidades locales [150].

---

[148] *Vid*. PELLEGRÍN, J. P.: «Le role des or ganismes intermediaries dans le development territorial», OCDE, *Programa ILE*, Paris, 1991 y VÁZQUEZ VAQUERO, A.: Política económica local, Madrid, Pirámide, 1993. También MARTINOS, H.: The management of local employment development strategies, *LEDA Raport*, Comisión de las Comunidades Europeas, DGV, Bruselas, 1989.

[149] Algunas de estas iniciativas han consistido en redes de oficinas or ganizadas dirigidas por profesionales independientes, cuyo servicio se centra en prestar ayuda a determinadas empresas y se encuentran abiertas para el asesoramiento fiscal, financiero y jurídico, que se denominan «boutiques de empresas». Su utilización generalmente se realiza por empresas de carácter cooperativo o dedicadas al tercer sector .

En segundo lugar, los llamados «parques tecnológicos» son otra forma de intermediación en el ámbito local. Los Parques Tecnológicos surgieron en Estados Unidos en el decenio de 1950 del afán de las universidades, los industriales y las Administraciones por crear grandes complejos industriales (tecnópolis) de empresas de alta tecnología. En Europa, nacieron en los años sesenta, siendo los prototipos el de «Cambridge», en el Reino Unido y el «Sofia Antípolis», en Francia. Los Parques Tecnológicos en España eclosionaron a partir de 1980, para promover el crecimiento industrial (aumento del empleo y de la producción), atrayendo a empresas de alta tecnología hacia zonas o regiones que disfrutan de unas condiciones privilegiadas. En definitiva, estas infraestructuras pretenden servir de polo de desarrollo industrial donde eclosionen pequeñas y medianas empresas, tecnológicamente innovadoras. Una variante son los parques científicos, dedicados fundamentalmente a impulsar y consolidar la creación de empresas nacidas en la universidad, producto de la unión de categorías de investigadores, y de empresas que se instalan en estos parques atraídos por la capacidad tecnológica de una universidad próxima.

Otras organizaciones intermedias que se han constituido para cumplir los objetivos de las políticas de desarrollo local y creación de empleo son, sin ánimo exhaustivo, los «viveros de empresas», los Centros Europeos de Empresas e Innovación (*Business Innovation Centers*) y los Fondos Capital Semilla (FCS). *Vid*., para mayor información, S ARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J. V.: «El marco institucional del empleo...», *cit*., págs. 143-50.

[150] El Programa de Renta Activa de Inserción, creado para «insertar» a un específico grupo de desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para acceder al mercado de trabajo, se encuentra regulado, con carácter permanente, en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para des-

En el plano de la intermediación laboral propiamente dicha, las entidades locales pueden tener una participación más activa creando *agencias de colocación* sin ánimo de lucro, ya que del análisis del citado RD 735/1995 se concluye que, mientras la normativa no cambie, cualquier institución ya existente, pública o privada, puede crear una agencia de colocación cumpliendo el doble requisito de ausencia de ánimo de lucro y obtener la autorización del SPE con el que habrá de suscribir el correspondiente convenio de colaboración [151].

En definitiva, la colaboración de Administración Local en la gestión de las políticas de empleo que tiene a su cargo la Comunidad Autónoma puede canalizarse a través de diversas vías [152]: puede ser entidad colaboradora si constituye una agencia de colocación sin fines lucrativos, pues se indica en el artículo 1 del RD 735/1995 que «las agencias de colocación se configuran como entidades que colaboran con el Instituto Nacional de Empleo en la intermediación del mercado de trabajo»; será también entidad colaboradora, pero de otro tipo, en el momento en que se constituya como «entidad asociada de servicios integrados para el empleo para participar en las actuaciones tendentes al incremento de la capacidad de ocupación de los demandantes de empleo», o en el caso de que firme un convenio de colaboración con el Servicio Público de Empleo para gestionar las políticas activas de empleo en el programa de RAI, o realice un Proyecto de Escuelas Taller y Casas de Oficio, o como centro colaborador en el programa del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional.

La LE 2003 incluye en su artículo 4 un expreso reconocimiento de la «dimensión local de la política de empleo», que deberá ser te-

---

empleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. En cuanto a qué instituciones son las que pueden llevar a cabo las acciones de inserción laboral, el artículo 7.b) del RD 1369/2006 dispone que «los planes o programas de empleo o formación, incluidos los Programas Experimentales o Integrados para el empleo, podrán ser desarrollados por las entidades que colaboren con los servicios públicos de empleo en su realización, en los términos previstos en su normativa específica». Ante la omisión expresa en la normativa citada de las entidades que pueden ser colaboradoras a estos fines, nada impide que puedan actuar como tales entidades colaboradoras las Corporaciones Locales. Dado que la competencia para desarrollar las acciones de inserción laboral se atribuye a las CC.AA. (art. 13.2), serán los Servicios de Empleo de éstas las que suscriban los convenios de colaboración señalados.

Por otro lado, en la normativa específica que regula los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficio (Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero y Orden de 14 noviembre 2001) se señala expresamente que tales proyectos pueden ser promovidos —entre otras entidades promotoras— por las «Entidades Locales, sus Organismos Autónomos y Entidades con competencia en materia de promoción de empleo, dependientes o asimiladas a las mismas, cuya titularidad corresponda íntegramente a dichas Entidades Locales».

[151] Según datos proporcionados por el CES, en el año 1999 estaban en funcionamiento 56 agencias de colocación y la mayor parte eran agencias del sector público cuyos titulares son los Ayuntamientos. CES: *La movilidad geográfica (Informe 1/2000)*; Madrid, CES, 2000, págs. 49-50.

[152] Sintetizadas por SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos*..., cit., pág. 168.

nida en cuenta, de acuerdo con la Estrategia Europea para el Empleo, en el diseño y modelo de gestión de las políticas de empleo «para ajustarlas a las necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local». A tal efecto, los SPEs/CA establecerán los mecanismos de colaboración oportunos y, en su caso, de participación con las corporaciones locales para la ejecución de los programas y medidas de las políticas activas de empleo.

Con todo, creemos que el tratamiento que la LE 2003 dedica a la dimensión local de la política de empleo no se compadece con el protagonismo que a nivel europeo está adquiriendo el empleo local o, mejor , el «Desarrollo local». La Ley 56/2003 da por bueno el modelo tradicional de gestión indirecta o intervención «débil» de las Administraciones locales en materia de empleo, basado en la técnica de la colaboración, que parte de una indiscutible posición hegemónica del nivel autonómico. Cabe recordar que la estructura actual del SNE está formada tan sólo por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, resultando imposible con el vigente ordenamiento jurídico la creación de *Servicios Locales de Empleo*, pues quien lleva a cabo la «ejecución de la legislación laboral», de la que forman parte la intermediación y buena parte de las políticas de empleo, son las Comunidades Autónomas; tampoco se prevé la participación de las corporaciones locales en la elaboración de los planes nacionales de acción para el empleo, ni siquiera en el diseño de las políticas regionales de empleo que las CC.AA. establecerán de acuerdo con las obligaciones establecidas por la Estrategia Europea de Empleo a través de aquéllos, dado que artículo 4. 2 LE únicamente contempla el establecimiento por los Servicios Públicos de Empleo de las CC.AA. de mecanismos de colaboración y en su caso de participación con las corporaciones locales para la ejecución de los programas y medidas de las políticas activas de empleo[153].

[153] El Proyecto de RD que hemos podido consultar prevé la or ganización territorial del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo mediante la creación de unos Consejos Territoriales cuya composición será cuatripartita y paritaria: cuatro vocales designados por la C.A., cuatro vocales designados por el Director General del SPE/E, cuatro vocales designados por las or ganizaciones empresariales más representativas a nivel estatal y cuatro vocales designados por la or ganizaciones sindicales más representativas a nivel estatal, y a nivel de C.A., si en dicho ámbito territorial las hubiera, designados por el Ór gano competente del Sindicato correspondiente. El Consejo Territorial tendrá como funciones: a) coordinar las actuaciones que competen a los servicios públicos de empleo en materia de empleo, trabajo, formación, política migratoria y protección por desempleo; b) conocer los acuerdos del Consejo General y de la Comisión Permanente; c) velar por el cumplimiento de dichos acuerdos y efectuar el seguimiento del Programa Anual de Trabajo del SNE en el ámbito de la C. A.; d) proponer a dichos Consejo General y Comisión Permanente las medidas necesarias en orden al mejor cumplimiento de sus fines; e) cuantas otras funciones se le atribuyan por disposición legal o reglamentaria.

Al corresponder a las CC.AA. en el Estado compuesto la gestión de las políticas activas de empleo, por mucho que la UE potencie el ámbito local, dependerá de cada comunidad autónoma la creación de una adecuada red de estructuras para el desarrollo de la política de empleo a nivel local. Por ello es muy importante que las CC.AA. refuercen su estrategia de «alianzas» con las Administraciones locales y otros entes administrativos infrautonómicos (cabildos, diputaciones...) para que las medidas activas de empleo puedan diversificarse y llegar a todos los demandantes de empleo [154].

Sea como fuere, la implantación de mecanismos más eficaces que garanticen la adecuada coordinación entre los tres niveles de gestión del empleo existentes en nuestro país —estatal, autonómico y local [155]— y eviten la superposición de competencias, o aún la contradicción entre ellos, sería uno de los ejes de una reforma or ganizativa pendiente.

Este es, sin duda, uno de los objetivos que ha de proponerse el futuro desarrollo reglamentario de la LE, cuya demora seguramente está siendo responsable, y en medida no pequeña, de varios de los problemas de or ganización y funcionamiento que arrastra el SNE desde su creación hace ahora tres años y medio. Así lo reconocen, al menos implícitamente, el Gobierno y los interlocutores sociales en el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 9 de mayo de 2006, que entre sus líneas de actuación prevé la constitución de un Grupo de trabajo tripartito en el seno del SPE/E que estudie el desarrollo de la LE.

Cabe recordar que la Ley de Empleo habilita al Gobierno de la Nación para que dicte cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de la misma (disposición final segunda), desarrollo reglamentario que aún no se ha producido. Con la creación de este grupo tripartito se garantiza la participación de los interlocutores sociales en la gestación del esperado reglamento.

Aunque el SPE/E tiene por ley asignada la competencia para elaborar y elevar al MTAS las propuestas normativas de ámbito estatal en materia de empleo (que es el caso aquí considerado), un aspecto criticable es que no se haya previsto la participación en dicho grupo de trabajo de representantes de las CC.AA., lo que, ciertamente, no excluye que puedan y deban ser consultadas en un momento posterior a lar go

---

[154] Se han sugerido otras medidas para canalizar las iniciativas de «Desarrollo Local» adaptándose al marco jurídico vigente, como la reubicación o redistribución de las diferentes oficinas de empleo pertenecientes al SPE/E y a los SPEs/CA, la creación de puntos de atención personalizada a través del uso de medios informáticos y la creación de más agencias de colocación en la Administración Local. En este sentido, S errano Falcón, C.: *Servicios Públicos*..., cit., pág. 171.

[155] García Gil, M. B.: *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 65 y ss.

del proceso de elaboración y aprobación de los correspondientes reglamentos[156].

En todo caso, es urgente que tal regulación aparezca y que la misma se plantee el desarrollo y la concreción de las previsiones contenidas en la LE sobre órganos, principios, competencias, participación institucional, instrumentos de coordinación y funcionamiento del SNE [157]. El objetivo, cabe insistir de nuevo, es lograr una actuación integrada entre la Administración Central, la Autonómica y la Local, haciendo compatible el elenco de medidas activas aplicado en los distintos niveles territoriales y evitando en lo posible duplicidades. Una más estrecha colaboración entre los Servicios Públicos de Empleo Estatal y Autonómicos y un adecuado sistema de información contribuirán de forma notable a un mejor ajuste entre oferta y demanda de trabajo y también a una mayor eficacia de las políticas activas.

2.4. La cooperación entre los servicios nacionales de empleo: la red EURES

Si importante es, dentro del Sistema Nacional de Empleo diseñado por la LE 2003, la cooperación entre el SPE/E y los SPEs/CA para conseguir una más eficaz y eficiente gestión de las políticas activas, no lo es menos la cooperación internacional entre los servicios de empleo nacionales, con el fin, entre otros, de crear mercados de trabajo más amplios y fomentar la inmigración o la emigración de trabajadores que no puedan satisfacer en sus países sus demandas de empleo.

En el ámbito europeo, el Tratado constitutivo de la CEE, de 25 de marzo de 1957, consagra como uno de sus principios fundamentales la libre circulación de trabajadores. Hay que tener en cuenta cuál es el auténtico contenido de la libertad de circulación de los trabajadores: aunque el artículo 39 del Tratado de Roma (antiguo artículo 48) habla de que esta libertad supone el derecho a «responder a ofertas efectivas de trabajo» y a «desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros», indicando que para que pueda haber movilidad tiene que haber previamente una oferta de trabajo, el tribunal de Justicia ha ampliado su contenido para incluir también la movilidad de trabajadores desempleados para encontrar trabajo; esto es, entrar en otro Estado para buscar allí empleo, aún sin disponer de una oferta previa de empleo. Ya no hay sólo movilidad de trabajadores, sino también de desempleados.

---

[156] El marco adecuado para realizar esa información probablemente sea la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales prevista en el artículo 7.1.a) LE.

[157] La información (provisional e incompleta, desde luego) a la que hemos podido tener acceso sobre los progresos realizados en tal sentido sugiere que se está trabajando en dos reglamentos: uno referente al SNE y otro al SPE/E.

El Reglamento 1612/68 reconoce el derecho de los trabajadores migrantes comunitarios a acceder a los servicios públicos de empleo del Estado en el que prestan sus servicios en iguales condiciones a los trabajadores nacionales. Según su artículo 5, «El nacional de un Estado miembro que busque un empleo en el territorio de otro Estado miembro, recibirá allí la misma asistencia que la que las oficinas de empleo de ese Estado conceden a sus propios nacionales que busquen empleo».

En este contexto cabe situar la red EURES (*European Employment Services*), creada en el año 1993 para sustituir al inicial Sistema Europeo de Difusión de Ofertas y Demandas (SEDOC) [158], previsto en el Reglamento CEE núm. 1612/1968, de 15 de octubre, del Consejo, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. El SEDOC se creó con el objetivo de garantizar la movilidad de mano de obra en Europa, para lo que resultaba necesario que el flujo de información sobre ofertas y demandas de empleo no se estancase en el nivel nacional, estableciendo mecanismos que las hicieran llegar a los trabajadores y empresarios situados en otros Estados, teniendo en cuenta la prioridad en el empleo que debe darse a los trabajadores nacionales de los Estados miembros respecto de terceros no comunitarios. Pero los resultados obtenidos no fueron cualitativamente importantes, entre otras razones por la obsolescencia tecnológica del sistema y su débil base documental [159]; fue por ello que el Reglamento CEE núm. 2434/1992, del Consejo, modificó algunos artículos del Reglamento de 1968 y creó la red EURES, que se implanta mediante la Decisión 93/569/CEE, de 22 de octubre; a través de la misma va a tener lugar en lo sucesivo el intercambio de información sobre el mercado de trabajo que lleguen a España procedentes de los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo [160].

Entre las funciones de la red EURES destacan las de fomentar la movilidad; ajustar el mercado de trabajo europeo; y aportar un servicio de información a los ciudadanos de la Unión [161]. Se consagra así la aspira-

---

[158] Sobre el SEDOC, *vid*. De Val Tena, A. L: «La intermediación en el mercado de trabajo comunitario», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 7, 1994, págs. 75 y ss.

[159] Comisión de las Comunidades Europeas: «EURES. Informe sobre el periodo 1994-1995 de conformidad con el artículo 19 (3) del Reglamento (CEE) núm. 1612/68», DO C 3 (1996), artículo 1.2.

[160] En la actualidad, la red EURES se rige por la Decisión de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, por la que se aplica el Reglamento (CEE) del Consejo núm. 1612/68 por lo que se refiere a la puesta en relación y la compensación de ofertas y demandas de empleo —DO L 5 (2003)—; la Carta Eures de 3 de mayo de 2003 —DO C 106 (2003)— y las Directrices trienales de EURES

[161] El portal EURES no solamente ofrece información sobre ofertas de empleo en el Espacio Económico Europeo y en Suiza, sino también información sobre las tendencias del mercado de trabajo de todos los países y regiones del Espacio Económico Europeo, información práctica sobre condiciones de vida y de trabajo en Europa, así como una base de datos en línea con currículos de solicitantes de empleo.

ción de disponer de un verdadero mercado de trabajo europeo a través de la intermediación.

El sistema EURES está configurado como una red compuesta por los SPEs de los Estados miembros, sus posibles socios y la Comisión, encargada de intercambiar las informaciones previstas en el marco del Reglamento 1612/68, con el fin de ponerlas a disposición de los posibles usuarios[162]. A pesar de que los servicios públicos de empleo están estructurados de forma distinta en cada país, todos ellos comparten la misma tarea específica de contribuir a la adaptación recíproca de la demanda y la oferta en el mercado laboral, suministrando información, mediación y apoyo activo.

Queda claro, pues, que no existe un *servicio de empleo comunitario* independiente del de los Estados miembros, con su propia red de oficinas. Tampoco existe una armonización de las legislaciones nacionales sobre colocación, un establecimiento de reglas comunes sobre cómo deben funcionar los SPEs.

La coordinación de la Red EURES corre a cargo de una pluralidad de órganos bajo los que se estructura todo el sistema europeo de empleo: la Comisión, la Oficina Europea de Coordinación, los Euroconsejeros, el Grupo de Trabajo EURES y el Grupo Estratégico de Alto Nivel. La red opera con dos bases de datos: una sobre ofertas de empleo (sita en Bruselas), recientemente sustituida por el portal de movilidad profesional EURES, y otra sobre legislación laboral y condiciones de vida y de trabajo en los distintos Estados miembros (sita en Luxemburgo).

En los últimos tiempos el sistema EURES ha tenido que adaptarse a las sucesivas ampliaciones de la UE con la incorporación de nuevos Estados miembros —diez en 2004 y otros dos en 2007—, que ha traído consigo un incremento del número de usuarios y de ofertas de empleo intercambiadas. De ahí que la red haya tenido que ser reformada y modernizada de forma casi constante, sin que, desde luego, pueda descuidarse la continua mejora técnica.

Uno de los obstáculos que impedían a la red EURES realizar una intermediación más eficaz era que no le llegaban todas las ofertas de empleo, sino tan sólo aquellas que los Estados consideraban «de vocación comunitaria», esto es, aquellas que pudieran resultar lo suficientemente interesantes como para justificar la emigración del trabajador. Se trataba de ofertas de trabajos de cualificación media-alta, por lo general. Aunque el número de colocaciones realizadas a través de la red EURES ha experimentado un crecimiento paulatino desde su creación, los resultados serán mejores si la red dispone de mayor información sobre las ofertas de

[162] Artículo 3 Decisión 2003/8/CE.

empleo generadas en el mercado de trabajo de los Estados miembros [163]. Las Directrices para el desarrollo estratégico de la red en el período 2004-2007 incluyen actuaciones en esta dirección [164]. Lógicamente, ello debe acompañarse de un incremento de la base humana que gestiona la red EURES en cada Estado (los consejeros EURES) y de más medios materiales para gestionar el superior volumen de actividad generado por el cambio de modelo de intermediación comunitaria.

2.5. La potenciación de los Servicios Públicos de Empleo

2.5.1. El largo camino recorrido hasta el acuerdo de 9 de mayo de 2006 para la mejora del crecimiento y del empleo

Apenas transcurridos tres años desde la implantación del nuevo Sistema Nacional de Empleo por la ya no tan reciente Ley de Empleo 56/2003, el Acuerdo de 9 de mayo de 2006 para la mejora del crecimiento y del empleo (en adelante, AMCE), suscrito entre el Gobierno y los interlocutores sociales, ha decidido someterlo a una primera revisión y a resultas de la misma prevé un conjunto de medidas para potenciar los Servicios Públicos de Empleo y las actuaciones que éstos desarrollan; con ello, los firmantes del pacto están dando a entender su escaso grado de satisfacción con el papel que dichos servicios están desempeñando como agentes de intermediación e inserción laboral en el nuevo escenario conformado por la LE.

Pero la idea de que es preciso reforzar y modernizar los SPEs no es, ni mucho menos, nueva. Si hacemos un breve recorrido por cada uno de los hitos que han ido jalonando el proceso de reformas del marco jurídico de la colocación hasta llegar al actual modelo observaremos que desde el

---

[163] Cfr. en este sentido S OBRINO GONZÁLEZ, G. M.ª: «La red eures: un instrumento para la movilidad europea», en VV. AA. (VALDÉS DAL-RÉ y ZUFIAUR NARVAIZA, dirs.): *Hacia un mercado europeo de empleo*, Madrid, MTAS, 2006, pág. 161.

[164] La Directriz 2 de las Directrices Eures para el período 2004-2007 se propone conseguir que en 2005 los usuarios de la red EURES puedan consultar todas las ofertas de empleo publicadas en todos los SPEs en el territorio de la UE y del EEE. A tal efecto, durante el periodo 2004-2005 se procedió a sustituir la base de datos central, en la que los Estados miembros habían estado introduciendo ofertas de empleo nacionales seleccionadas, por un nuevo sistema descentralizado que proporciona virtualmente acceso directo a todas las ofertas nacionales de todos los países participantes. El nuevo sistema de intercambio, denominado Portal de movilidad profesional EURES, se inauguró oficialmente en la Conferencia de apertura del Año europeo de la movilidad de los trabajadores celebrada en Bruselas en febrero de 2006. Desde entonces, el número de ofertas disponibles en cualquier momento ha crecido hasta aproximadamente 1.000.000. Cfr . «Informe sobre las actividades de EURES durante el periodo 2004-2005 presentado por la Comisión con arreglo al artículo 19, apartado 3, del Reglamento (CEE) 1612/68: hacia un único mercado de trabajo europeo: la contribución de EURES», Bruselas 16-3-2007, COM(2007) 1 16 final, pág. 6.

momento de constitución del Instituto Nacional de Empleo se ha sido consciente de la falta de eficacia y de calidad del servicio público de colocación que aquél vino prestando en régimen de monopolio hasta 1994 y de la necesidad de reformar dicho or ganismo. Fundamentalmente, las críticas al Instituto surgirán como consecuencia de la relación esencialmente burocrática que las oficinas de empleo establecen con los ciudadanos, basada más en el cumplimiento formal de una serie de obligaciones y trámites que en las exigencias derivadas de la prestación misma del servicio. Cuando el recurso a las oficinas del INEM era preceptivo, la general desconfianza en la institución llevaba a oferentes y demandantes de empleo, sobre todo cuando se trata de empleos que exigen cierta especialización o cualificación, a evitar su intermediación y a recurrir a cauces extraoficiales para lograr el anhelado encuentro entre oferta y demanda, acudiendo *a posteriori* a la oficina para, una vez cumplidos los trámites de inscripción y solicitud del trabajador mediante la presentación por la empresa de una oferta nominativa, poder formalizar el contrato de trabajo [165]. Una actuación normativa insuficiente en materia de colocación —apenas media docena de preceptos dedicados al tema en el ET y en la LBE—, el déficit cronificado de medios técnicos, personales y or ganizativos que viene registrando el Servicio Público de Empleo desde su creación —no solventado con los progresos realizados en los últimos tiempos—, la permisividad que durante muchos años se tuvo con una serie de entidades (agencias privadas de colocación, empresas de trabajo temporal) que venían ofreciendo sus servicios en la clandestinidad sin que por parte de los poderes públicos se optara por regularlas pero tampoco se liderara una auténtica lucha contra ellas[166], y el discutible orden de prioridades que el ente público ha seguido a la hora de desarrollar las funciones que le son atribuidas [167], representan un cúmulo de factores y condiciones que han restado eficacia y operatividad al SPE en lo que respecta a su función mediadora en el mercado de trabajo. En definitiva, el INEM no ha cumplido a satisfacción la que siempre debió representar su prioridad mayor: buscar un puesto de trabajo adecuado a quien carece de ocupación y proporcionar trabajadores idóneos a las empresas que los necesitan.

---

[165] Tal como pusieron de manifiesto VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El papel de los servicios públicos...», *cit*., pág. 44 y ss.; OJEDA AVILÉS, A.: «Los servicios de empleo en España: el Instituto Nacional de Empleo (II)», *Revista de Seguridad Social*, núm. 17/1983, pág. 43.

[166] SOBRINO GONZÁLEZ, G. M.ª: *La política de colocación*, cit., pág. 130.

[167] Al respecto, el INEM se ha centrado en sus funciones de inscripción y registro de contratos, elaboración de estadísticas, gestión y control de las prestaciones económicas por desempleo y fundamentalmente de lucha contra el fraude que se genera para el disfrute de la referida prestación, relegando a un segundo plano labores tan importantes como lo son la formación y la orientación profesional, la prospección de empleo para detectar estrangulamientos del mercado de trabajo o deficiencias de formación profesional, el asesoramiento a las empresas en materia de planificación de mano de obra y la adecuación de la estructura de la oferta de trabajo a los cambios de la demanda producidos por el progreso tecnológico.

Ya en los textos preparados en 1988 por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social acerca de la reforma del INEM [168], se hace una dura crítica de la primacía de los trámites formales sobre los de calificación, orientación, formación, selección y colocación de los desempleados, pero en ningún momento se propone abandonar el monopolio de la intermediación, aún cuando los términos con los que se refiere a esta cuestión dejan abierta la puerta a la entrada de intermediarios no lucrativos, en la medida que se mantiene «la prohibición de intermediación lucrativa privada en el mercado de trabajo». En un informe posterior titulado *La reforma de la política de empleo y de los servicios públicos de empleo en España. Documentos para el diálogo social* (1991), el Ministerio de Trabajo sostiene que la reforma del INEM habrá de consolidar su carácter de Servicio Público de Empleo, y aunque se refiere a la posible entrada de otros intermediarios, se dice expresamente que se mantendrá la prohibición de la intermediación privada lucrativa y que la única alternativa a la utilización de los SPEs será la contratación directa. Con ello se reafirma la intención de suprimir la inscripción obligatoria de los demandantes en busca de ocupación la comunicación por parte de los empleadores de sus ofertas, pero manteniendo la función de registro de los contratos celebrados. Además, se aborda la cuestión de las empresas de selección, respecto de las que se anuncia su regulación con el objetivo de diferenciarlos de los mediadores, ilícitos, en la colocación. En cuanto a las soluciones, junto a las anteriores, se habla de una nueva estructura del INEM, para lo cual se prevé la creación de «Oficinas de Promoción de Empleo y Cualificación» y las «Oficinas Integradas de Empleo».

Al año siguiente, el «Programa de Convergencia 1992-1996» insistirá en la necesidad de abordar una reforma en profundidad del INEM, «principal órgano tanto en la mediación como en el reconocimiento y gestión de las prestaciones y subsidios destinados a cubrir la eventualidad del desempleo». Sin embargo, en posteriores documentos entregados por el Gobierno, uno al CES sobre la reforma laboral y otro a los agentes sociales en julio de 1992 como base para una posible reforma del INEM, no se plantea en ningún momento la posibilidad de suprimir el monopolio público de la colocación, aunque se critica; la admisión de otros intermediarios empieza a sugerirse en 1993, en concreto, en el Documento que, bajo el título «*La Reforma del Mercado de Trabajo*», el Gobierno dirige al CES en demanda de su dictamen, donde afirma que «los servicios públicos de empleo (...) no pueden abarcar la totalidad de las cada vez más complejas, especializadas y muchas veces extraordinarias ofertas de empleo, que no obstante movilizan un porcentaje nada despreciable del volumen total de empleo y a las que no se puede dejar sin res-

[168] Recogidos por TRIGO, J.: «La reforma del INEM y el mercado de trabajo en España», *Boletín del Círculo de Empresarios*, núm. 57, diciembre 1993, págs. 259 y 260.

puesta por parte del servicio sin ofrecer alternativas para cubrirlas», aunque en el mismo documento se dice que «la labor del INEM necesita ser revisada para, así, perfeccionarla».

La opción de cancelar el monopolio público de colocación se efectúa mediante la aprobación generalizada de la contratación directa por las empresas sin la intervención del INEM; la admisión de la existencia de las agencias de colocación sin fines lucrativos; la regulación de los Servicios Integrados para el Empleo (SIPES) y la legalización de las empresas de trabajo temporal. El RDL 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, con el que se inicia la serie de normas que dieron cobertura a la reforma, declara que los cambios operados tienen el propósito de «mejorar los Servicios Públicos de Empleo, primando su eficacia sobre inútiles cargas burocráticas que en nada mejoran su intermediación en el mercado de trabajo». Pero la aludida «mejora» de los Servicios Públicos de Empleo a la que hacen referencia el RDL 18/1993 y la posterior Ley 10/1994, de 19 de mayo, va a tener una orientación distinta a la transformación del INEM. Lejos de introducir cambios en el régimen jurídico, la organización y el funcionamiento de las oficinas de empleo, las mencionadas normas utilizan la eliminación de la obligación del empresario de contratar a través del Instituto y la legalización de la actividad de intermediación privada en la contratación como medidas que, supuestamente, habrían de mejorar la eficacia del SPE al restarle cargas burocráticas. Los hechos han demostrado, sin embargo, que estas medidas liberalizadoras no han contribuido sino a acentuar el languidecimiento progresivo de los Servicios Públicos de Empleo[169]; la posterior descentralización de los mismos[170], a consecuencia de la actual distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. en la materia, no contribuirá a mejorar la situación, extendiéndose las críticas de ineficacia a la labor de intermediación realizada ahora por los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, partícipes de los mismos defectos que tradicionalmente se han achacado al INEM.

La ya no tan reciente Ley 53/2003, de Empleo, tuvo, como se dijo, la esencial virtualidad de adecuar el modelo legal preexistente al surgido a partir de tal distribución constitucional de competencias en esta ma-

---

[169] Durante el período comprendido entre los años 1978 y 1992, anterior a las reformas del bienio 1993-1994, la ineficacia del Servicio Público de Empleo se refleja en sus cifras de intervención, que descienden considerablemente de un 21,8 por 100 a un 7,5 por 100. *Vid*. estos datos en FLÓREZ SABORIDO, I.: «Evolución de la política de empleo en España», *Relaciones Laborales*, 1993-II, pág. 1232.

[170] Quizás sea oportuno precisar, como ha hecho el profesor VALDÉS DAL-RÉ («Intermediación laboral...», *cit*., pág. 7), que una cierta descentralización de la actividad de colocación siempre ha existido entre nosotros, aunque la misma se haya realizado a través de la organización territorial adoptada por el INEM, integrada por una pluralidad de oficinas repartidas por todo el territorio nacional.

teria. Con ello se buscaba asegurar la adecuada cooperación y coordinación entre los distintos niveles de la Administración Pública implicados —estatal, autonómico y, más residualmente, local, aunque con una participación cada vez más comprometida en la ejecución de las políticas de empleo—, así como entre los agentes públicos y privados concernidos. A tal efecto, se recuerda, la LE ha previsto la creación de un Sistema Nacional de Empleo, basado en un modelo de descentralización territorial y coordinación funcional que, articulado sobre principios comunes de actuación, no parece haber alcanzado hasta hoy su óptimo funcionamiento[171].

Prueba de ello es que, pocos meses después de aprobarse la LE, la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004, en su fundamento V establecerá específicamente que «El impulso de las políticas activas de empleo y de los Servicios Públicos de Empleo (SPEs) es un objetivo imprescindible e inaplazable. El Gobierno y los interlocutores sociales analizarán cuál debe de ser el diseño de las políticas de empleo y el papel de los SPEs con vistas a asegurar la eficacia y eficiencia de sus funciones (información, intermediación, detección anticipada de las necesidades cuantitativas y cualitativas de empleo, programas de formación, aprendizaje y orientación, promoción del enfoque preventivo, entre otras), así como la adecuada protección ante la falta de empleo: prestaciones y políticas activas. Desde la perspectiva de la armonización del nuevo modelo, surgido de la reciente Ley de Empleo, con la actual distribución de competencias constitucionales entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de política de empleo, los objetivos deberían centrarse en asegurar la adecuada cooperación y coordinación entre las Administraciones y entre los agentes, públicos y privados, implicados, movilizando y optimizando los recursos disponibles para lograr mayores niveles de eficiencia en las políticas de empleo».

Con este precedente, no es extraño que en una ocasión tan importante como la firma del AMCE los interlocutores sociales y el Gobiernan hayan expresado su interés por la reforma a fondo de los servicios de empleo y de las políticas que éstos aplican. A tal efecto, en el Acuerdo se trazan tres ejes, en coherencia con nuestros compromisos con la Estrategia por el Empleo revisada como con las principales líneas de reforma que, al mismo fin, se están llevando a cabo en otro países comunitarios —Italia, Francia, Alemania...—:

1. La modernización de los SPEs, respecto de los cuales «se considera conveniente reforzarlos a fin de aumentar su eficacia e incre-

[171] García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: «Modernización del sistema público estatal de empleo, mejora de la intermediación y evaluación de las políticas activas de empleo: una reforma otoñal», *Temas Laborales*, núm. 85/2006, pág. 174.

mentar la aplicación de un enfoque preventivo» [172] (el lenguaje «preventivo» es habitual en los programas de empleo diseñados en el ámbito europeo);

2. El sometimiento de las políticas activas de empleo a un proceso de análisis y evaluación continua y rigurosa con vistas a su actualización «de forma que lleguen de manera eficaz a los grupos de trabajadores más necesitados de apoyo»;

3. Para dar respuesta a estos requerimientos se propone la constitución de un Grupo de Trabajo Tripartito en el seno del Servicio Público de Empleo Estatal, que abordará el desarrollo de la Ley de Empleo y de las políticas activas de empleo que habrán de aplicarse en el futuro, con una especial atención al papel de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo y su ámbito de actuación (Servicios Públicos de Empleo, Entidades Colaboradoras, Agencias de Colocación y Empresas de recolocación).

Desde luego, el tratamiento dedicado por los reformadores a estas cuestiones no encierra el mismo grado de compromiso ni reviste la misma contundencia que las acciones desplegadas en otras materias, pues lejos de plantear modificación de los textos legales oportunos se limitan a efectuar, a modo de hoja de ruta, un conjunto de declaraciones de intenciones en función de los compromisos adquiridos, cuya materialización no asumen como algo inminente pues se condiciona en gran medida tanto a desarrollos presupuestarios como a las conclusiones obtenidas por Grupos y Comisiones de Trabajo. Por otra parte, se ha producido un notable *décalage* entre el plan reformador y la formalización normativa de los cambios proyectados[173], pues del ambicioso programa de actuaciones pactado, el RD-Ley 5/2006 primero, y la Ley 43/2006 después, se han limitado a incluir una programática DA 6.ª en la que el Gobierno compromete tanto sólo un *Plan Global de Modernización* del Servicio Público de Empleo Estatal, y ni siquiera en este punto se ha sido por completo fiel a los Acuerdos tripartitos.

Como quiera que la subponencia a car go de la Dra. Fernández López se ocupa *in extenso* de la conformación actual y futura de las políticas activas de empleo (también a la luz del Acuerdo de 2006), y en lo que respecta al desarrollo reglamentario de la LE ha parecido más oportuno in-

---

[172] Según el artículo 24 LE, las políticas activas de empleo tendrán un enfoque preventivo, de acuerdo con directrices derivadas de la Estrategia Europea de Empleo. Ello supone (art. 24.1) que los servicios públicos de empleo «orientarán su gestión para facilitar nuevas oportunidades de incorporación al empleo a los desempleados antes de que éstos pasen a una situación de paro de lar ga duración».

[173] García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: «Modernización del sistema público estatal de empleo...», *cit*., pág. 167.

sertar las alusiones necesarias cuando proceda a lo largo del texto, se abordará a continuación el otro aspecto que contempla el plan de actuación diseñado por los autores del AMCE: la modernización de los SPEs.

2.5.2. La modernización de los servicios públicos de empleo: previsiones y realidades

Resulta innegable que la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo y el desarrollo de políticas eficaces de inserción laboral de las personas inactivas y los trabajadores desempleados exigen un proyecto claro de organización y modernización de los servicios de empleo; así se viene reconociendo reiteradamente en diversos foros internacionales y en las recomendaciones que éstos hacen llegar a España.

De hecho, la aproximación internacional se centra en los servicios de empleo desde dos puntos de vista:

— criterios organizativos de dichos servicios. Con palabras de la OCDE es conveniente el diseño descentralizado de los servicios de empleo, pero también es necesario «que exista un control jerárquico, autonomía local y una comunicación en los dos sentidos» [174];

— funcionamiento de los servicios con arreglo a la lógica de mercado, lo cual exige la medición y evaluación de los resultados de los programas del mercado de trabajo, haciendo un seguimiento de los participantes en los mismos y sus efectos sobre la reducción del paro y el aumento del empleo, utilizando toda esta información para sustituir los programas menos eficaces por otros más eficaces y así mejorar la gestión que llevan a cabo los SPEs [175].

Como se afirma en la Comunicación de la Comisión de 13 de noviembre de 1998, « *Modernización de los Servicios Públicos de Empleo para apoyar la Estrategia Europea de Empleo»,* las Directrices comunitarias para el empleo vienen poniendo de relieve la capital importancia de los SPEs en el marco de los cuatro ámbitos prioritarios de intervención: 1) *la capacidad de inserción profesional*: «los SPEs desempeñan un importante papel en este ámbito a través de sus actividades de orientación sobre las técnicas de búsqueda de trabajo, el acceso a la formación profesional así como mediante una asistencia suplementaria dirigida a grupos específicos (personas con discapacidad y minorías étnicas). La Comisión insiste también en la necesidad de reforzar la formación de los jóvenes con el

[174] OCDE: *Perspectivas del Empleo 2005*, Informes OCDE, Madrid, MTAS, 2005, págs. 351-352.

[175] *Ibidem*, págs. 342 y ss.

fin de facilitar su entrada en el mercado de trabajo. La intervención de los SPEs consiste en garantizar el funcionamiento de los sistemas de formación por aprendizaje, movilizando los puestos de formación o actuando como intermediarios entre estos puestos y los jóvenes trabajadores»; 2) *el espíritu de empresa*: «uno de los objetivos de los SPEs es la promoción del trabajo no asalariado para los desempleados o los trabajadores amenazados de despido. Además, los SPEs se asocian con otros or ganismos públicos o privados con el fin de establecer estrategias locales de creación de empleo que respondan a las nuevas necesidades»; 3) *la capacidad de adaptación*: «a pesar de que la magnitud del problema del desempleo tenga como resultado que la mayor parte de las acciones de los SPEs estén destinadas a los desempleados, siguen desempeñando un importante papel por lo que respecta a la gestión de la evolución de las estructuras de las empresas (los SPEs participan en distintos programas de formación, reciclaje y reconversión de los trabajadores que se enfrentan a cambios estructurales y que corren el riesgo de perder su empleo)»; 4) *la igualdad de oportunidades*: «los SPEs actúan a fin de promover la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. En concreto, la acción de los SPEs consiste en ayudar a los hombres y las mujeres que desean reincorporarse a la vida activa después de un período de ausencia, así como mediante la puesta en práctica de políticas de igualdad de oportunidades en el ámbito del empleo en favor de determinadas categorías de trabajadores (personas con discapacidad y minorías étnicas)».

En la Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOCE núm. L-197 del 5-5-2003) se insiste en que éstos deberían modernizar y fortalecer las instituciones del mercado de trabajo, en especial los servicios de empleo; también se afirma que debería fomentarse la transparencia de las oportunidades de trabajo y de formación a nivel nacional y europeo a fin de apoyar una intermediación efectiva entre ofertas y demandas de empleo y, en particular, que en el año 2005 los solicitantes de empleo de toda la UE deberían poder consultar todas las ofertas de empleo anunciadas en los SPEs de los Estados miembros. A tales Directrices acompañaba una Recomendación de la Comisión de 2004 sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros que, en lo que afecta a España, hacía referencia a la alta tasa de desempleo de nuestro país, especialmente la femenina, la baja tasa de empleo en relación con la media de la UE, la alta proporción de contratos de duración determinada y el escaso uso del contrato a tiempo parcial, y la persistencia de grandes desequilibrios entre las tasas de empleo regionales, constatándose la limitada movilidad laboral geográfica, debido a obstáculos estructurales como el mal funcionamiento del mercado de la vivienda y los déficit de los servicios públicos de empleo. Como Recomendaciones específicas que se formulaban al Estado español para mejorar las condiciones favorables a la creación de empleo en las regiones que registran

peores resultados en este terreno y eliminar los obstáculos a la movilidad laboral geográfica, se proponía «reforzar la coordinación entre los diferentes servicios regionales de empleo con objeto de reducir las diferencias de empleo y desempleo regionales»; así como «completar la modernización de los servicios públicos de empleo para aumentar su eficiencia y su capacidad de mediación en el mercado de trabajo».

El Consejo Europeo de Primavera, celebrado en marzo de 2005, basándose en el Informe Kok (noviembre de 2004), planteó la necesidad de relanzar la Estrategia de Lisboa, concentrando sus objetivos en el crecimiento y el empleo, y teniendo como referencias permanentes la cohesión social y el desarrollo sostenible. Asimismo, el Consejo acordó que cada Estado Miembro presentara su respectivo *Programa Nacional de Reformas (PNR),* estructurado en torno a *Veinticuatro Directrices Integradas para el Crecimiento y el Empleo 2005-2008*[176]. Esta directrices subrayan la importancia de continuar con la modernización y el refuerzo de los servicios de empleo (línea directriz integrada núm. 19). La misma idea se repite, pero más desarrollada, en las Directrices estratégicas comunitarias en materia de cohesión 2007-2013, concretamente en la directriz que tiene por finalidad crear más y mejores empleos, donde se afirma: «La presencia de instituciones del mercado laboral eficientes y eficaces, especialmente servicios de empleo capaces de responder a los desafíos de la rápida reestructuración económica y social y del envejecimiento demográfico, es esencial para apoyar la prestación de servicios a los solicitantes de empleo, los desempleados y las personas desfavorecidas, y es una acción que puede recibir ayuda de los Fondos Estructurales. Estas instituciones desempeñan un papel fundamental en la ejecución de las políticas activas del mercado laboral y en la prestación de servicios personalizados para promover la movilidad profesional y geográfica y adecuar la oferta y la demanda de mano de obra, especialmente a nivel local. Deben ayudar a prever las escaseces y las congestiones del mercado laboral así como las necesidades profesionales y de cualificaciones. Ello tendría también el resultado de beneficiar una gestión positiva de la migración económica. La facilidad de acceso a los servicios ofrecidos y su transparencia son cruciales. La red EURES (red europea de servicios de empleo) es fundamental para incrementar la movilidad profesional y geográfica, tanto a nivel europeo como nacional».

Fruto de su compromiso con la Estrategia de Lisboa, el Gobierno español elaboró el *Programa Nacional de Reformas de España* (13 de octubre de 2005), que constituye la referencia fundamental de la política

[176] Directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2005-2008). Comunicación del Presidente de la Comisión, de 12 de abril de 2005, que incluye una propuesta de decisión del Consejo relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (en virtud del artículo 128 del Tratado CE) - Parte 2 [COM (2005) 141 final].

económica del Gobierno español para el periodo 2005-2010. En el marco del denominado «Eje 3: Mercado de trabajo y diálogo social» se contemplan varias *Medidas para mejorar el funcionamiento de las instituciones del Mercado de Trabajo*, un grupo de las cuales tiene por objeto la *Modernización de los Servicios Públicos de Empleo*, a cuyo efecto se prevé: 1) la puesta en marcha de un «programa de modernización del Servicio Público de Empleo y un nuevo diseño organizativo y de gestión que interrelaciona los procesos para la generación de empleo estable con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación»; 2) la creación de «plataformas para la intermediación laboral».

Habida cuenta de la rápida evolución del mercado de trabajo, tanto para los trabajadores (mejora del nivel de educación, incremento de la participación de las mujeres, envejecimiento de la mano de obra, etc.) como para los empresarios (necesidad de una mano de obra capaz de adaptarse a la constante evolución del mercado, nueva or ganización del trabajo), resulta necesaria una adaptación de los SPEs si se quiere que sean eficaces[177]. En este sentido, la mayor parte de los SPEs han empren-

[177] En Bruselas hace tiempo que están convencidos de la necesidad de que los SPEs se renueven y modernicen para hacer frente a nuevos desafíos. Estos serían, según la Comunicación de la Comisión para 'Modernizar los Servicios Públicos de Empleo para apoyar la Estrategia Europea de Empleo', *cit*., los siguientes: reforzar su posición en los sectores con un gran potencial de creación de empleo, en especial el sector de los servicios; recurrir en mayor medida a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación; conciliar las exigencias, en algunos casos diver gentes, de los empresarios y los solicitantes de empleo (un tratamiento personalizado sistemático de cada caso favorece la lucha contra el desempleo de lar ga duración pero puede ir en detrimento del servicio prestado a los empresarios); creación de vínculos con otros proveedores de servicios: ya existen servicios de empleo con fines comerciales, pero están fundamentalmente destinados a determinados tipos de solicitantes (contratación de directivos o cuadros). Es de capital importancia redefinir el papel y la misión de los SPEs en relación con los demás proveedores de servicios comerciales o no comerciales: por ejemplo, posibilidad de que los SPEs abandonen determinadas actividades que otras oficinas de empleo puedan realizar mejor y posibilidad de externalizar algunas tareas; colocación de los solicitantes de empleo y gestión de los subsidios: en la mayor parte de los Estados miembros existe una voluntad de crear un régimen de subsidios que contribuya en mayor medida al empleo. Para conseguirlo, es necesario reforzar el vínculo entre la gestión de los regímenes de subsidios y la prestación de servicios de empleo (no obstante, pueden aparecer dificultades debido a posibles incompatibilidades entre la gestión de las asignaciones y la colocación de los solicitantes); aplicación de la política pública y prestación de un servicio: si la gestión y el funcionamiento de los SPEs tienden a acercarse a los de las empresas, la aplicación de una política pública puede producir una sobrecar ga de tareas administrativas y burocráticas. Los SPEs y los ministerios concluyen acuerdos periódicamente a fin de conciliar la necesidad de la aplicación de las políticas nacionales y el funcionamiento independiente de las agencias; instauración de un nivel adecuado de delegación en favor de las autoridades públicas regionales y locales, cada vez más comprometidas en la lucha contra el desempleo. No obstante, esto debe conciliarse, por ejemplo, con el mantenimiento de un sistema nacional unificado para los asuntos relacionados con la igualdad de trato o con la unificación del régimen del seguro de desempleo; prestación de un servicio nacional en un contexto europeo: el desarrollo de la movilidad internacional de la mano de obra hace indispensable una gestión de los mercados

dido un proceso de modernización de su or ganización, lo que ha tenido como principal consecuencia el desarrollo de la descentralización y una ampliación del mar gen de maniobra de los SPEs para concentrar en el mercado de trabajo local los recursos de que disponen. Por lo que respecta al monopolio de los SPEs, ha sido eliminado en la mayoría de los Estados miembros y han comenzado a establecerse vínculos con las agencias privadas[178]. La nueva Estrategia Europea de Empleo (EEE) ha permitido reforzar el proceso de modernización. Los SPEs son un instrumento importante para la aplicación de las Directrices, y los Planes Nacionales de Acción sitúan claramente a los SPEs en el centro de los sistemas nacionales de prestación de servicios de empleo [179].

Como se sabe, el artículo 8.4 LE considera un principio de la or ganización y el funcionamiento de los SPEs la «calidad en la prestación del servicio, favoreciendo el impulso y la permanente mejora de los servicios públicos de empleo para adaptarse a las necesidades del mercado de trabajo, con aprovechamiento de las nuevas tecnologías como elemento dinamizador del cambio, con dotación suficiente de recursos humanos y materiales que posibiliten una atención especializada y personalizada tanto a los demandantes de empleo como a las empresas».

La mejora de los recursos tecnológicos supone seguir trabajando a fin de culminar el diseño e implantación del Sistema de Información en los SPEs, a fin de dotarlos de nuevas herramientas de gestión, garantizar la unidad de mercado y asegurar un mapa estadístico de empleo más riguroso. Sin duda, el Plan Global de Modernización de los SPEs redundará no sólo en la mejora y perfeccionamiento del propio SISPE [180], sino en la configuración de un portal de empleo —al que inmediatamente me referiré— y otras aplicaciones conducentes a la automatiza-

---

de trabajo desde una perspectiva europea. Los empresarios buscan un personal específico, altamente cualificado, multilingüe y que sea capaz de adaptarse a nuevas culturas y nuevas formas de trabajo. Por tanto, los SPEs deben responder a estas nuevas necesidades, en colaboración con la red EURES.

[178] ALUJAS RUIZ, J. A.: *Políticas activas de mercado de trabajo en España. Situación en el contexto europeo*, *cit*., pág. 119.

[179] Así, el Plan de Acción para el Empleo del Reino de España (2003-2006), en respuesta a una Recomendación específica que el Consejo de la UE dirigió a España en sus Directrices para el empleo de junio de 2003, y como parte de un programa de Objetivos INEM-CCAA, de mejora de la eficiencia en la actuación de los servicios públicos de empleo en la gestión y control de las políticas activas y pasivas de empleo, contemplaba la incorporación de 5.000 personas adicionales a los citados servicios públicos de empleo.

[180] A este respecto, el Plan Global de Modernización elaborado por el SPE/E al que hemos podido tener acceso incluye un proyecto núm. 9 dedicado al SISPE que prevé las siguientes actuaciones: realizar una auditoría sobre la calidad de la información; corregir las deficiencias detectadas en la transmisión de la información; extender a los dominios de gestión en los que el Sistema está sin implantar; adaptar de forma permanente el Sistema a nuevos requerimientos de intercambio de información derivados de cambios jurídico/normativos o nuevos proyectos del Sistema Nacional de Empleo.

ción e informatización de los servicios desarrollados por los referidos SPE[181].

La última reforma laboral parece haber sido el momento adecuado para que los interlocutores sociales y el Gobierno de la Nación hayan decidido ponerse manos a la obra a fin de hacer efectiva la regla de orden contenida en el artículo 8.4 LE e instrumentar , en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor del RD-Ley 5/2006 —plazo cuyo cómputo se reinició el 31-12-2006 con la entrada en vigor de la Ley 43/2006— un *Plan Global de Modernización del Servicio Público de Empleo Estatal*, que contará con una adecuada dotación presupuestaria, la cual se reflejará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007. En realidad, los interlocutores sociales se han limitado a prestar su conformidad a un proyecto del Gobierno (cuyo contenido y carácter nudamente instrumental no hacían imprescindible el consenso), ya que el conjunto de medidas cuya implementación prevé el AMCE en su apartado III.3.1.º —Modernización de los Servicios Públicos de Empleo— ya figuraban en el *Documento para la mesa de diálogo social de mercado de trabajo*, fechado el 18 de octubre de 2005, que aquél entregó a los interlocutores sociales como base de discusión, bajo el epígrafe X. *Medidas para modernizar los Servicios Públicos de Empleo y favorecer la intermediación laboral*.

Queda claro, por otro lado, que el ámbito del SNE afectado por el plan de modernización cuya elaboración se encomienda al Gobierno es, exclusivamente, el SPE/E, pese a que tanto la denominación de la DA6.ª como las referencias del Acuerdo comprenden a todo el SNE, es decir , tanto al SPE/E como a los Servicios Autonómicos de Empleo; la razón de esta restricción en la plasmación normativa del compromiso, como certeramente se ha advertido, puede estar «en la culminación del proceso de transferencias en materia de empleo a las CC.AA, por lo que el Estado sólo tiene competencias normativas pero no de organización y gestión, salvo en relación a las limitadas materias reservadas al sucesor del extinto INEM— el SPEE—»[182]. Por coherencia también con el vigente reparto de competencias, la Ley 43/2006, en virtud de una enmienda aprobada en el Senado, ha modificado la DA 6.ª del RD-Ley 5/2006 para suprimir las referencias a que el Plan Global venga a ordenar la coordinación con los servicios de empleo autonómicos; sin duda esta es una cuestión que exige ser tratada en otros ámbitos en los que se institucionaliza *ope legis* la cooperación entre la Administración General del Estado —de la que depende el SPE/E— y las CC.AA, como puede ser la Conferencia Sectorial para Asuntos Laborales mencionada en el artículo 7.1.a) LE.

---

[181] Pedrajas Moreno, A., Sala Franco, T. y Valdés Dal-Ré, F.: *La Reforma Laboral 2006 (El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 9 de mayo de 2006)*, Valencia, tirant lo blanch, 2006, pág. 1 18.

[182] Molina Navarrete, C. y G arcía Jiménez, J.: «Modernización…», *cit*., pág. 171.

En cuanto a su financiación, se trata de un compromiso que no aparece expresamente recogido, como partida independiente, en la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, ni en su complejo texto ni en sus anexos. Es cierto que lo anterior no es óbice para que los compromisos de dotación de medios materiales y personales se hallen, de alguna manera, ocultos bajo otros epígrafes próximos, pero, como ha advertido la Dra. Fernández López, «habrá que convenir que se trata de una opción extraña en el contexto de una reforma que unánimemente se ha considerado como necesaria»[183].

La definición de objetivos estratégicos de este Plan Global de Modernización está en perfecta sintonía con los fines que la LE asigna al SNE y con las indicaciones que las instituciones comunitarias vienen haciendo, a España y otros Estados, sobre la necesidad de reformar y reforzar la actuación de los SPEs para que éstos se conviertan en eficaces gestores de las políticas preventivas y activas de empleo: mejorar la atención de los usuarios y la calidad de los servicios, garantizar la coordinación entre las políticas activas y la protección por desempleo, así como elevar la reducida tasa de intermediación en el mercado laboral de dichos servicios [184].

Para la consecución de estos objetivos, el referido Plan incluirá necesariamente dos tipos de actuaciones [185]:

1. Un Plan Estratégico de Recursos Humanos del SPE/E a fin de mejorar su estructura organizativa y la situación laboral y retributiva de su personal[186]. Aunque se trata de una medida formulada más en clave de organización *ad intra*, para mejorar la situación retri-

---

[183] Fernández López, M.ª F.: «Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo», *cit*., pág. 283.

Para el año 2007, según información ofrecida por el director general del SPE/E, el presupuesto destinado a gastos de funcionamiento del ente se ha incrementado un 8 por ciento, en línea con el Plan Estratégico de Recursos Humanos. Igualmente aumenta un 7 por ciento la partida destinada a relanzar la implantación telemática de los servicios a prestar a los empleadores y a los desempleados.

[184] Pese a que este mismo objetivo viene reiterándose desde la reforma del sistema de colocación a finales de 1993, y fue una de las razones fundamentales que llevaron a acabar con el monopolio del INEM y a otorgar carta de naturaleza a la actividad que en el mercado de trabajo llevan a cabo otros agentes, lo cierto es que, sin especificar porcentajes exactos (las estadísticas más favorables lo estiman en un 15%), un estudio referido al período 1985-2000 afirma «la escasa incidencia en el ámbito de la colocación que ha tenido y sigue teniendo el INEM», Alujas Ruiz, J. A.: *Políticas activas de mercado de trabajo en España*, Madrid, CES, 2003, pág. 253.

[185] Siguiendo, una vez, el sabio criterio del Consejo Económico y Social cuando afirmaba que «desarrollar el modelo previsto por la Ley de Empleo probablemente exija incrementar la inversión en los servicios públicos de empleo para la modernización de sus medios humanos, tecnológicos y materiales», CES: *Informe 1/2005, de 26 de enero, sobre Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo*, *cit*., pág. 111.

[186] La DF 3.ª de la LE dispone que, con el fin de asegurar el cumplimiento de los fines del Sistema Nacional de Empleo, los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas com-

butivo-profesional del propio personal del SPE/E, que de or ganización *ad extra*, como entidad prestadora de servicios de empleo —fundamentalmente, gestión de prestaciones— para el ciudadano, qué duda cabe que una mejora de los recursos materiales y de las condiciones profesionales del personal empleado debería redundar en la mejora de la calidad del servicio prestado y , por tanto, en un incremento notable de su eficacia en el mercado, y de paso terminar con ciertos agravios comparativos generados por el proceso de transferencias en detrimento del personal que siguió adscrito al SPP/E o del que éste pueda contratar *ex novo*[187].

2. La mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas. El objetivo así plasmado en el Acuerdo y en la DA 6.ª de la Ley 43/2006 se sitúa en la línea de creciente modernización tecnológica de las AA.PP. con la finalidad de prestar al ciudadano un servicio más rápido y eficaz; redunda por otra parte en la implantación, desde mayo de 2005, del denominado Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE), una iniciativa que tiene su fundamento legal en los artículos 7.2.c) y 8.2.a) de la LE y sobre cuyos objetivos y ventajas ya tuvimos ocasión de pronunciarnos anteriormente. Si acaso, puede recodarse en este momento que el SISPE permite compartir la información de la gestión de las políticas activas de empleo (Comunidades Autónomas) y prestaciones por desempleo (Administración Central) entre todos los Servicios Públicos de Empleo, sirviendo como soporte la creación de un núcleo de información común y el establecimiento de reglas básicas de gestión compartidas por todos ellos. Con el SISPE también se ha conseguido una clara mejora en la forma de medir el paro registrado, que hacía tiempo era reclamada por los estudiosos del mercado laboral y , de hecho, implícitamente por la Comisión Europea, que no aceptó sus cifras como indicador utilizable para los Planes Nacionales de Acción para el Empleo (lo que dio lugar a la aparición del concepto de DENOs). Como es bien sabido, el paro registrado desempeña un papel importante en el sistema estadístico español y , si bien no puede equipararse a la cifra de desempleo que ofrece la Encuesta de Población Activa, que es la que debe utilizarse como indicador oficial del desempleo, sí aporta elementos complementarios basados en la rapidez de su publicación y la posibilidad de desagregación territorial [188].

---

petencias, velarán porque los servicios de empleo creados por esta Ley estén dotados con el personal que en cada momento resulte necesario para el desempeño de las funciones que la Ley le encomienda.

[187] García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: «Modernización...», *cit*., pág. 172.

[188] SPEE-INEM: *Nota Informativa, Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE) Modernización de la gestión, Mejora en la medición del paro registrado*, pág. 7.

2.5.3. Potenciación de la actividad intermediadora de los SPEs

Los firmantes del AMCE son conscientes de que la recurrente solicitud de «modernización» de los SPEs requiere avanzar en otras direcciones, y no sólo en la relativa a la or ganización interna, ni tan siquiera en relación al inexcusable objetivo de la coordinación entre ellos. Por eso, siguiendo por enésima vez las indicaciones del Consejo Económico y Social, y dando por bueno el objetivo previsto en el artículo 6.1.b) LE [189], ponen de manifiesto la necesidad de ir más allá de las referidas mejoras presupuestarias y de personal, para afectar a la propia funcionalidad del entero Sistema Nacional de Empleo: elevar significativamente la tasa de intermediación en el mercado laboral de los SPEs, ante la constatación de su más que discreta presencia en los diversos ámbitos territoriales del mercado de empleo —global, comunitario, estatal, autonómico y local[190]—. A la postre, lo que se persigue es que los SPEs casen más y mejor que hasta ahora las ofertas de trabajo realizadas por las empresas con las demandas de empleo de los trabajadores.

Para ello, la mejor estrategia es reordenar el papel de todos y cada uno de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo [191]; una exigencia que, como ya se ha anticipado, no ha pasado desapercibida para los firmantes del Acuerdo, si bien ha quedado aplazada a las conclusiones que se obtengan del Grupo de Trabajo constituido al efecto en el marco del desarrollo reglamentario de la LE. No obstante, conscientes los actores del mercado de la necesidad de ir experimentando o ensayando este proceso de revitalización de la eficacia de los SPEs, en el Acuerdo mismo ya podemos encontrar la referencia a algunas medidas que han de cumplir con este objetivo de mejorar la intermediación laboral realizada por los sujetos públicos.

Una de tales medidas, seguramente la más novedosa y trascendente, es el compromiso del Gobierno de que los demandantes de empleo reciban una oferta de orientación, promoción o inserción laboral en un plazo no superior a 6 meses desde su inscripción en la Oficina de empleo [192]. En efecto, la regulación actual, contenida en lo fundamental en el artícu-

---

[189] No se olvide que el artículo 6.1.b) LE atribuye al Sistema Nacional de Empleo el fin de, entre otros, «incrementar progresivamente sus tasas de intermediación laboral».

[190] García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: «Modernización...», *cit*., pág. 175.

[191] En el documento presentado por el Gobierno a los agentes sociales el 18 de octubre de 2005, en la mesa de diálogo social para la reforma del mercado de trabajo, el Gobierno ya propuso la regulación de las agencias de colocación con fin de lucro y de las empresas de recolocación, también con fin de lucro, poniendo por delante el escrupuloso respeto a los compromisos internacionales adquiridos por España.

[192] En las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de primavera de Bruselas de 23 y 24 de marzo de 2006 se incluye el compromiso de que «A finales de 2007, todo joven que haya abandonado la escuela y esté sin empleo debería recibir , en el plazo de seis meses, una oferta de empleo, un contrato de aprendizaje o una formación adicional».

lo 231.1.h) de la LGSS, establece como obligación del trabajador beneficiario de una prestación de desempleo la de «suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad». Igualmente, dispone el mismo artículo en su apartado 2 que «se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad». El compromiso de recepción, dentro de un plazo máximo de seis meses, de una oferta de orientación, formación profesional o inserción laboral —el compromiso no incluye la oferta de empleo— se presenta como un avance en la gestión y eficacia de estos organismos públicos, con el fin último de definir un itinerario real de inserción del trabajador desempleado, especialmente de los parados de larga duración y de los pertenecientes a colectivos de difícil inserción laboral. Conocido el fin, lo que no resulta evidente es el *modus operandi*, considerando que la gestión de las políticas activas de empleo, en cuyo contexto se insiere esta medida, es materia transferida a las CC.AA., cuya implicación resulta así inexcusable; sin una norma estatal que imponga obligaciones temporales a los SPEs/CA en el sentido indicado, la revisión de los convenios de colaboración suscritos entre ambas Administraciones para la gestión coordinada de las políticas activas y las prestaciones de desempleo se ofrece como el marco adecuado para implementar las actuaciones necesarias.

Las otras dos medidas específicas u operativas que se proponen para incrementar la eficacia de los SPEs son:

— La creación de un «*Portal de Empleo*», para incrementar la «captación de ofertas de empleo y asegurar la difusión de las mismas»; intermediación virtual anticipada por el Convenio núm. 181 OIT, sobre agencias de empleo privadas; formulada como objetivo estratégico en el Plan de Reformas del Reino de España de 2005, y prevista por el artículo 8.2.b) LE cuando anuncia «la existencia de un sitio común en red telemática que posibilite el conocimiento por los ciudadanos de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como del resto de los países del Espacio Económico Europeo». Si el SISPE despliega sus efectos «ad intra» de la organización, constituyendo una herramienta de trabajo que permite coordinar la gestión realizada por los distintos SPE y el trasvase permanente de información, al portal de empleo se le atribuye una proyección «ad extra» del sistema, buscando esta vez que las nuevas tecnologías faciliten la intermediación laboral entre empresarios y trabajadores. Por ello, con el debido respecto a los postulados de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el proyecto debe dejar atrás las bases de datos más

o menos complejas para configurar un dominio de fácil y universal acceso para demandantes y oferentes [193].

— El fomento de «sistemas de autocolocación», mediante el incentivo de programas de autoayuda o autogestión de la búsqueda de empleo. Estos programas constituyen una técnica de inserción laboral que vienen ensayando hace años los servicios públicos de la mayor parte de los países comunitarios (Reino Unido, Francia, Holanda...), que recurren a ellos tanto por razones de eficacia, ligadas a los efectos positivos que se tiene el que el demandante de empleo sea protagonista activo de su propio proceso de inserción ocupacional o de retorno al empleo [194], cuanto de eficiencia, por los menores costes que genera este mecanismo.

Las expuestas son sólo algunas de las medidas que pueden contribuir a que los poderes públicos lleven a cabo una intermediación laboral más eficaz y eficiente. Pero con ellas no bastará para conseguir los fines propuestos. Téngase en cuenta, además, que los servicios privados de colocación no son el mayor competidor de los SPEs, sino los métodos informales de búsqueda de empleo (contactos personales, anuncios en periódicos, demanda directa a los empresarios), que actualmente constituyen la principal vía de acceso a un trabajo [195]. Estando absolutamente descartado el retorno a pasadas épocas de monopolio y privilegio, conseguir que los SPEs eleven de forma sustancial su cuota de mercado como servicio de colocación va a requerir , entre otras reformas, incrementar significativamente el volumen actual de efectivos humanos empleados en los servicios públicos de empleo, una decidida implicación del personal empleado por los mismos a todos los niveles, mayor nivel de información en los procesos de intermediación, mayor y mejor uso de las tecnologías de la información y la comunicación orientadas al usuario, mayor formación de los profesionales, un mayor esfuerzo de cooperación entre los agentes implicados, mejores fuentes de información sobre el merca-

---

[193] Quirós Hidalgo, J. G.: «Servicios públicos de empleo, intermediación en el mercado de trabajo y políticas activas de empleo», en VV. AA. (J.J. Fernández Domínguez, dir.): *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Dcereto-Ley 5/2006*, Murcia, Laborum, 2006, págs. 259-260.

[194] Recuérdese que la reforma de la protección por desempleo ha venido optado en los últimos años en España, desde la Ley 45/2002, y en la misma línea que en otros países comunitarios, por un modelo de desempleo «activo», hasta llegar a formalizarse en un «compromiso de actividad» por parte del trabajador desempleado, en virtud del cual se fija la obligación de realizar un comportamiento que evidencie su voluntad de buscar activamente empleo —artículo 231 LGSS—.

[195] Como indica Alujar Ruiz, J. A.: *Políticas activas de mercado de trabajo...*, *cit*., pág. 123, el recurso a los servicios privados de colocación como método principal de búsqueda de empleo es muy limitado y se concentra prácticamente en Bélgica, Finlancia, Italia. Países Bajos y el Reino Unido, en proporciones que iban del 1 por ciento al 8 por ciento de los parados (datos referidos a 1996).

do de trabajo y fundamentalmente sobre los entornos locales, una atención más personalizada a los demandantes de empleo, comunicaciones más fluidas entre los departamentos de intermediación y orientación, mayor implicación de los oferentes de empleo y de los agentes sociales y una importe labor de captación de las empresas.

Medidas esenciales para la empleabilidad del conjunto de la población activa asignadas a los servicios de empleo en la Estrategia Europea de Empleo, como las de atención individualizada a los desempleados o la elaboración de itinerarios adaptados a la situación de cada trabajador en paro, resultan absolutamente incompatibles con la capacidad actual de respuesta del servicio público, no sólo por la insuficiencia del tamaño de su estructura de recursos humanos sino por el bajo nivel de cualificación de su personal en el que predominan los empleados de carácter auxiliar y administrativo.

Como los recursos endógenos son insuficientes y el estado óptimo no es un objetivo inmediatamente realizable, convendrá recordar que existe hoy, de forma prácticamente inédita, todo un amplio campo para el impulso del papel de instituciones públicas y privadas (ayuntamientos, mancomunidades municipales de ámbito comarcal, colegios profesionales, centros de formación de carácter público y privado, universidades, institutos de formación profesional, etc.) en los procesos de intermediación laboral que podrían utilizar las fórmulas legalmente vigentes, con apoyo financiero proveniente de los servicios públicos de empleo, a partir de compromisos de colocación previamente concertados. De lo que se trataría es de crear una red or ganizada de colaboración, sobre todo para los trabajadores parados que reciben formación profesional ocupacional, que permita que entidades de carácter público o sin ánimo de lucro intermedien en el mercado de trabajo en estrecha colaboración con los servicios públicos de las distintas CCAA. A tal efecto, estas entidades colaboradoras habrían de tener una relación directa con los Planes integrados para el empleo que gestionan las CCAA, sentándose con ello las bases para su regeneración[196].

En definitiva, para que los SPEs puedan realizar una intermediación laboral eficaz y eficiente deben cambiar radicalmente su filosofía y modificar los planteamientos con los que hasta ahora se han enfrentado a la

[196] Inicialmente concebidos para integrar y financiar todas las acciones previas a la colocación de un trabajador parado (información, orientación, selección, formación, acompañamiento en la búsqueda de empleo, etc.), los Servicios Integrados para el Empleo han terminado por pervertirse al carecer , sobre todo para los parados que reciben formación profesional ocupacional, del necesario escalón final, la colocación del desempleado. Cfr . GÓMEZ SÁNCHEZ, V.: «la intermediación laboral pública en España. Una perspectiva comparada», en *Circunstancia. Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gass*et, núm. 4, 2004, págs. 10-1 1.

gestión de las contrataciones, desprendiéndose para siempre del cliché de «oficina de parados», para lo que deben diseñar los instrumentos y los procedimientos necesarios que les permitan aparecer ante los empleadores como un referente de igual o mayor credibilidad que las agencias de colocación, las empresas especializadas en selección de personal u otras entidades intermediación que ofrecen sus servicios en el mercado. En fin, todo un conjunto de actuaciones que permitan poner en marcha efectivamente los objetivos de reactivación de las políticas activas de mercado de trabajo a los que se ha hecho referencia.

IV. LA INTERVENCIÓN PRIVADA EN EL MERCADO DE TRABAJO

Como se ha dicho insistentemente a lo lar go de este trabajo, nuestro modelo de colocación se caracteriza por la coexistencia entre sujetos públicos y privados. Una vez analizados los primeros pasamos, en los siguientes apartados, a ocuparnos de los segundos.

1. La postura del Derecho internacional y comunitario sobre la existencia de intermediarios privados en el mercado de trabajo

1.1. Las agencias privadas de empleo en los Convenios de la OIT: del originario recelo a su definitiva consagración

La política de colocación en un determinado sistema de relaciones laborales puede responder a muy diversos modelos, cuyas características vendrían a ser, sintéticamente expuestas, las siguientes: 1) un ordenamiento puede prohibir todo tipo de agencias privadas de colocación, lucrativas o no, y establecer que la mediación para la contratación laboral sea competencia exclusiva del Estado a través de sus servicios de empleo; 2) puede ocurrir —aunque es poco frecuente— que no exista un servicio público de empleo, campo abonado para la aparición de intermediarios privados ante los cuales el ordenamiento puede adoptar dos posturas: regularlos expresamente o admitir su funcionamiento sin regulación legal; y 3) son posibles soluciones intermedias: institución de uno o varios servicios públicos de empleo y permisión al propio tiempo de agencias privadas de colocación, de todo tipo o sólo de algunas de ellas.

Las normas internacionales que se han ocupado de la materia de intermediación laboral han reflejado en su devenir la tensión antes referida entre público y privado y , por lo mismo, han expresado la distinta y cambiante valoración de la comunidad internacional sobre las funciones mediadoras atribuidas al Estado y a la iniciativa privada.

Hasta julio de 1948, fecha de adopción del Convenio núm. 88, sobre organización del servicio del empleo, la OIT se había mantenido rigurosamente fiel en materia de colocación al principio fundacional básico, formulado en el artículo 427 del Tratado de Versalles, que impide considerar el trabajo bajo especie de *res commercium*, al establecerse que «el principio director del derecho internacional del trabajo consiste en que el trabajo no debe ser considerado como una mercancía o un artículo de comercio». Esta declaración de principio, que fue luego reafirmada en la Declaración de Filadelfia (1994), no es un principio abstracto o meramente ético, sino que se traduce en consecuencias susceptibles de formulación precisa: la colocación obrera, en cuanto elemento esencial del derecho fundamental al trabajo, debe ser administrada con carácter gratuito e igualitario y en modo alguno puede quedar a merced de los intereses, mercantiles o de cualquier otra índole, que muevan a los intermediarios privados[197]. El principio ideológico se sobrepuso en la Carta fundacional de la OIT a los argumentos utilitaristas y de corte económico esgrimidos por los partidarios de las agencias privadas de colocación, que tradicionalmente han basado su defensa en las ventajas derivadas del libre juego de la competencia.

La supresión de las agencias retribuidas de colocación va a constituir un objetivo de la OIT desde sus primeros momentos: en la Recomendación núm. 1 y en el Convenio núm. 2, de 1919, sobre desempleo, en el Convenio núm. 9 relativo a la colocación de la gente de mar , y en el Convenio núm. 34, de 1933, específicamente dedicado a las agencias retribuidas de colocación, que daba un plazo de tres años a los Estados ratificantes para suprimir las agencias de colocación con fines lucrativos que existieran en su territorio y sin posibilidad durante dicho período de establecer nuevas agencias de este tipo [198].

Pero después de finalizada la II Guerra Mundial, comienza a desarrollarse una filosofía distinta, menos drástica y más tolerante que la que inspiró el Convenio núm. 34 y sus antecesores, y así, en el mencionado Convenio núm. 88 OIT, se introduce ya un condicionamiento de eficacia de los servicios públicos de empleo y la posibilidad de cooperación con otros organismos interesados, «públicos y privados», a fin de lograr la mejor organización posible del mercado de empleo. Esta línea de apertura hacia la permisividad de las agencias de colocación —y el escaso número de ratificaciones que obtuvo el Convenio núm. 34— será determinante para que la OIT se decida a revisar este último Convenio mediante la aprobación del Convenio núm. 96, de 1 de julio de 1949 (ratificado por España el 29 de abril de 1971) el cual no ordena la supresión de las

---

[197] Sánchez Pego, F. J.: «Las agencias de colocación en el ámbito de la reforma laboral», en *Documentación Laboral*, núm. 43/1994, pág. 100.

[198] España ratificó el Convenio núm. 34 mediante Ley de 29 de marzo de 1935.

que denomina «agencias retribuidas de colocación», en su doble modalidad de agencia con fines lucrativos y sin fines lucrativos, sino que permite a los Estados firmantes optar entre la aceptación de su Parte II o de su Parte III, opción que habrían de ejercitar en el momento de la ratificación. Las disposiciones de la Parte II, que fueron las aceptadas por España, prevén la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y la reglamentación de las demás agencias (gratuitas y retribuidas no lucrativas), mientras que las disposiciones de la Parte III prevén la reglamentación de todas las agencias retribuidas de colocación, comprendidas las agencias de colocación con fines lucrativos. Pero incluso si se ha optado por la primera posibilidad, aceptando la Parte II del Convenio, la supresión progresiva de las agencias lucrativas queda condicionada a la previa creación de un servicio público de colocación, y hasta se admiten situaciones de excepcionalidad en relación con determinadas categorías de trabajadores «cuya colocación no pueda efectuarse satisfactoriamente por el servicio público de empleo» (art. 5). La gran diferencia, pues, entre los Convenios OIT núms. 34 y 96 estriba en que el primero es contrario a la existencia de agencias de colocación lucrativas, mientras que el segundo las permite con tal que estén sometidas a vigilancia oficial.

En cuanto a las ETTs, su afectación por el Convenio núm. 96 OIT quedaba descartada dado que su actividad no es estrictamente de intermediación sino de interposición laboral o cesión de mano de obra, apareciendo la ETT como empresa formal del trabajador puesto a disposición de la empresa usuaria o cliente. No lo entendió así un famoso Dictamen del Director General de la OIT, que en 1966, y respondiendo a una consulta formulada por el Gobierno de Suecia, resolvió que las agencias de trabajo temporal debían ser consideradas agencias de colocación a los efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio núm. 96 OIT. Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones adoptó la misma argumentación que el Director General y estimó que, en lo esencial, las actividades de las ETTs caían en el ámbito del Convenio núm. 96. Ello desató un importante debate doctrinal que mayoritariamente se posicionó a favor de la necesidad de eliminar la confusión conceptual existente entre ambas figuras, considerando cosas distintas las agencias de colocación y las ETTs. En realidad, el dictamen del Director General de la OIT tuvo escasa incidencia práctica, pues aquellos Estados que admitieron el funcionamiento de las ETTs lo hicieron al amparo de una normativa propia y desvinculada del Convenio núm. 96, por entender que éste era inaplicable a dichas empresas[199]. Así ocurrió, p. ej., en España, que habiendo suscrito

[199] Del Rey Guanter, S. y Lázaro Sánchez, J. L.: «La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT: Iniciativa privada y nuevas tecnologías», *Relaciones Laborales*, 2000-I, pág. 711.

la Parte II del Convenio núm. 96, no tuvo reparo en legalizar a partir de 1994 las ETTs, que indiscutiblemente son empresas con fin de lucro.

Pero en los años posteriores a la adopción del Convenio núm. 96 OIT las características que inicialmente configuraban el modelo de intermediación en el mercado de trabajo van a cambiar considerablemente. Como consecuencia de las nuevas necesidades empresariales van a sur gir en el mercado actividades nuevas relacionadas con el empleo para darles respuesta, distintas al modelo tradicional de mediación, y empresas dispuestas a realizarlas, suscitándose con ello una vez más el debate respecto a la incertidumbre del encuadramiento de estas agencias en el Convenio núm. 96. Precisamente por ello, en su 254.ª reunión (noviembre de 1992), el Consejo de Administración de la Oficina Internacional de Trabajo decide inscribir en el orden del día de la 81.ª reunión (1994) de la Conferencia Internacional del Trabajo la cuestión relativa al papel de las agencias de empleo privadas en el funcionamiento de los mercados de trabajo. Como se recoge en el Informe que la Oficina Internacional del Trabajo preparó para su estudio y discusión en la indicada reunión, «la configuración de los mercados de trabajo se estaba transformando de manera espectacular en muchos países», en los cuales «se instalaron y empezaron a ganar terreno nuevos tipos de agencias de empleo privadas», resultando «cada vez más difícil vigilar e incluso identificar a esas empresas». Con tal motivo, la Oficina decidió realizar entre 1988 y 1990 una encuesta en veinticinco países, a fin de determinar los distintos tipos de empresas de empleo privadas que operan en el mercado y de evaluar su ámbito de actuación. Los resultados de la encuesta llevaron a la OIT a constatar la existencia de hasta dieciséis tipos de agencias[200], que el Informe agrupa en cinco categorías, pronosticando que la mayoría de estas nuevas agencias habrían de suscitar , como lo hicieron a finales de los años sesenta las ETT s, problemas de asimilación jurídica al caso de la agencias retribuidas de colocación, tal y como éstas aparecían definidas en el Convenio núm. 96.

Consecuencia de lo anterior , el Informe propondrá la revisión del Convenio núm. 96, dada la insuficiencia de este instrumento para alber gar los nuevos tipos de agencias de empleo y las muy diversas actividades que las mismas desarrollan en el mercado de trabajo. Como se reconoce en el Infor-

[200] En el capítulo II del citado Informe, págs. 12 a 23, se reflejan las siguientes: 1. Agencias retribuidas de colocación. 2. Agencias de empleo en el extranjero. 3. Agencias de contratación y de colocación de extranjeros. 4. ET . 5. Agencias de subcontratación de mano de obra. 6. Agencias de arrendamiento de personal. 7 Agencias de búsqueda y selección de ejecutivos. 8. Agencias de asistencia con vistas a la reinserción profesional y la recolocación. 9. Consultorías e materia de inserción profesional. 10. Consultorías en gestión de personal. 11. Institutos de formación y colocación. 12. Agencias de servicios profesionales. 13. Gestorías de espacios publicitarios dedicados al empleo. 14. Gestorías de bancos informáticos sobre el empleo. 15. Gestoría de carreras profesionales. 16. Empresas y asociaciones de inserción profesional provisional.

me, esta situación ha llevado a la «inaplicabilidad en la práctica del objetivo fijado en el Convenio», lo que explica que algunos países lo hayan denunciado y que otros muchos Estados, si bien lo mantienen en vigor , decidan, en el momento de redactar sus memorias periódicas sobre la aplicación del Convenio, «silenciar o eludir el asunto de la intervención creciente de empresas privadas en el funcionamiento del mercado de trabajo», y es que «los instrumentos adoptados en 1948 no se adecúan a la situación presente».

Las conclusiones de la 81.ª reunión de la Conferencia motivaron que en su 262.ª reunión (marzo-abril de 1995), el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo decidiera inscribir en el orden del día de la 85.ª reunión (1997) de la Conferencia la revisión del Convenio núm. 96. Precisamente de cara a la 85.ª reunión la Oficina preparó un Informe[201], en el que desaparece la referencia a las agencias de subcontratación de mano de obra, y las cinco categorías de agencias de empleo privadas que fijaba el Informe presentado en la 81.ª reunión se reducen a tres: intermediarios[202], proveedores de competencias[203] y proveedores de servicios directos[204]. Congregada en Ginebra el 3 de junio de 1997, la Conferencia general de la OIT adoptó, con fecha 19 de junio de ese mismo año el Convenio núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas (1997) y la Recomendación núm. 188 que lo complementa. El Convenio entró en vigor, de forma general, el pasado 10 de mayo de 2000 —al año de registrarse la segunda ratificación (art. 18.2)—, fecha desde la que el Convenio 96 ha dejado de estar abierto a nuevas ratificaciones[205].

---

[201] «Revisión del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 (núm. 96)», Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996.

[202] Formado por las tres categorías ya previstas en el anterior Informe, a las que adicionan las Agencias de búsqueda y selección de ejecutivos y los Institutos de formación y de colocación.

[203] Formada por las ETTs, las Agencias de arrendamiento de personal, de servicios profesionales, gestorías de carreras profesionales y por Empresas y Asociaciones de inserción profesional provisional.

[204] Categoría en la que se incluyen las Agencias de asistencia con vistas a la reinserción profesional y la recolocación, las Consultorías en materia de inserción profesional, las Consultorías en gestión de personal, las Gestorías de espacios publicitarios dedicados al empleo y las Gestorías de bancos de datos informáticos sobre el empleo.

[205] Las razones que han llevado a la adopción del Convenio núm. 181 sobre agencias de empleo privadas se compendian en su Preámbulo:

- — El reconocimiento de «la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo».
- — La comprobación de que «el contexto en que funcionan las agencias de empleo privadas es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del mencionado Convenio».
- — El reconocimiento del «papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo».
- — La «necesidad de proteger a los trabajadores contra los abusos».
- — La «necesidad de garantizar la libertad sindical y de promover la negociación colectiva y el diálogo social como elementos necesarios para el funcionamiento de un buen sistema de relaciones laborales».

Sin duda, el Convenio núm. 181 OIT introduce novedades importantes que en muchos casos exigirán modificaciones para adaptar las regulaciones nacionales sobre agencias privadas de empleo a los nuevos dictados internacionales.

Por lo pronto, destaca el cambio terminológico empleado para referirse a las mencionadas agencias. El viejo concepto de «agencias de colocación» se muestra insuficiente para abarcar la pluralidad de actividades realizadas por las agencias que se declaran incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio, de ahí que sea sustituido por el de «agencias de empleo». De este modo, se va a utilizar el concepto de empleo para predicarlo tanto de sujetos públicos como privados. En el convenio 88, en efecto, se hablaba de servicios de empleo, y en el 96 de agencias de colocación; a partir de la entrada en vigor del 181, ambos sujetos, los públicos y los privados, desarrollarán una misma actividad, servicios de empleo [206]. Partiendo de esta base, la definición de agencias privadas de empleo que el Convenio marca es muy amplia, comprendiendo «toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas», que preste uno o más servicios relacionados con el empleo, pudiendo éstos ser: servicios de mediación o colocación estricta, destinados a vincular ofertas y demandas de empleo; servicios de contratación de trabajadores para cederlos a empresas usuarias, esto es, la actividad propia de las empresas de trabajo temporal, cuya inclusión en el ámbito del Convenio núm. 96 ya fuera dictaminada favorablemente en 1966 por el Director General de la OIT y que ahora quedan sujetas a los dictados del Convenio 181 aun sin ser propiamente intermediarias; por último, otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas. El interés del nuevo convenio está, precisamente, en operar sobre un concepto nuevo de «servicios relacionados con el empleo», concepto omnicomprensivo y tendencialmente exhaustivo que engloba una pluralidad de actividades que presentan como elemento común, y vertebrador de la categoría, el de estar orientados hacia el mejor funcionamiento del mercado de trabajo.

Como puede apreciarse, no se parte de una definición cerrada de lo que es una agencia de empleo, pues se deja abierta la puerta a que otros no expresamente contemplados también conlleven la consideración como tal de quien los efectúe [207]. Ahora bien, de cara a delimitar la aplicación

---

[206] Calvo Gallego, F. J., Rodríguez-Piñero Royo, M. C. y Valdés Alonso, A.: «Sobre el régimen jurídico de la colocación en España, y algunos de los problemas que plantea», en VV.AA.: *Inserción laboral*, cit., pág. 269.

[207] Lázaro Carreter, J. L: «EL convenio 181 OIT: un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo», en *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, pág. 79.

del Convenio es necesario que esos otros servicios relacionados con el empleo distintos de la intermediación y la cesión de trabajadores por medio de ETTs vengan determinados por la autoridad competente de cada Estado, previa consulta con los interlocutores sociales más representativos. Corresponde, pues, a los Estados decidir cuáles de esas otras actividades que tienen lugar en el seno del mercado de trabajo deben ser consideradas como «actividad de empleo» en su propio sistema jurídico y quedar sometidas, junto a la intermediación y al prestamismo laboral, a las prescripciones internas que se dicten en cumplimiento del Convenio núm. 181 OIT.

Sentada esta trilogía, la normativa que les dedica el Convenio es básicamente común a las tres, suprimiendo la distinción entre agencias retribuidas y no retribuidas de colocación que recogía el Convenio núm. 96. Serán los Estados los que, respetando las exigencias internacionales, decidan el tipo o de tipos de agencia de empleo que podrán funcionar en su territorio: sólo las gratuitas; éstas más las retribuidas que no persigan fin de lucro; las anteriores más las retribuidas con ánimo lucrativo. Su reconocimiento es general, hasta el punto de que el Estado que opte por prohibirlas o limitar su acción en relación con determinadas categorías de trabajadores debe seguir un procedimiento específico, siempre «previa consulta con las or ganizaciones más representativas de empleadores y trabajadores interesados» (art. 2.4).

El Convenio se aplica a «todas las categorías de trabajadores y a todas las ramas de actividad económica», salvo «al reclutamiento y colocación de la gente de mar» (art. 2.2), que seguirá rigiéndose por su propio Convenio (el núm. 9). Con todo, el Convenio contempla la posibilidad de que cada Estado Miembro, previa consulta con las organizaciones más representativas de empresarios y trabajadores interesadas, prohiba el funcionamiento de estas agencias, en lo que atañe a la prestación de uno o más de los servicios enumerados en el artículo 1.º, respecto de determinadas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad económica; como también será posible excluir a los trabajadores de ciertas ramas de actividad económica, o partes de ésta, del campo de aplicación de este Convenio, pero siempre que se garantice por otros medios una protección adecuada a los trabajadores excluidos [artículo 2.4.a) y b)]. Todo Miembro que ratifique el Convenio deberá indicar , en las memorias que anualmente ha de remitir a la OIT , las prohibiciones o exclusiones que haya decidido establecer en su territorio, motivándolas debidamente (art. 2.5).

La regulación que el Convenio 181 dedica al funcionamiento de las agencias se resuelve en el establecimiento de unos principios básicos que deben presidir su actuación, pero la concreta articulación o determinación de su régimen jurídico es tarea que se reserva a las legislaciones y prác-

ticas nacionales, que en todo caso habrán de respetar las siguientes reglas: a) consulta previa con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores (art. 3.1); y b) determinar «mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales» (art. 3.2).

El Convenio 181 es consciente de la necesidad de conciliar la mayor libertad de funcionamiento de las agencias de empleo en el mercado de trabajo con la adecuada protección de los derechos de los trabajadores que recurren a ellas. A tal efecto, el cuerpo central del Convenio 181, integrado por sus arts. 4 a 12, recoge un amplio listado de garantías para los trabajadores, y de correlativas restricciones para las agencias, tratando de asegurar su gratuidad (art. 7), el respeto por éstas de los derechos laborales de los trabajadores (arts. 1 1 y 12), así como los derechos fundamentales —en particular la protección de datos personales (arts. 11, 12 y 13) y la igualdad y no discriminación, de tan clásica trayectoria en la OIT (art. 5), sin perjuicio de tratamientos específicos para trabajadores especialmente desfavorecidos—. Dejando de lado el tratamiento protector de la migración, por sus peculiaridades, cierra el texto del Convenio imponiendo a los Estados ratificantes del Convenio la obligación de establecer fórmulas de colaboración entre agencias privadas de empleo y el servicio público de empleo, reservando siempre la «autoridad pública» la competencia para: a) formular políticas de mercado de trabajo y b) utilizar y controlar la utilización de fondos públicos destinados a la aplicación de esas políticas. Para todo ello, y para efectos estadísticos, las agencias privadas de empleo deberán remitir a las autoridades públicas la documentación o información que sean necesarias (art. 13).

En definitiva, el modelo consagrado en el Convenio 181 apunta hacia un sistema de colocación basado en la colaboración entre agencias de colocación públicas y privadas como vía de garantía del funcionamiento eficiente del mercado de trabajo que tenga efectos benéficos sobre el aumento de las colocaciones y promueva la calidad de los empleos. La perspectiva desde la que la OIT aborda ahora la reglamentación de las agencias de empleo es muy distinta de la que se trasluce en los Convenios 34 y 96: de prohibir o limitar se pasa a facilitar la actuación de las agencias. Pero las menores restricciones que ahora se fijan a la actividad que desarrollan las agencias privadas de empleo no debe hacernos olvidar la necesidad de proteger a los trabajadores frente a determinadas prácticas, tales como el tráfico ilegal de mano de obra, las discriminaciones en el proceso de colocación o el establecimiento de condiciones de trabajo por debajo de los mínimos legales y de convenio, que dañan seriamente sus derechos e intereses.

1.2. La incompatibilidad del monopolio público de colocación con el Derecho comunitario

A diferencia de la OIT, la Unión Europea no cuenta con una política específica en materia de colocación, sino que las reglas que puedan ser de aplicación a ésta provienen de otras políticas, como son las que tienen por objeto promover la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, la no discriminación y el derecho a la competencia.

Como consecuencia de la legislación comunitaria sobre no discriminación y libre circulación de trabajadores se reconocen los derechos a la no discriminación en el acceso al empleo y el derecho al acceso a los servicios de colocación de un Estado para todos los ciudadanos comunitarios en igualdad de condiciones con los nacionales de ese Estado; para facilitar la movilidad de mano de obra en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo se ha establecido también, como vimos, un sistema comunitario de coordinación entre los servicios nacionales de empleo (la red EURES).

El TJCE se ha pronunciado sobre la posibilidad de llevar a cabo actividades de intermediación en base a las libertades de establecimiento y prestación de servicios reguladas en los artículos 52 a 66 del TCE. Lo hizo por primera vez en el asunto Van Wesemael[208], resolviendo las cuestiones prejudiciales presentadas por el tribunal de primera instancia de Tournai acerca de la adecuación con el Derecho comunitario del decreto real belga de 28 de noviembre de 1975, que impedía a las agencias de colocación extranjeras realizar en Bélgica la actividad de mediación para la contratación de artistas en espectáculos sin recurrir a la intermediación de una oficina de colocación que dispusiera de una licencia en ese país. Aunque los términos de la sentencia no son concluyentes, de los planteamientos del tribunal se puede deducir que la colocación es una actividad económica y que los requisitos exigidos por el Derecho belga eran contrarios a la libre prestación de servicios, lo que ocurre cuando, como en este caso, se impone a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro condiciones que ya han cumplido en éste [209].

Como consecuencia de la libertad de prestación de servicios y de establecimiento: la colocación se considera un servicio; las agencias de colocación de un Estado pueden establecerse y/o prestar sus servicios en otros Estados y éstos, en principio, no pueden exigir una nueva autoriza-

---

[208] Asuntos acumulados 110 y 111/78 resueltos por STJCE de 18 de enero de 1979, Rec. 1979/I-3, págs. 35 y ss.

[209] En este sentido se expresan M oreiro González, C. J. y R odríguez-Piñero Royo, M.C.: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el mercado de trabajo», en *Documentación Laboral*, núm. 40, pág. 1 13.

ción a las agencias de otros Estados miembros, si las mismas ya han sido autorizadas en el Estado de origen.

Pero si los preceptos relativos a estas libertades han podido influir en la reforma de las legislaciones sobre la mediación en el mercado de trabajo, ha sido la defensa del derecho a la libre competencia el principio comunitario —por los demás, estrechamente vinculado con las libertades de establecimiento y de prestación de servicios— que más directamente ha influido en dichas reformas, y lo ha hecho a partir de una serie de pronunciamientos del TJCE que considera incompatible con las reglas del Derecho de la competencia, y más en concreto con lo dispuesto en el artículo 86 del Tratado, el monopolio público de la actividad de colocación. En el trasfondo de estas decisiones —Sentencia *Macroton* (STJCE de 23 abril de 1991, Asunto c-41/90); Sentencia *Job Centre (II)* (STJCE de 11 de febrero de 1997, Asunto C-55/96); Sentencia *Carra* (STJC de 8 de junio de 2000, Asunto C-258/98)— subyace la protección de la libre competencia y el permitir un espacio de negocios para las empresas privadas en la intermediación en el mercado de trabajo, frente al monopolio en esa intermediación justificado históricamente al servicio del empleo y de la transparencia del mercado de trabajo y para evitar abusos en la contratación [210]. El rasgo común de todas estas sentencias es que han considerado la actividad de colocación como una actividad económica y por tanto sometida al Derecho comunitario de la competencia, a pesar del claro componente social de la misma. Para el Alto Tribunal un servicio público de empleo es una empresa sometida a las normas sobre competencia mientras no se demuestre que esa aplicación sea incompatible o desvirtúe el desempeño de su misión pública, lo que no es así si el servicio público de colocación no se encuentra en condiciones de satisfacer la demanda existente e impide hacerlo a empresas privadas que sí estarían en condiciones de hacerlo. El Tribunal no discute el derecho que tiene cada Estado de establecer un monopolio en materia de colocación, pero deja bien claro que ese derecho debe ir acompañado de resultados concretos.

2. Ruptura del monopolio público de colocación y reconocimiento de otros intermediarios públicos y privados

En nuestro país, desde 1931 hasta 1993 se han sucedido una serie de leyes (la Leyes de Colocación Obrera de 1931 y 1943, el Decreto Ley 1/1975, la LRL de 1976, el RDL 36/1978, la Ley 8/1980 de Estatuto de los Trabajadores y la Ley 51/1980 Básica de Empleo) que han organizado la colocación como un servicio nacional, público y gratuito, de utilización obligatoria para empresarios y trabajadores, prohibiéndose la exis-

[210] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «Derecho del trabajo y disciplina de mercado», *Relaciones Laborales*, 2001-II, pág. 94.

tencia de agencias privadas de colocación de cualquier tipo (salvo la LCO 1931 que admitía la creación de entidades de colocación no lucrativas). Desde 1978, como se sabe, la organización del servicio de empleo nacional, público y gratuito quedó encomendada al INEM, mandato que reiteraría la LBE en su artículo 40.1. El modelo de colocación así instaurado respondía a las notas de *estatalidad*, *gratuidad*, *exclusividad* y *obligatoriedad*.

Ahora bien, el monopolio público de la colocación presentaba varias «fisuras»[211] en su propia configuración legal que suponían clamorosas excepciones a las notas de exclusividad y obligatoriedad, convirtiéndolo así en un monopolio incompleto, imperfecto o relativo, excepciones con la que se estaba reconociendo la incapacidad del SPE para dar respuesta a todas las ofertas y demandas de empleo. De este modo, se admitían las *empresas de selección,* cuya actividad es de difícil separación en la práctica con la de reclutamiento y colocación, y la llamada contratación *directa* en una serie tan amplia de supuestos que excepcionaba la regla general, convirtiéndola en residual y sustituyéndola por una obligación empresarial de comunicación a la Oficina de Empleo de la contratación directamente realizada. Si a ello se añade la admisión de las ofertas nominativas de trabajadores inscritos, la libertad de elección empresarial entre los trabajadores propuestos o su no contratación (arts. 16.1 ET/1980 y 42.3 y 44.2 LBE) y que las posibilidades de contratación directa se ampliaron por el RDL 1/1986 para el caso de convocatoria pública empresarial de pruebas objetivas de acceso, el resultado fue que el INEM, lejos de ejercer una eficaz función mediadora en la contratación, quedó relegado a realizar tareas administrativas de registro de contratos, elaboración de estadísticas y gestión de prestaciones de desempleo.

Por otro lado, pese a la prohibición expresa que recaía sobre toda forma de intervención privada en el mercado de trabajo (salvo las empresas de selección), lo cierto es que en los últimos tiempos de monopolio la regulación legal se vio desbordada por la aparición y actuación de empresas, instituciones públicas y bolsas de trabajo que realizaban actividades de reclutamiento, selección y puesta en contacto de ofertas y demandas de trabajo, de mediación por tanto, de legalidad dudosa, y de empresas de trabajo temporal, de ilegalidad clara a la vista de la prohibición contenida en el anterior artículo 43 del ET , pero toleradas[212].

En definitiva, a pesar de la situación jurídico-formal de monopolio, el SPE no jugó un papel activo en la colocación, ni logró una adecuada distribución entre los demandantes de empleo de un bien tan preciado

---

[211] En terminología adoptada por CASAS BAAMONDE, M.ª E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo», *Relaciones Laborales*, 1994-I, pág. 241.

[212] *Ibidem*.

además de escaso y tampoco controló el funcionamiento del mercado de trabajo[213]. Cuando en la UE la cuota de mercado de los SPEs se situaba en torno al 25% —y en algunos países, como Reino Unido, Alemania o Países Bajos, superaba el 30%—, en España las ofertas de empleo tratadas directamente por el INEM respecto al volumen total de contrataciones efectuadas por los empresarios no superaba el 13% [214]. Las quejas sobre la gestión del citado Instituto eran constantes y su falta de eficacia reconocida sin ambages. Según la exposición de motivos del RDL 18/1993, las «inútiles cargas burocráticas» que sobre él han pesado «en nada mejoran su intermediación en el mercado de trabajo, sino que le impiden orientar su actividad hacia los colectivos que realmente necesiten su intervención para garantizar la igualdad de oportunidades en el derecho de acceso al trabajo».

La constatada falta de eficacia de los servicios públicos de empleo, singularmente visible en un momento de alto desempleo, junto al expreso deseo de mejorarla, la necesidad de cumplir con las exigencias del derecho comunitario sobre la competencia —en especial a partir de la Sentencia *Macroton*—, la equiparación con lo que se venía haciendo en otros países europeos, las presiones procedentes de las entidades privadas que operaban en el mercado de trabajo en situación de clandestinidad más o menos tolerada, y todo ello en un momento en el que cada vez eran más intensas las exigencias de flexibilización, liberalización y desregulación, motivaron la reforma del sistema público de colocación en el año 1993 en el marco, como se sabe, de una reforma más amplia del entero sistema de relaciones laborales. La reforma se puso en marcha mediante el Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, y prosiguió con la Ley 10/1994, del mismo título, que formalizó como ley ordinaria el contenido del RDL 18/1993; la Ley 11/1994, por la que se modificaban determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social; la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal; el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, de 1995, que mantiene la misma regulación introducida en 1993 y el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo. Con posterioridad aparecerían los decretos de transferencias y las leyes de creación de los servicios autonómicos de empleo y, por último, la Ley 56/2003, de Empleo, síntesis de reformas precedentes que recoge lo sustancial del nuevo modelo de colocación y acaba reconociendo en su ar-

[213] El mismo fenómeno se verificaba en la mayor parte de los países europeos. *Vid*. Lord William Wedderburn of Charlton, «La disciplina del mercato del lavoro nei paesi europei», en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 4/1986, págs. 650 y ss.

[214] Fuente: *L´emploi en Europe 1996* (Comisión Europea) y SYSDM, Trends núm. 26.

tículo 21 que son varios los agentes, públicos y privados, que ejercen funciones de intermediación en el mercado de trabajo.

Frente al modelo de colocación anterior, la reforma de 1993-1994 supuso[215]:

a) La eliminación de la obligación empresarial de contratar a través del INEM, si bien éste se mantiene como servicio público de colocación voluntario, cuya actividad prestacional pasa a ser potestativa para cuantos empresarios y trabajadores deseen acogerse a las funciones de intermediación pública en el mercado de trabajo. La subsistencia en todo caso de un Servicio Público de Empleo, aunque su mediación no resulte obligatoria, viene exigida por los compromisos internacionales que el Estado español contrajo al ratificar el Convenio de la OIT núm. 88. Además, a través del Servicio Público de Empleo se tramitan en España las ofertas de trabajo procedentes de otros países de la UE (Disp. Adic. Única RD 735/1995).

b) La abolición o ruptura del monopolio de los servicios públicos de colocación o empleo mediante, de un lado, el reconocimiento de «agencias de colocación sin fines lucrativos» (hoy permitidas en el artículo 16.2 ET) y , de otro, la legalización de las empresas de trabajo temporal (ETTs) como entidades suministradoras de mano de obra, en base a la incapacidad de los servicios públicos de empleo de «abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo, cuya respuesta adecuada requiere la máxima especialización y proximidad a las fuentes de empleo»;

---

[215] La reforma del sistema público de colocación ha sido profusamente analizada y comentada por la doctrina. Entre otros estudios, pueden verse, además de los ya citados de Casas Baamonde y Palomeque López, Rodríguez-Piñero Royo y Sánchez Pego, los comentarios de Martín Valverde, A.: «La supresión del monopolio público de la colocación», en VV. AA.: *Reforma de la legislación laboral*. *Estudios dedicados al Prof*. Manual Alonso García, Madrid, AEDTSS-MP, 1995, págs. 57 y ss.; R amírez Martínez, J. M.: «El proceso de colocación: intervencionismo público e iniciativa privada», en VV. AA. (M. Ramón Alarcón, coord.): *La reforma laboral de 1994*, Madrid, MP, 1994, págs. 11 y ss.; García Murcia, J.: «Una primera aproximación a la Ley 10/1994 y normas concordantes. Las nuevas normas sobre colocación y cesión de trabajadores», en *Temas Laborales*, núm. 31/1994, págs. 3 y ss.; C ruz Villalón, J.: «El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores», en *Temas Laborales*, núm. 32/1994, págs. 3 y ss.; Pérez-Espinosa Sánchez, F.: «Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra», en VV.AA. (Valdés Dal-Ré, dir): *La Reforma del Mercado Laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994, págs. 99 y ss.; Valdés Dal-Ré, F.: «Ingreso al trabajo y sistema de colocación en las leyes de reforma del mercado de trabajo», *Relaciones Laborales*, 1995-I, págs. 9 y ss.; E scudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J. R.: «Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo. La aplicación de nuevos medios técnicos a la gestión de la Seguridad Social. La selección de personal laboral en las Administraciones públicas», en *Relaciones Laborales*, 1995-II, págs. 1199 y ss.

> se entiende asimismo que el funcionamiento de las empresas de trabajo temporal, «con las debidas garantías y controles», hará «más trasparente y operativo el mercado de trabajo» (E. de M. del RDL 18/1993 y de la Ley 10/1994).

Como puede comprobarse, la liberalización del sistema de colocación y de ingreso al trabajo que comportaron las iniciativas legislativas del período 1993-1994 no violentaron en modo alguno los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español en esta materia, siendo los cambios introducidos en el ordenamiento interno plenamente respetuosos con lo dispuesto en los Convenios 88 y 96 OIT De hecho, como ya se expuso, la regulación de las agencias de colocación no lucrativas que llevaron a cabo tanto la Ley 10/1994 como el RD 735/1995 siguió estrictamente los parámetros marcados por el Convenio núm. 96 OIT.

Tras la reforma, la actividad de colocación sigue siendo de interés público, pero con arreglo a una técnica distinta: la acción pública interventora rebaja su intensidad desde la anterior prohibición de titularidades distintas de la del Servicio Público de Empleo (INEM), al consentimiento parcial de entidades intermediadoras en el mercado de trabajo mediante la técnica autorizante y control posterior de su ejercicio [216]. Los objetivos de esta política aperturista del mercado de trabajo a la intervención de actores privados son hacerlo más transparente y operativo, y permitir que el SPE concentre su actividad en los colectivos más desfavorecidos. En definitiva, se pensaba que la eficacia del INEM podía aumentar debido al estímulo que suponía la competencia de las agencias privadas de colocación y la reducción de su carga de trabajo. Lo cierto es, sin embargo, que estos buenos propósitos no se han cumplido, y el Servicio Público de Empleo, pese a las trasformaciones a las que se ha visto sometido en los últimos tiempos, no ha logrado desprenderse de la rigidez y del exceso de burocratismo que han venido lastrando su papel como agente dinamizador del empleo. Dicho sea de paso, tampoco las empresas privadas de colocación han sido capaces de ocupar el espacio que los SPEs nunca llegaron a controlar; aunque se carece de datos oficiales, todo parece apuntar a que las agencias de colocación gestionan sólo una pequeña parte de las ofertas y demandas de empleo [217].

---

[216] CASAS BAAMONDE, M.ª E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La ruptura del monopolio público....», *cit*., pág. 237.

[217] Al respecto conviene subrayar que, casi una década después de ser legalizadas, no existían datos hechos públicos por las autoridades laborales respecto al papel y la incidencia en la intermediación laboral de las agencias públicas o privadas sin ánimo de lucro, lo que ha podido ser interpretado como indicador del insuficiente desarrollo alcanzado por estas instituciones. En este sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ. V.: «La intermediación laboral pública en España. Una perspectiva comparada», cit., pág. 10.

3. Las agencias de colocación

Desde su legalización por el RDL 18/1993, el régimen jurídico de las agencias de colocación viene dado por el artículo 16.2 ET , que prohíbe las agencias de colocación con fines lucrativos, y su desarrollo reglamentario a través del RD 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los Servicios Integrados para el Empleo. No obstante, las especificaciones normativas relativas al régimen jurídico de estas agencias precisan algunas puntualizaciones teniendo en cuenta el proceso de descentralización territorial de la gestión de las políticas de empleo, la intermediación incluida, en favor de las CC.AA. acometido con posterioridad a la creación de estos nuevos intermediarios, la ratificación del Convenio núm. 181 OIT , la promulgación de la LE 56/2003 y las reglas de Derecho comunitario sobre libertad de establecimiento y prestación de servicios:

1. En lo que se refiere al plano conceptual, el artículo 1.º del RD 735/1995 define a las agencias sin ánimo de lucro como las personas físicas o jurídicas de cualquier naturaleza —pública o privada— que actúan sin fines lucrativos, colaborando con, en la actualidad, los SPEs en la intermediación del mercado de trabajo con el fin de auxiliar a los trabajadores a encontrar un trabajo y a los empleadores a contratar a los trabajadores apropiados a sus necesidades productivas. Se ha planteado la imposibilidad de que las instituciones públicas puedan fundar agencias de colocación a tenor de lo previsto en el artículo 2.1 del Convenio núm. 181 OIT, conforme al cual la agencia de empleo privada puede ser cualquier persona física o jurídica pero «independiente de las autoridades públicas» [218]. En nuestra opinión, este precepto admite otras lecturas compatibles con la regulación contenida en el RD 735/1995. Una de ellas sería que el Convenio proscribe el sostenimiento económico de las agencias privadas de empleo por los poderes públicos a fin de evitar tratos de privilegio en favor de algunas de ellas que provoquen distorsiones en la competencia, además de que dicha financiación (p. ej, subvenciones) no sería congruente con la obligación asumida por los Estados suscribientes de los Convenios núms. 88 y 150 OIT de mantener un servicio público de intermediación de carácter gratuito. Otra lectura tiene que ver con la delimitación del ámbito de aplicación del convenio, que éste habría definido ciñéndolo exclusivamente a la iniciativa privada, dejando fuera a las «autoridades públicas» que realizan actividades de empleo, las cuales continuarán siendo reguladas por los convenios clásicos de

[218] En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Intermediación laboral...», *cit*., págs. 9 y 1 1.

esta materia, fundamentalmente el 88. En consecuencia, como el ordenamiento español no prevé restricciones basadas en la personalidad jurídico-privada o jurídico-pública de la agencia, los servicios de colocación promovidos y gestionados por or ganismos públicos distintos de los SPEs (estatal y autonómicos) se rigen internamente por las mismas reglas que las agencias de empleo privadas, pero no están vinculados por las disposiciones del Convenio núm. 181 OIT.

2. En España, las agencias de colocación sólo pueden dedicarse a la actividad de intermediación (*vid*. artículo 2.º RD 735/1995), dejando fuera de su ámbito objetivo otras acciones diversas a la intermediación pero colindantes con ella, tales como la realización de estudios de mercado, evaluación de aptitudes profesionales, orientación laboral y formación y readaptación profesionales de los demandantes de empleo, todas ellas dirigidas a incrementar sus posibilidades de empleabilidad. Se ha criticado la contradicción que supone esta regulación tan restrictiva con el ámbito funcional de las agencias de colocación, pues, por un lado, se legaliza la intervención de estas agencias al valorarse positivamente su contribución al funcionamiento eficiente del mercado, pero, sin embargo, se sustrae a las mismas la posibilidad de realizar esa pluralidad de funciones complementarias aunque cruciales para facilitar la inserción o reinserción en el empleo; y , por otro lado, una vez reservada la competencia de establecer itinerarios ocupacionales de los demandantes de empleo a los Servicios Públicos —estatal y autonómicos—, se permite que éstos los externalicen a través de convenios con entidades privadas no lucrativas distintas y sujetas a un régimen diverso al de las agencias de colocación[219]. Con todo, la adecuación de la legislación interna a la regulación internacional de las agencias de colocación no parece discutible, porque la enunciación de servicios que hace el Convenio núm. 181 OIT en su artículo 1.º.1 es puramente descriptiva, no prescriptiva o impositiva, de modo que los Estados no están obligados a consentir que una misma agencia pueda realizar todas esas actividades o varias de ellas simultáneamente, sino que pueden distinguir por diversas razones entre los tres grupos allí previstos y establecer regulaciones separadas para cada una de ellas, de modo que cada actividad relacionada con la búsqueda de empleo o de mano de obra posea su propia normativa[220]. Esta es además la percepción que se desprende del propio Convenio núm. 181, que si bien contempla un régimen común para todas las agencias de empleo basado en de-

[219] Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J. L. y García Valverde, M.ª D. (coord.): «Servicios Públicos de Empleo...», *cit*., págs. 181-182.

[220] Lázaro Sánchez, J. L.: «El Convenio 181 OIT ...», *cit*., pág. 79.

terminados principios, contiene prescripciones específicas adaptadas a la singularidad de algunas de las agencias, caso de las ETT s. Las regulaciones nacionales habrán de observar esos principios que conforman el régimen común para todas las agencias (gratuidad para los trabajadores, control administrativo, no discriminación y respecto a los derechos fundamentales de los usuarios...), pero ello no significa que la regulación deba ser exactamente la misma para todas ellas con independencia de la actividad que realicen.

3. La creación y funcionamiento lícito de las agencias está supeditado, como se ha dicho, a la obtención de una autorización administrativa y la firma de un convenio de colaboración con los SPEs, en el que se determinarán las condiciones y , en particular, el ámbito territorial y funcional de actuación. Aunque esta función de policía respecto a los intermediarios privados la ha venido realizando el INEM, la evolución hacia un modelo descentralizado de gestión pública del empleo mediante el proceso de asunción de competencias por las CC.AA., determina que dicha competencia de control y tutela de la labor realizada por las agencias de colocación la compartan ahora los SPEs del Estado y de las CC.AA.: para la autorización de las agencias de ámbito autonómico será competente el órgano del servicio autonómico de empleo que tenga atribuida esa competencia; el mismo ór gano será competente para la evacuación del informe exigido en el procedimiento de concesión de la autorización por el SPE/E de las agencias de colocación cuyo ámbito de actuación sobrepase el de la Comunidad Autónoma. Por lo demás, la autorización administrativa o una técnica equivalente se exigen en el Convenio núm. 181 OIT con relación a las distintas clases de agencias privadas de empleo que aquél contempla en su artículo 1.º.1. En la actualidad, este requisito sólo tiene sentido respecto de las agencias sin ánimo de lucro, únicas permitidas por el ordenamiento español; pero ampliará su radio de acción si el legislador se decide finalmente a admitir y regular las agencias de colocación con finalidad lucrativa. Y no parece que esta regulación, interna e internacional, contravenga lo dispuesto en el Derecho comunitario relativo a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, pues si bien es cierto que 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 —Directiva *Bolkestein*— resulta de aplicación a las agencias de empleo que prestan sus servicios a cambio de una contraprestación económica[221] (no así, en cambio, a las

[221] La Directiva Bolkestein afirma en su considerando (17) que la misma se aplica a los servicios de interés económico general, que se prestan a cambio de una prestación económica, con determinadas excepciones.

ETTs, expresamente excluidas) y la regla general establecida en dicha Directiva es la de que los Estados no podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización, la norma también prevé que el mismo podrá imponerse cuando se reúnan las siguientes condiciones (art. 9.1): a) que el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador de que se trata; b) que la necesidad de un régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general; y c) que el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a *posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz. Considerando que la jurisprudencia comunitaria ha calificado la actividad que llevan a cabo las agencias de empleo como actividad económica de interés general —así, en la Sentencia *Macroton*—, parece obligado concluir que se cumplen los presupuestos establecidos en el derecho comunitario para que los Estados miembros puedan establecer limitaciones en su territorio a las libertades de establecimiento y prestación de servicios por parte de los intermediarios privados [222].

4. Otro de los aspectos del régimen jurídico de las agencias que debe ser criticado es el relativo a la retribución de los servicios. Ya se sabe que en nuestro ordenamiento tienen cabida exclusivamente las no lucrativas, que no obstante pueden recibir del empresario o del trabajador una remuneración, la cual habrá de limitarse exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados (art. 16.2 ET y artículo 2 RD 735/1995). Por su parte, el Convenio núm. 181 OIT acaba con la distinción entre agencias gratuitas y remuneradas, y dentro de éstas entre las lucrativas y las no lucrativas, dando cabida a todas ellas a condición de que sus servicios sean gratuitos para los trabajadores (art. 7.1), salvo las excepciones que los Estados establezcan respecto de alguno o algunos de los servicios que las agencias desarrollen o para determinadas categorías o grupos de trabajadores. Así las cosas, y no habiéndose pronunciado la LE, ni sobre el futuro de las agencias lucrativas, ni acerca de la gratuidad de los servicios a los trabajadores, ur ge la modificación de aquellos preceptos, para garantizar el mencionado principio de gratuidad, sin perjuicio de que, legal o reglamentariamente, se valore la oportunidad de que a determinados trabajadores las agencias les cobren por

[222] Ahora bien, la propia Directiva 2006/123/CE establece en su artículo 10.3 que «Las condiciones de concesión de una autorización para un nuevo establecimiento no deberán dar lugar a solapamientos con los requisitos y controles equivalentes o comparables en lo esencial por su finalidad a los que ya esté sometido el prestador en otro Estado miembro o en el mismo Estado miembro (...)».

mediar en su colocación, o de que algunos de los servicios que las mismas presten no sean gratuitos; como siempre, el problema en estos casos viene por el lado de la concreción de estas excepciones. En cuanto a las agencias lucrativas, no creemos que su legalización resulte obligada a la vista del Convenio núm. 181 OIT[223], pero las declaraciones contenidas en el AMCE invitando a revisar el papel que desempeñan los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación sugieren un cambio de perspectiva que bien podría desembocar en el levantamiento de la prohibición que históricamente ha pesado sobre estas agencias y en una regulación adaptada a las exigencias del Convenio 181 que logre conciliar adecuadamente los intereses del sector y los de los trabajadores implicados.

5. Por último, y en la línea marcada por el Convenio núm. 181 OIT, cobran especial relevancia los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación que las agencias de colocación deberán garantizar en su ámbito de actuación, según disponen los artículos 16.2 ET, 22 y 22 bis LE y 2.2 RD 735/1995. En cambio, la normativa reguladora de las agencias de colocación presenta una clamorosa laguna en lo referente a la garantía de los derechos, también fundamentales, a la intimidad y confidencialidad de los datos de los demandantes de empleo que las agencias recaben en el proceso de intermediación, en su cesión a los SPEs y , en su caso, a los empresarios oferentes de empleo, cuestión sobre la que sí incide expresamente el artículo 6 del Convenio núm. 181 OIT. En todo caso, esta laguna ha de entenderse integrada por la prescripciones de la Ley Or gánica 15/1999, de 14 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, indiscutiblemente aplicable en el ámbito objetivo de las agencias de colocación[224].

---

[223] En cambio, López Parada, R.: «Transferencia y privatización...», *cit*., pág. 149, sostiene que «el convenio núm. 181 obliga a la legalización por España de las agencias privadas de empleo con fines lucrativos».

[224] El ámbito de aplicación de esta Ley comprende «los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento», así como «toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado» (art. 2. 1). Tales datos «sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido» (art. 4.1), y «no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos» (art. 4.2). Se establece el deber de secreto profesional respecto de los datos de carácter personal objeto de tratamiento y el deber de custodia de los mismos (art. 10). En especial, han de tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en los arts. 25 a 32 de la LO 15/1999, sobre creación y utilización de ficheros de titularidad privada que contengan datos de carácter personal.

4. Las empresas de trabajo temporal: ¿intermediación, interposición, o gestión integral del empleo?

El RDL 18/1993, de 3 de diciembre, sobre medidas ur gentes de fomento de la ocupación y su correspondiente Ley 10/1004, de 10 de mayo, suprimieron las trabajas jurídicas que en el ordenamiento español impedían la apertura del mercado laboral a las ETT s. El monopolio público de la colocación sustentando en la LBE y en el artículo 16 ET es suprimido con la modificación de estas normas. Igualmente ocurre con el artículo 43 ET, donde se mantiene la interdicción de la cesión de trabajadores salvo la temporal realizada, precisamente, a través de empresas de trabajo temporal (ETTs) debidamente autorizadas. Desde su regulación por la Ley 14/1994, de 1 de junio y por el RD 4/1995 de 13 de enero, se han creado múltiples empresas de este tipo —algunas de ellas ya venían operando en nuestro territorio bajo la etapa de prohibición en una situación de clandestinidad tolerada—, así como la implantación en España de EETs extranjeras de fuerte consolidación. Tras un periodo de intenso crecimiento (1994-1998), que permitió alcanzar en solo cuatro años un volumen de contratos de puesta a disposición superior a la cifra de 2 millones anuales, las empresas de trabajo temporal (que alcanzaron la cifra de 435 en 1998) han logrado estabilizar su cuota de presencia en un nivel relativamente importante: 410 empresas y 1.803.547 contratos de puestas disposición en 1999, por 335 empresas y 1.849.453 contratos celebrados en 2002 y 346 empresas y 2.384.045 contratos de puesta a disposición en 2005[225].

En cuanto a la naturaleza de la actividad que llevan a cabo las ETT s, es evidente que la relación triangular que deriva de la interposición de estas empresas se aleja del concepto de intermediación, tal y como éste aparece definido en el artículo 20 LE. Las ETT s no se limitan a poner en contacto a empresarios y trabajadores a fin de que éstos puedan celebrar un contrato de trabajo, sino que actúan como genuinas empleadoras, contratando ellas directamente al trabajador que después pondrán a disposición de la empresa usuaria o cliente que contrata sus servicios. Su rol no es el del mediador , que desaparece con la contratación, sino el de una persona interpuesta. Es por ello que la LE no las cita en la lista de agentes intermediarios y las excluye de su ámbito de aplicación, remitiéndolas a su normativa específica (DA 2.ª LE). Así lo entendió también el legislador reformista de 1993-1994, quien no consideró necesaria la denuncia del Convenio núm. 96 OIT —cuya Parte II vetaba las agencias retribuidas de colocación con ánimo de lucro— por entender que su vigencia era perfectamente compatible con la regulación de las ETT s, a semejanza de lo que venía sucediendo en otros países que tenían igualmen-

[225] Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales. Varios años.

te ratificado el Convenio 96. Según la Exposición de Motivos del RDL 18/1993, la actuación de las ETT s «cuando se desarrolla de forma debidamente controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados pueden canalizar un volumen importante de empleo cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no pueden ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales». Y ello a pesar de la conocida posición de la OIT , plasmada en un Dictamen de su Director General de 1966 respondiendo a una pregunta del Gobierno sueco, favorable a considerar incluidas las ETT s en el ámbito de aplicación del Convenio 96 OIT . Consideración ésta que, debido a su escasa aceptación por los Estados miembros, habría de evolucionar hacia la formulación de un concepto amplio de servicios de empleo que, sin necesidad de recurrir a forzadas equivalencias y asimilaciones artificiosas, ha permitido que se engloben en él actividades tan dispares como la colocación y el trabajo temporal en el nuevo Convenio 181 OIT .

Ahora bien, aunque mediación y cesión sean, que lo son, actividades dispares, y por ello reciben una regulación diferenciada, no es posible desconocer la cercanía entre las actividades desempeñadas por las agencias de colocación y las ETT s pues, en definitiva, las dos tienen una naturaleza funcional idéntica, a las dos se recurre para satisfacer , bien que distinta manera, una demanda de mano de obra en una empresa concreta. En el caso español esta unidad funcional es evidente, porque la Ley 14/1994 hace coincidir los supuestos de puesta a disposición, a través de una ETT, con los de contratación temporal directa, a través de una agencia o servicio de colocación [226].

Por otro lado, la realidad viene demostrando que las entidades que desempeñan la interposición no se limitan únicamente a ella, lo que ha hecho surgir la duda acerca de si realmente dichas or ganizaciones están debidamente reguladas y si es acertado configurarlas como cedentes de mano de obra en exclusividad [227]. La «estanqueidad» de las actividades que confluyen en el mercado de trabajo (selección, colocación, cesión...) y la incomunicabilidad entre sus respectivas regulaciones es una opción de política legislativa que puede no estar resultando adecuada.

A este respecto, si bien es forzoso reconocer que a través de las ETTs han tenido lugar prácticas poco ortodoxas y abusivas, la mayoría de ellas consecuencia de una legislación deficiente e inoportuna, la situación ha mejorado sustancialmente con las modificaciones en su régimen jurídico

---

[226] Calvo Gallego, F., Rodríguez-Piñero Royo, M. C. y Valdés Alonso, A.: «Sobre el régimen jurídico de la colocación...», *cit*., pág. 270.

[227] El artículo 2.1.b) de la Ley 14/1994 establece como requisito imperativo la dedicación exclusiva de las ETTs a la actividad constitutiva de las mismas, lo que supone que las ETTs sólo pueden actuar como mecanismos de interposición, de descentralización en la gestión de la mano de obra temporal ajena.

abordadas por la Ley 29/1999, de 16 de julio, que vinieron a paliar el papel de meros instrumentos de abaratamiento de costes laborales y de precaria flexibilización de las condiciones de empleo de los trabajadores contratados que el diseño legal de 1994 permitía y que hubieron de ser subsanados, previamente a su reforma legal, en el marco de la negociación colectiva. Entre ellas cabe destacar, en primer lugar, la introducción de mayores exigencias organizativas y financieras en las condiciones para la autorización administrativa de las ETT s y, en segundo lugar, la equiparación de derechos y condiciones retributivas entre los trabajadores contratados para ser cedidos y los demás trabajadores, de acuerdo con la regulación específica del convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria, así como otros aspectos vinculados a la formación y la prevención de riesgos laborales. De hecho, el endurecimiento de las condiciones impuestas a las ETTs ha provocado una reestructuración del sector, del que han desaparecido muchas pequeñas empresas, incapaces de cumplir las nuevas exigencias legales y convencionales, si bien, y esto ya no es tan positivo, se viene produciendo en los últimos tiempos un fenómeno de huida del derecho aplicable a las ETT s que ha traído consigo una proliferación de *empresas multiservicios* o *empresas de gestión de servicios integrales* que consiguen realizar, bajo la apariencia de una contrata o subcontrata de servicios, una función análoga a la que realizan las ETT s, mediante la prestación de unos servicios a previos competitivos, pero con elusión del marco normativo actual que regula las ETT s. No es casual que la proliferación de estas empresas de gestión integral se produzca a partir de la reforma del año 1999 (Ley 29/1999), que vino a reforzar las garantías de los trabajadores y a introducir más trasparencia y seguridad en el mercado de las ETT s.

Como se afirma en el último estudio de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Condiciones Laborales (»*Temporary agency work in an enlarged European Union*»), el sector de las ETTs en Europa es hoy un sector muy regulado. Además, temporalidad y precariedad no son conceptos forzosamente equivalentes (la calidad en el empleo no se agota con la duración del contrato) y, en todo caso, no parece que las ETTs sean responsables de la alta tasa de temporalidad que presenta nuestro mercado de trabajo, pues la misma ya existía antes de su legalización.

Por ello, quizás es llegado el momento de atender las peticiones del sector y modificar el marco normativo de las ETT s para introducir en él una mayor flexibilidad que permita a estas empresas ampliar su campo de acción, en un doble sentido: 1) búsqueda de una *mayor normalización del trabajo temporal*, suprimiendo las prohibiciones que impiden a las ETTs intervenir en determinados sectores y actividades —AA.PP., trabajos considerados peligrosos—, al menos mientras no se demuestre que su participación reviste menos garantías para los trabajadores que el recur-

so a la contratación temporal directa; 2) *desaparición de la obligación de actividad exclusiva*, permitiendo que las ETTs puedan proporcionar otros servicios relacionados con el empleo, tales como formación, selección, recolocación, *head-hunting*, cesión permanente de trabajadores (*staff leasing*) y, llegado el caso, intermediación, si se decide abrir ésta a la iniciativa privada de carácter lucrativo. De hecho, España es uno de los pocos países de la UE que aún limita la actividad de estas empresas a la mera cesión de trabajadores por tiempo determinado. La tendencia general europea, bien explicada por la doctrina, es permitir que las ETT s provean esos otros servicios[228]; Austria (2002), Italia (2003) y Francia (2005) son los tres últimos Estados miembros que han reformado sus legislaciones para permitir a las ETTs ampliar sus funciones. El resultado de todas estas transformaciones es un cambio en el paradigma de ET en Europa, que están pasando a convertirse en empresas proveedoras de servicios integrales de empleo. Por eso sorprende que el reciente Acuerdo de Medidas para la Mejora del Crecimiento y el Empleo de 2006 no contemple ninguna medida en este sentido para las empresas de trabajo temporal, máxime teniendo en cuenta que el Gobierno, en su paquete de medidas para la reforma del mercado de trabajo presentado a los interlocutores sociales en octubre de 2005, incluyó la propuesta de constitución de un grupo tripartito de trabajo que analizase la actuación de las empresas de trabajo temporal en los ámbitos que hoy tienen excluidos.

Compartimos así la opinión expresada entre nosotros por Rodríguez-Piñero Royo en el sentido de que «las ET están infrautilizadas en el mercado de trabajo español»[229]. Potenciar a las ETTs como modelo profesionalizado y garantista de gestión de las necesidades temporales del tejido empresarial y, más ampliamente, como proveedoras de un número creciente de servicios relacionados con el mercado de trabajo y los recursos humanos, debería ser uno de los objetivos de las políticas activas de empleo en este país, en particular respecto de colectivos con especiales dificultades para su contratación.

5. Otros agentes que intervienen en el mercado de trabajo: entre la anomia y la ilegalidad

Ya hemos visto cómo el Convenio núm. 181 de la OIT reconoce en su artículo 1.º.1.c) la existencia en el mercado de trabajo de otros servicios distintos de la intermediación y la interposición. La propia dinámi-

[228] Rodríguez-Piñero Royo, M. C.: «El nuevo papel de las empresas de trabajo temporal», en VV. AA.: *Diez años desde la regularización de las empresas de trabajo temporal. Balances y perspectivas*, Sevilla, ACARL,2004, págs. 34 y ss.

[229] Rodríguez-Piñero Royo, M. C.: «El nuevo papel de las Empresas de Trabajo Temporal», *cit*., pág. 54.

ca del empleo y las necesidades de las empresas han determinado la aparición de esas otras tareas o actividades económicas, muchas de ellas importadas de sistemas laborales anglosajones, que se prestan al amparo de la libertad de empresa sin contar en muchos casos con un marco legal específico que regule su funcionamiento (gabinetes de selección, empresas de recolocación, bolsas de empleo, empresas caza-talentos, cesión de ejecutivos, etc.).

Uno de los servicios que se viene desarrollando hace tiempo en los mercados de trabajo de los países desarrollados es el denominado *outplacement*, una actividad destinada a proporcionar a los trabajadores despedidos el asesoramiento, la formación y los medios necesarios para que el plazo más breve posible consignan un nuevo empleo. El origen del *outplacement* se sitúa en los Estados Unidos durante la década de los años sesenta, de donde fue exportado a Europa en los años setenta, hallándose en la actualidad bien establecido en España[230]. Sus clientes son las empresas que se enfrentan a un proceso de reducción de plantilla, siendo su función facilitar este proceso con medidas de apoyo psicológico y profesional, antes y después de los despidos. En consecuencia, el coste revierte únicamente sobre la empresa contratante, que normalmente se fija mediante un porcentaje relacionado con el último salario del trabajador afectado.

En principio, la empresa de recolocación no aparece como mediadora entre el trabajador y la oferente de empleo, lo que la eximiría de la condición de sujeto intermediador del mercado de trabajo y de la obligación legal de constituirse en agencia de colocación, situándose más bien en el terreno de la orientación profesional. Sin embargo, hay que reconocer que la línea divisoria entre el *outplacement* y la intermediación, representada por la ausencia de una labor de conexión entre el trabajador y una empresa, es difusa en muchos casos, por cuanto la búsqueda y proporción de contratos por parte de la agencia al candidato forma parte de los servicios prestados por aquélla a éste y esta actividad se aproxima bastante a la mediación. Así ocurre especialmente en algunas modalidades de *outplacement* colectivo, como las *antenas de empleo*, que acogen, asesoran e informan al personal afectado por el despido y se encargan de detectar puestos de trabajo disponibles en el entorno local para dinamizar la colocación[231]. De ahí que algunos ordenamientos que sí han regulado expresamente esta actividad, como el belga, hagan especial hincapié en que sea el propio trabajador quien encuentre el nuevo empleo por

[230] Existe una Asociación Española de Outplacement (AECO) inscrita en el Registro de Asociaciones Profesionales de España desde noviembre de 1991.

[231] En realidad, el *outplacement* colectivo consiste en crear una bolsa de empleo limitada al colectivo de trabajadores afectados, de carácter ocasional y no lucrativa. En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. R.: «El proceso de colocación...», *cit*., pág. 22; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.: «Outplacement, headhunters...», *cit*., pág. 241.

sus propios medios[232]. Y es que, si se concluye que las empresas de *outplacement* están desempeñando realmente actividades de intermediación, lo siguiente que habrá que concluir , considerando el actual vacío jurídico existente sobre la labor de estas agencias, es la dudosa legalidad de su actuación, no sólo por incidir en un terreno que les está vedado por ley (el artículo 21 LE encar ga la actividad de intermediación a los SPEs y a las agencias de colocación) sino también por hacerlo con ánimo de lucro, lo que está totalmente prohibido por el artículo 16.2 ET .

Una buena ocasión para despejar las numerosas dudas que planean sobre la actividad que realizan estas empresas se abre con la posibilidad de una próxima regulación de la actividad de*outplacement,* prevista como hemos visto en el AMCE de 2006. El grupo tripartito cuya creación establece el Acuerdo incluye entre sus responsabilidades la de analizar el papel en el mercado de trabajo de las «Empresas de Recolocación», lo que además de un expreso reconocimiento de su existencia supone anunciar la intención de dotarlas de un marco jurídico específico y de un espacio propio de actuación en el mercado.

Otra figura, ésta sí aludida legalmente, es la constituida por las *empresas* o *gabinetes de selección*. Se refería a ellas expresamente el Estatuto de los Trabajadores de 1980, exigiéndose en el artículo 16.2 de este cuerpo legal que las mismas hicieran constar en sus anuncios el número de demanda en la oficina de empleo y la identificación de ésta [233]. Posteriormente este reconocimiento desapareció en 1994 al derogarse la norma estatutaria que lo contenía, y desde entonces han funcionado únicamente apoyadas en las menciones que de las mismas hacían los incisos 1 y 3 del artículo 44 LBE, que las consideraba entidades colaboradoras del SPE. Tras la derogación de esta norma por la LE 2003, las empresas de selección carecen de una regulación específica, si bien siguen operando en el mercado, con evidente ánimo de lucro y sin autorización administrativa, amparadas por una presunción de legalidad al ser la suya una actividad formalmente distinta de la colocación, que se despliega una vez que ya se ha producido la conexión entre la oferta y la demanda de trabajo, situación que puede haberse producido por la intervención de un tercero —intermediario— o a través de otros cauces. La única mención que se hace a las mismas en el ordenamiento vigente es la recogida en el artículo 15.1 de la LISOS que califica como infracción grave «no informar las empresas de selección de sus tareas al servicio público de empleo».

La selección es una actividad posterior al reclutamiento de los candidatos, y consiste en la comprobación de las aptitudes, cualificación y

---

[232] Lázaro Sánchez, J. L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, *cit*., pág. 93.

[233] Una Instrucción del INEM de 17 de marzo de 1981 ordenó la actuación de los mencionados gabinetes de selección en el proceso de colocación.

características de los mismos ante la necesidad de cubrir un puesto de trabajo. Por tanto, hay que considerar la selección y la intermediación como actividades diferentes, y de hecho así lo ha venido considerando el legislador español al admitir desde 1980 la existencia y actuación de estas empresas en un momento en el que la intermediación de toda clase estaba reservada a los poderes públicos. Con posterioridad, al admitirse las agencias de colocación sin fines lucrativos, las agencias de selección de personal han podido desarrollar su actividad sin someterse a los requisitos exigidos a las agencias de colocación en el RD 735/1995 por entenderse que realizan cometidos diversos.

Aunque intermediación y selección son, en puridad, actividades distintas, sin embargo, el contenido, alcance y significado de la «selección de trabajadores» y cuál debe ser su relación con el proceso íntegro de colocación no queda ni mucho menos claro como consecuencia del vacío normativo existente al respecto [234]. No en vano, parte de la doctrina considera que los gabinetes de selección «realizan funciones que irrumpen de lleno en la actividad de colocación, concebida como el conjunto de acciones tendentes a facilitar la puesta en contacto de futuros contratantes»[235]. Al conectar la labor que realizan los gabinetes de selección con prácticamente todas las fases del proceso de colocación, «su concepción como una actividad independiente y autónoma de la misma no deja de ser una ficción»[236], resultando entonces problemática la determinación del régimen jurídico aplicable. Desde luego, si las empresas de selección no se limitan a proponer al candidato más idóneo de entre los previamente reclutados por la empresa contratante, directamente o a través de un intermediario, sino que reciben el encar go de reclutar y seleccionar candidatos, estarían ejerciendo una función, la de intermediación, que sólo está al alcance de las agencias de colocación.

Por otro lado, no se entiende bien que siendo la intermediación una actividad regulada tradicionalmente desde una óptica tuitiva del demandante de empleo, en aras a proteger y favorecer su proceso de búsqueda de trabajo, se haya dejado en cambio huérfana de toda ordenación la fase de dicho proceso más próxima al bien protegido[237]. De ahí que resulte tan necesaria una regulación que delimite de forma concreta ambas actividades, selección y colocación, ordenando los requisitos y la forma de llevar a cabo una y otra, y entendemos que ello debería hacerse en el marco de una regulación que revise y ordene el papel de todos los agentes que intervienen en el mercado de trabajo, regulación anunciada por el

---

[234] Sobrino González, G.: *La política de colocación*, cit., pág. 294.

[235] Valdés Dal-Ré, F.: «Servicios públicos de empleo y contratación», *Documentación Laboral*, núm. 9, 1984, pág. 265.

[236] Rodríguez-Piñero Royo, M. C.: «Outplacement, head-hunters...», *cit*., pág. 233.

[237] Rodríguez-Piñero Royo, M. C.; Lázaro Sánchez, J. L. y Valdés Alonso, A.: «Otras actividades...», *cit*., pág. 158.

AMCE, respondiendo así a la visión integral de agencias privadas de empleo que asume el Convenio núm. 181 de la OIT .

Otro fenómeno de autorregulación presente en el mercado del empleo es el constituido por los *head-hunters* o «cazatalentos». En realidad, como ya pusiera de manifiesto la OIT en el Informe elaborado por la 81.ª reunión de la Conferencia con vistas a la revisión del Convenio núm. 96, las empresas cazatalentos son gabinetes de selección especializados en la búsqueda y captación de ejecutivos; de ahí que su problemática sea común a la de las empresas de selección, agravada si cabe porque estas empresas se dedican más al reclutamiento de dichos trabajadores que a su selección[238].

Gran importancia reviste también la actividad en materia de colocación de las entidades dedicadas a la formación. En este caso son las propias instituciones formativas las interesadas en que se produzca el puente que permita, tras la obtención de una determinada titulación, acceder al mercado de trabajo. Las razones que las impulsan en tal sentido obedecen a la preocupación por las salidas profesionales de los alumnos y , cómo no, al prestigio que como instituciones docentes les supone para captar nuevos alumnos. A tal efecto, los centros educativos suelen crear «*bolsas de trabajo*» —o una organización equivalente (p. ej., los Centros de Orientación e Información para el Empleo —COIE— en las Universidades públicas[239]) que procuran empleo a sus egresados —en cuyo caso el centro educativo actuaría como un verdadero intermediario laboral— así como la realización de prácticas profesionales en empresas para alumnos de últimos cursos, en régimen no laboral. El problema sur ge cuando la intervención mediadora del centro en cuestión, una vez que la fase de formación ya ha concluido, no está amparada por un convenio de colaboración celebrado con los SPEs.

La creación de bolsas de trabajo es un recurso habitual en las Administraciones Públicas para cubrir , de forma temporal y no definitiva, las vacantes que, por cualquier causa, pudieran sur gir en la plantilla[240], y de

---

[238] Sobre la actividad que realizan las agencias cazatalentos, véase R ODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.: «Outplacement...», *cit*., págs. 241-243; M ERCADER UGUINA, J. R.: «La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y propuestas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 14, 1994, pág. 33; P ORRET GELABERT, M.: «El headhunting para la selección de ejecutivos», en *Relaciones Laborales*, 1999-II, págs. 1255 y ss.

[239] Los COIE comenzaron su andadura en los años ochenta del pasado siglo como oficinas delegadas del INEM, en el marco de convenios de colaboración suscritos entre las Universidades públicas y el Servicio Público de Empleo.

[240] Sobre el funcionamiento de las bolsas de trabajo en las AA. PP., *vid*. LÓPEZ GÓMEZ, J. M. y G ÓMEZ ÁLVAREZ, T.: «El acceso del personal laboral a las Administraciones Públicas: las bolsas de trabajo», en *Temas Laborales*, núm. 53/2000, págs. 87 y ss.; F ERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y R ODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Bolsas de trabajo y administración pública: problemas jurídicos», *Actualidad Laboral*, núm. 21, 2006, págs. 2559 y ss.

ahí se han extendido, con distinta configuración y finalidad, a otras instituciones (sindicatos, asociaciones de empresarios, colegios profesionales...) donde sirven como herramienta de apoyo que permite encontrar empleo a unos y candidatos adecuados al puesto de trabajo a otros.

Una variante de las bolsas de trabajo son los *bancos informáticos sobre ofertas y demandas*, también llamadas «agencias virtuales de colocación», que se han extendido en los últimos años debido sobre todo al impacto de las nuevas tecnologías (en especial, internet) en el mercado de trabajo. La calificación de estos bancos de datos o agencias virtuales como instrumentos de intermediación va a depender de cuáles sean sus criterios de actuación. Si se limitan a registrar y hacer publicidad de las ofertas y demandas de empleo que los propios usuarios inscriben en la correspondiente página web, siendo éstos los que entran en contacto directamente, no puede hablarse de intermediación. En cambio, cuando quien gestiona la base de datos es quien entra a examinar la idoneidad entre ofertas y demandas y además realiza la función de ponerlas en contacto, sí puede hablarse de intermediación y deberían cumplirse los requisitos que para las agencias de colocación prevé el RD 735/1995. Por otro lado, al debate acerca de la consideración de estos bancos informáticos como agencias intermediadoras de empleo se suma el problema relativo a la confidencialidad de los datos que almacenan (ofertas y demandas de empleo, currículos, direcciones, etc.); en consecuencia, dichas agencias, así como las de almacenamiento de datos, se encuentran sometidas al cumplimiento de la Ley Or gánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal [241].

Una de las últimas novedades del mercado de los servicios es el denominado *interim management*. Práctica próxima a lo que es la actividad de las ETTs, lo distintivo del *interim management* frente al trabajo temporal tradicional es que se pone a disposición de una empresa un directivo de forma temporal, aunque la duración de la prestación de servicios suele ser mayor a la usual en los prestamos de personal por las ETTs, con el objetivo por lo general de desarrollar un proyecto específico o un plan de reconversión o reflote. El problema que afronta esta actividad es la estrechez de los cauces fijados por el artículo 43 del ET para la cesión de los trabajadores; de acuerdo con este precepto estatutario, sólo es legal la cesión efectuada a través de una ETT debidamente autorizada, lo que no es el caso de las agencias de *interim management*, que no se ven a sí mismas como sujetos de este tipo, y por tanto no se constituyen como tales; es más, incluso si lo hicieran les resultaría muy difícil cumplir con lo previsto en la Ley 14/1994, puesto que ésta parte de puestas a disposición de trabajadores de corta duración, mientras que en esta actividad

[241] En este sentido, DEL REY GUANTER, S. y LÁZARO SÁNCHEZ, J. L.: «La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo...», *cit*., págs. 719-721.

las operaciones se producen a un plazo mucho mayor [242]. De ahí que resulte fundamental clarificar el estatus jurídico de esta actividad, claramente integrada en el ámbito de aplicación del Convenio núm. 181 OIT, distinguiéndola claramente del trabajo temporal típico y disponiendo de un régimen jurídico específico para ella.

6. Conclusión: la inadecuación del Derecho español del empleo a una realidad en constante transformación

A la vista de las distintas figuras estudiadas, y ante la constatación de su extensión en el tráfico negocial, la única conclusión a la que se puede llegar es el desfase entre el mercado de servicios relacionados con el empleo y el marco normativo que teóricamente lo ordena [243]. El ordenamiento español se ha preocupado de regular expresamente la intermediación, estrictamente entendida como puesta en relación entre oferentes y demandantes de empleo, y la cesión temporal de trabajadores; y por lo que se refiere a la primera, la opción ha sido la de dar entrada a la iniciativa privada siempre que la misma no persiga ánimo de lucro. Pero la realidad demuestra que los agentes privados que median en el mercado laboral son muchos más de los permitidos y regulados por la norma, y que además muchos de ellos actúan con fines lucrativos, realizando una genuina actividad de empresa. Tal es el caso, por ejemplo, de las agencias de *outplacement*, los gabinetes de selección o los *head-hunters*. La licitud de la actuación de estos agentes pasa en la actualidad por no invadir el campo funcional de las agencias de colocación. El problema estriba en que la determinación de la legalidad o ilegalidad de estas otras prácticas se complica sobremanera por la inexistencia de una normativa que defina y regule específicamente dichas actividades. Se abre así una zona fronteriza indeterminada entre lo lícito y lo ilícito, en la que muchas de estas actividades empresariales se asientan y consiguen desenvolverse orillando los requisitos exigidos a los sujetos cuya actividad sí es objeto de regulación (agencias de colocación, ETTs).

Lo cierto es, sin embargo, que el Gobierno español ha ratificado el Convenio núm 181 de la OIT, sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, que parte de una concepción integral del mercado del empleo, en el que se reconoce como agentes mediadores a toda una pluralidad de agentes privados indistintamente de la finalidad lucrativa o no de su actividad con tal que resulte gratuita para los trabajadores y exista una supervisión pública de su labor. La regulación internacional ha logrado así superar la dicotomía iniciativa pública/lícita, iniciativa privada/ilícita,

---

[242] Rodríguez-Piñero Royo, M. C.; Lázaro Sánchez, J. L. y Valdés Alonso, A.: «Otras actividades...», *cit*., pág.161.

[243] Rodríguez-Piñero Royo, M. C.: «Outplacement...», *cit*., pág. 244.

propia de momentos históricos muy anteriores en los que la iniciativa privada y el mercado de trabajo en el que ésta actuaba presentaban unos caracteres muy marcados que se han modificado sustancialmente [244]. Existe, pues, una notoria contradicción entre la norma internacional y la estatal, que no ha sido corregida mediante la reciente promulgación de la Ley de Empleo. La aprobación de ésta no ha llevado aparejada la derogación del artículo 16.2 ET 1995, que sigue prohibiendo las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, las cuales encajan sin esfuerzo alguno en la noción de agencias de empleo privadas acuñada por el Convenio núm. 181, y ello a pesar de que tras su ratificación y la denuncia del Convenio núm. 96 ya no existe obstáculo alguno para la legalización de dichas agencias. Por otro lado, la LE no hace honor a su pomposo título pues se ha limitado a enunciar en su artículo 21 los sujetos que pueden ejercer la actividad de intermediación, pero ha obviado especificar qué otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, distintos de aquellos destinados a vincular ofertas y demandas de trabajo, aludidos en el artículo 1.1.c) del Convenio 181, pueden ser desempeñados por la iniciativa privada.

El efecto de lo anterior es que en la actualidad existe un número ingente de operadores del mercado de trabajo moviéndose peligrosamente en la frontera del fraude de ley (las empresas multiservicios, por ejemplo) o en el cenagoso terreno de la anomia y la autorregulación (las empresas de recolocación, los gabinetes de selección, las agencias virtuales, sin ir más lejos), y ello requiere una normativa específica que suprima las inseguridades que plantea la situación actual o, yendo más lejos, asuma valoraciones no condenatorias de instituciones que, sobre operar en la práctica española, reciben el respaldo de normas internacionales vinculantes para España[245]. El mercado de servicios relacionados con el empleo se ha convertido en una fuente potencial para el lucro empresarial que está siendo concienzudamente explotada por multitud de sujetos sin control oficial. Como se ha puesto de relieve entre nosotros, la implementación del Convenio 181 permitiría recuperar para el control estatal una serie de actividades anteriormente excluidas de éste, por no ser estrictamente de colocación [246]. Como consecuencia de dicha reglamentación, quizás muchos de los referidos agentes que hoy conciben la mediación no como un bien social sino, sobre todo, como actividad especulativa que ejercen bajo un ropaje de impunidad decidieran retirarse del merca-

---

[244] *Ibidem*

[245] García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: «Modernización…», *cit*., págs. 184 y ss.

[246] En este sentido, Calvo Gallego, F. J., Rodríguez-Piñero, M. C. y Valdés Alonso, A.: «Sobre el régimen jurídico de la colocación en España...», cit., pág. 271, señalan que «La liberalización que aparentemente realiza el Convenio en comparación con la situación normativa anterior tiene ese paradójico efecto, el de ampliar el ámbito de actuación de los poderes públicos en el mercado de trabajo, no ya como prestadores de servicios sino como controladores de los sujetos privados a los que se confía esta prestación».

do al tener que rendir cuentas de su gestión y someterse a un régimen jurídico y a vigilancia administrativa [247].

Que todas las actividades que tienen lugar en el mercado de trabajo queden sometidas a un cierto control público (estatal o autonómico) nos parece adecuado. Para ello se hace preciso reformar la Ley de Empleo de 2003 y la regulación vigente de la intermediación (los arts. 16.2 ET y el RD 735/1995). Lo que quizás ya no sea tan adecuado es someter a todos los agentes mediadores al mismo grado de control, pues el exigido para algunos de ellos (las agencias de colocación, las ETT s), puede ser excesivo para otros (p. ej., los bancos informáticos de ofertas y demandas de empleo). El propio Convenio núm. 181 parece ser consciente de este problema al delegar en los Estados, como vimos, la decisión sobre qué actividades desarrolladas en el mercado de trabajo deben equipararse a las dos centrales o nucleares de éste, la intermediación y la interposición. Lo que ya no parece lógico es que el Gobierno y los agentes sociales que, según el propio Convenio 181, serían los legitimados para llevar a cabo esa especificación se hayan planteado revisar únicamente el papel que actualmente corresponde, como agentes privados de empleo, a las entidades colaboradoras, las agencias de colocación y las empresas de recolocación, obviando el tratamiento de otras figuras como las empresas de selección o los *head-hunters* que también deberían ser reguladas.

Ahora bien, el incremento de las posibilidades de intervención de los agentes privados en el mercado de trabajo no puede ni debe realizarse en detrimento de la intermediación pública, que debe asimismo reforzarse para afianzar el papel de los SPEs, al tiempo que deben mejorarse y potenciarse las estrategias de cooperación con la iniciativa privada. A la postre, el objetivo sería implantar un sistema de gestión del empleo armónico, integrado y coparticipado, basado en un adecuado régimen de colaboración y coordinación entre los múltiples agentes, públicos y privados, que intervienen en el mercado de trabajo, a fin de que actuando todos ellos sinérgicamente fuera posible poner en práctica una adecuada política de empleo y hacer realidad el derecho al trabajo constitucionalmente reconocido en el artículo 35 CE.

---

[247] En este sentido, SOBRINO GONZÁLEZ, G. M.ª: *La Política de Colocación*, *cit*., pág. 311, si bien discrepamos de esta autora en su apreciación de que la reglamentación de estos otros agentes mediadores del empleo debería imponer la ausencia de ánimo de lucro, pues entendemos que ello va en contra del espíritu del derecho internacional y comunitario y además no beneficiaría al funcionamiento del mercado de trabajo pues siempre habrá quien a despecho de la norma prohibitiva busque fórmulas para hacerse un hueco en aquél, aparentando la falta de un ánimo de lucro que en realidad sí posee.

Comunicación a la Ponencia Temática I

¿ES FAVORABLE UNA SITUACIÓN LABORAL TRANSFRONTERIZA?: ANÁLISIS DEL TRABAJO EN LA EURORREGIÓN: GALICIA - NORTE DE PORTUGAL

MIRIAM TRILLO OJEA
Universidad

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE EURORREGIÓN. LA EURORREGIÓN GALICIA - NORTE DE PORTUGAL.—II. LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS. CONCEPTO Y REQUISITOS LEGALES. PARALELISMOS Y DIFERENCIAS CON LOS TRANSNACIONALES.—III. EL SERVICIO DE EMPLEO EURES TRANSFRONTERIZO GALICIA NORTE DE PORTUGAL.—IV. TRABAJAR EN PORTUGAL Y VIVIR EN GALICIA.—V. TRABAJAR EN GALICIA Y VIVIR EN PORTUGAL.—VI. CONCLUSIÓN. LA MEJOR ELECCIÓN. RAZONES.

I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE EURORREGIÓN. LA EURORREGIÓN GALICIA - NORTE DE PORTUGAL

La eurorregión es una realidad de cooperación transfronteriza entre entidades públicas con competencias territoriales a ambos lados de una frontera europea, con vistas a la promoción de intereses comunes y para el beneficio ambas poblaciones [1]. Es habitual que las poblaciones de ambos lados de la frontera tengan en común rasgos como: vocación transfronteriza, localización en Europa, referencia territorial delimitada y permanencia temporal [2].

En el caso español, dos son las principales fronteras origen de eurorregiones y por tanto de trabajo transfronterizo: España - Francia y España - Portugal. De estas, es la línea fronteriza Galicia - Norte de Portugal la que posee una mayor densidad de población [3].

Este mayor número de habitantes en parte tiene su origen en el devenir histórico de creación de la Eurorregión Galicia - Norte de Portugal, cuyos principales hitos son:

— 1973. Surge la necesidad de contar con una política regional de ayuda al crecimiento de las regiones europeas más subdesarrolla-

---

[1] De un modo general, se puede decir que los objetivos de las eurorregiones se reflejan en la forma jurídica adoptada y en la respectiva atribución de competencias.

[2] En palabras de: DOMÍNGUEZ, L. e VENADE, N.: «As Euro-regioes e o futuro da Europa: o modelo da Euro-regiao Galiza - Norte de Portugal», Ed. Eixo Atlántico, (Porto - 2004): «Las eurorregiones tienen carácter permanente, identidad propia, separada de la de sus miembros, cuenta con recursos administrativos, técnicos y financieros propios y posee capacidad interna para la toma de decisiones. sus objetivos son asesorar , asistir y coordinar la cooperación transfronteriza, en particular en las áreas de desarrollo económico, turismo y ocio, transporte y tráfico, desarrollo agrícola, desarrollo regional, innovación y transferencia de tecnología, protección del medio, cooperación social, escuelas y educación, cultura y deportes, servicios de emer gencia y prevención de desastres, salud pública, ener gía, comunicaciones, eliminación de residuos y seguridad pública».

[3] *Vid*. ESTEBAN DE LA ROSA, G.: «La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas», Ed. Comares (Granada, 2002).

das y de un fondo que la dote de recursos. Nace así el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) [4].

— 1989. Se funda el Arco Atlántico como organización interregional a fin de captar fondos comunitarios que permitan conver ger con los centros económicos europeos [5] o cuando menos, la disminución de las distancias entre las regiones afectadas.

— 1990. Portugal ratifica la Carta Europea de Autonomía Local, que contempla la posibilidad de que entidades locales puedan asignar acuerdos con sus homólogas del país vecino.

— 1991. Se crea la Comunidad de Trabajo Galicia - Norte de Portugal [6], sin personalidad jurídica ni sede, siendo sus empleados los de las instituciones signatarias [7].

— 1993. Declaración final sobre el mercado de trabajo transfronterizo y cualificación [8], en la que figura un detallado plan de actuación con las estructuras eurorregionales y el EURES como actores fundamentales y unas conclusiones que, básicamente procuran: una mayor flexibilidad en la aplicación de las directivas, ayudas a la formación y al mercado de trabajo de ambos lados las fronteras transfronterizas, mejora de la coordinación transfronteriza en cuestiones relativas al mercado laboral, a la cualificación y a la política económica, creación de centros de enseñanza y formación transfronterizos, reconocimiento transfronterizo de las cualificaciones profesionales, establecimiento de áreas de captación transfronterizas que permitan la creación de nuevos puestos de trabajo (…) [9].

---

[4] En mayor detalle véase: Venade, N. «Galiza - Norte de Portugal. A Eurorregiao necesaria», en VV. AA. (coord. Domínguez, L. y Venade, N.) «As euro-regioes e o futuro da Europa: o modelo da Euro-regiao Galiza-Norte de Portugal».

[5] El Arco Atlántico fue considerados uno de los espacios elegibles para la iniciativa comunitaria INTERREG (2000-2006) para la financiación de proyectos de cooperación entre sus regiones. Actualmente bajo la iniciativa comunitaria INTERREG III y financiada por el FEDER se desarrolla el proyecto FORIET (Formación para el impulso del empleo transfronterizo) que además de formar profesionales para los sectores con mayor demanda en Galicia y Portugal —con cursos de formación presencial y e-learning— oferta prácticas en empresas, así como becas de formación y ayudas.

[6] Para más detalles *vid*. Fábregas Valcarce, R. «Un pasado común no territorio do Eixo Atlántico», en VV. AA. (coord. Souto GonzÁlez, X. M.), «A historia no Eixo Atlántico», Ed. Eixo Atlántico do Noroeste Peninsular, (Vigo, 1999).

[7] Sus presupuestos se nutren con cotizaciones iguales para cada región. La presidencia dura dos años y es rotativa. Su gestión cotidiana recae en dos coordinadores generales.

[8] Aprobada na Conferencia anual de la Asociación de Regiones Transfronterizas de Europa.

[9] Véase Cabeza Pereiro, J., Gárate Castro, J, y Gomes, J.: «Aspectos xurídicos das relacións laborais na Eurorrexión Galicia - Norte de Portugal», Ed. CGRL (Santiago, 2006).

En la actualidad, la Eurorregión Galicia - Norte de Portugal es un espacio con una fuerte interrelación social —existen numerosos paralelismos[10] de ambos lados de la frontera, tales como la lengua, los ecosistemas, los hábitos culturales y el pasado histórico [11]— y económica[12], lleno de oportunidades y con un gran potencial de desarrollo futuro [13]. En concreto, su ámbito geográfico se constituye por las cuatro provincias gallegas[14] y los distritos de Braga, Bragança, Porto, Viana do Castelo y Vila Real en Portugal[15], con una frontera que asciende a 280 Km, una población total de 942.969 habitantes, un territorio de 8.732 Km ^{2} y un total de 65 ayuntamientos (49 gallegos y 16 portugueses).

II. LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS. CONCEPTO Y REQUISITOS LEGALES. PARALELISMOS Y DIFERENCIAS CON LOS TRANSNACIONALES

Si bien es cierto que ni en el ordenamiento jurídico comunitario ni en el español, existe un concepto de trabajador transfronterizo válido para todos los ámbitos, ordinariamente se viene entendiendo que es trabajador

---

[10] Para un estudio en profundidad de la materia véase VV. AA. «La Pyme ante la innovación. Galicia - Norte de Portugal., Ed. Confederación de Empresarios de Pontevedra, (Pontevedra - 2004).

[11] Las relaciones histórico —económicas de España y Portugal parten de muy antiguo, si bien los hitos que han marcado la historia peninsular moderna son: a) el refuerzo del eje Lisboa— O Porto con su prolongación a Vigo; b) el incremento de la producción de las provincias españolas del interior y las fronterizas con Portugal; c) la prolongación de la región turística de la Costa del Sol al Algarbe; y d) el incremento del tráfico y de las relaciones Lisboa - Madrid, que exige para ello nuevas infraestructuras de transporte y comunicaciones.

[12] El desarrollo paralelo de los territorios de ambos lados de la frontera de la Eurorregión se pone de manifiesto por ejemplo, a poco que se realice un estudio comparativo de la industria familiar. Así, los datos de las empresas en las que la mayor parte del capital (más del 50%) está concentrado en una familia, correspondientes a 2002 muestran los siguientes valores:

Ingresos de explotación €	*Empresas familiares Galicia*	*Empresas familiares en el Norte de Portugal*
> 5 millones	1545	1502
> 10 millones	781	720
> 100 millones	77	64

[13] En este sentido: VV. AA. (coord. Crespo Domínguez, M. A.), «Análisis de la empresa familiar en la eurorregión Galicia - Norte de Portugal», Ed. Universidad de Vigo (Vigo, 2005).

[14] Con una superficie de casi treinta mil kilómetros cuadrados y una población total que asciende a casi tres millones de habitantes en su parte gallega (IGE 2003).

[15] Con una superficie de casi veintidós kilómetros cuadrados y una población superior a los tres millones y medio de habitantes (Instituto Nacional de Estadística (2003): «Anuario estadístico da Región Norte 2002, Lisboa, INE»).

transfronterizo[16] aquel empleado extranjero que, residiendo en zona limítrofe, desarrolla su actividad en un país distinto al de su residencia, regresando a diario a su residencia habitual en el primer Estado [17].

Sin embargo, el concepto de trabajador transfronterizo es más complejo de la figura del residente de un lado de la frontera que trabaja en el otro, y ello porque de ese concepto se derivan numerosas consecuencias de seguridad social[18], de fiscalidad, y para la libre circulación de trabajadores, entre otras. En efecto, la plena protección de estos trabajadores exige que el derecho derivado comunitario sea complementado con acuerdos bilaterales entre los países para poder alcanzar eficacia plena.

En todo caso, es una exigencia comunitaria que todos los trabajadores (incluidos migrantes y transfronterizos) se integren plenamente en la sociedad en la que viven, beneficiándose de unas condiciones de trabajo y seguridad social no discriminatorias, y así como de las circunstancias sociales y vitales de cualquier otro ciudadano.

La principal diferencia entre un emigrante que abandona su Estado de origen, con o sin su familia, para residir y trabajar en otro [19], y un trabajador transfronterizo está en que el segundo trabaja en un Estado distinto del de su residencia diaria y habitual [20]. Esto es, el hecho de que el domicilio esté situado en un Estado diferente del de trabajo [21] es lo que distingue al trabajador transfronterizo del emigrante clásico. Así frente a éste último que abandona su país de origen para residir y trabajar en un país diferente, el trabajador transfronterizo tiene una doble vinculación nacional, con sus países de trabajo y residencia.

Por su parte, la mayor distinción entre transnacionales y transfronterizos reside en la vinculación del primero con el establecimiento de arran-

---

[16] También llamado trabajador fronterizo.

[17] En este sentido, véase VV. AA. Coord. Casas Baamonde, M. E.: «Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales: comentarios a La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», Ed. CES, (Madrid, 2002).

[18] La normativa de Seguridad Social derivada cuenta con una definición Ad Hoc de trabajador transfronterizo. En concreto el Reglamento 883/2004 en su artículo 1 dispone que «se entiende por trabajador transfronterizo toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro al que regrese a diario o por lo menos una vez a la semana».

[19] Básicamente el trabajador emigrante se construye en base a tres elementos básicos: a) la expatriación o abandono del territorio nacional, b) por causas de trabajo, c) el sujeto migrante se identifica con un trabajador por cuenta propia o ajena en la medida en que la norma legal establece.

[20] Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo, «Los trabajadores transfronterizos en la Unión Europea», documento de trabajo, serie Asuntos Sociales (mayo 1997).

[21] Esta situación puede darse en España entre nacionales y extranjeros de los siguientes países: Portugal, Francia, Andorra y Marruecos, siendo las dos primeras situaciones las más frecuentes.

que[22] ya que la prestación transnacional de servicios consiste en la realización por parte de una empresa extranjera con trabajadores propios unidos por contrato laboral, de obras o servicios en España [23]. Esta figura laboral se da muy frecuentemente en el marco de empresas transnacionales —con centros de trabajo en diferentes países [24]—, en cuyo contexto no es extraño que trabajadores de una planta tengan que desplazarse temporalmente a otra[25]. En ese momento el trabajador adquiere laboralmente la situación de transnacional[26]. Más concretamente, los supuestos de desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de prestaciones de servicios transnacionales son[27], en primer lugar el de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación, establecido o que ejerza su actividad en España; el de un empleado a un centro de trabajo de su empresa o a una empresa del grupo; y finalmente, la de un asalariado de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una sociedad usuaria establecida o con actividad en España.

En último lugar cabe citar una figura a medio camino entre la de los trabajadores transnacionales y la de los transfronterizos: el trabajador temporal transfronterizo. Si bien la Directiva 96/71/CE no reserva disposición alguna para este tipo de relación laboral, su realización en el marco de una prestación transnacional lo integra en el ámbito de aplicación de ésta. Sin embargo, su conexión con la escasa relevancia del trabajo prestado en otro Estado miembro puede justificar la no aplicación de la le-

---

[22] Lo que, a su vez, es razón suficiente para determinar la aplicación de la normativa del país de origen.

[23] Además, en palabras de S errano Olivares, R.: «La movilidad geográfica transnacional», Ed. La Ley (Madrid, 2000), es importante diferenciar la movilidad para el empleo de la movilidad en el empleo, ya que plantean cuestiones diferentes. Así, esta última da lugar a situaciones similares a las de los trabajadores migrantes, en la medida en que tanto el trabajador que tiene movilidad en el empleo como el desplazado son extranjeros que temporalmente ostentan una doble condición jurídica —ciudadanos extranjeros y trabajadores nacionales—.

[24] Un interesante estudio de las soluciones empresariales transnacionales es: C hristopher A. Bartlett y Sumantra Ghoshal, «La empresa sin fronteras», Ed. McGraw-Hill de Management, (Madrid, 1991).es

[25] Según el artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores: «La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España, al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables al lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español».

[26] Un completo estudio en el que se analizan los pormenores de los trabajadores transnacionales se encuentra en: S errano Olivares, R.: «La movilidad geográfica transnacional», Ed. La Ley, (Madrid - 2000), así como en C asas Baamonde, M. E. y D el Rey Guanter, S.: «Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales», Ed. CES (Madrid - 2002).

[27] Según la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y la ley española de transposición 45/1999, de 29 de noviembre.

gislación laboral mínima imperativa del lugar temporal de prestación del trabajo transfronterizo[28].

A este respecto tanto la D96/71/CE como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades[29], intentan fijar el equilibrio y proporción entre los objetivos de defensa de la competitividad empresarial y la protección de los trabajadores. El TJCE tras un análisis en términos de proporcionalidad —partiendo del tipo de trabajo prestado y del tiempo de su prestación— que tiene por objeto comprobar el nivel de protección del trabajador por la ley del país de establecimiento de la empresa y concluir la necesariedad y proporcionalidad o innecesariedad y desproporcionalidad de la exigencia de aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro en relación con el fin de protección de los trabajadores. A este fin, se considera precisa una evaluación de conjunto, considerando la incidencia de la fiscalidad y el importe de las cotizaciones a la Seguridad Social, para que las autoridades nacionales del Estado de acogida puedan comprobar si todos los trabajadores afectados disfrutan de una situación conjunta equivalente en el Estado de establecimiento a efectos de determinar si la aplicación de su normativa sobre salario mínimo es o no necesaria para su protección [30].

El TJCE[31] precisa los términos en que puede manifestarse la desproporción resultante de la aplicación de la normativa salarial del Estado de desplazamiento: la aplicación de las normas nacionales del Estado miembro de acogida en materia de salarios mínimos a los prestadores de servicios establecidos en una región de otro Estado miembro fronteriza en el primer Estado puede dar lugar, por un lado, a car gas administrativas adicionales desproporcionadas, como las que supone en su caso, el cálculo hora a hora de la retribución correspondiente a cada trabajador según haya atravesado o no, durante su trabajo, la frontera de otro estado miembro y por otro lado, el pago de salarios de diferente cuantía a trabajadores que dependen del mismo centro de operaciones y realizan idéntico trabajo [32].

---

[28] Precisamente para no obstaculizar la libertad empresarial de prestación de servicios.

[29] Sentencia del TJCE Mazzoleni, de 15 de marzo de 2001, referido a un trabajo de vigilancia, con rotación del personal, efectuado a tiempo parcial y durante breves periodos de tiempo en el territorio limítrofe de un Estado miembro distinto del de establecimiento de la empresa prestadora del servicio. Las retribuciones mínimas por hora del estado de acogida eran superiores a las de establecimiento.

[30] Esa evaluación de conjunto ha de tener en cuenta además, la duración de las prestaciones de servicios y su previsibilidad, el hecho de que los trabajadores sean efectivamente desplazados al Estado miembro de acogida o sigan estando vinculados al centro de operaciones de su empresario en el Estado de establecimiento, así como el carácter transfronterizo del trabajo.

[31] La doctrina judicial del Tribunal de Luxembur go carece de casos relativos a la región transfronteriza de Galicia - Norte de Portugal. Más bien, el grueso de las cuestiones prejudiciales se polariza en las fronteras de Suiza, Francia, Alemania y Bélgica, Holanda o Luxembur go.

[32] Véase Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S.: «Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales», Ed. CES (Madrid - 2002).

Por su parte, la D96/71/CE toma en consideración diferentes factores para flexibilizar su regulación preservando el equilibrio entre los pretendidos objetivos: la breve duración del desplazamiento, el tipo de trabajo y sector de actividad, la cualificación de los trabajadores, la naturaleza de la prestación transnacional…. pero sin contemplar de modo directo el trabajo transfronterizo ni su prestación a tiempo parcial. Así pues, la directiva opta en primer lugar por no exigir la aplicación de la ley de desplazamiento más favorable —sobre las vacaciones anuales retribuidas y el salario mínimo— en los desplazamientos inferiores a ocho días que tengan por objeto la realización de trabajos de montaje inicial o primera instalación… —salvo que se trate de trabajos de construcción—; en segundo lugar , en desplazamientos no superiores a un mes que no se produzcan a través de ETT, opta por permitir que los estados excepcionen la aplicación de la ley del lugar de desplazamiento más favorable sobre la cuantía mínima del salario; y finalmente en desplazamientos no producidos a través de ETT, admite la excepción por parte de los estados de la aplicación de la duración mínima de las vacaciones anualmente retribuidas y de la cuantía del salario mínimo contenidas en las leyes del estado de acogida más favorable [33].

Una vez aclarado el concepto de trabajador transfronterizo y diferenciado éste de figuras paralelas, con las que podría confundirse, es momento de definir los requisitos legales exigidos para adquirir la condición de fronterizo.

El principal requisito es la posesión de la autorización administrativa de trabajo transfronterizo —por cuenta propia o ajena—, que se concede se concede a los trabajadores que residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regresan diariamente, tengan un contrato laboral o desarrollen actividades lucrativas o profesionales en las zonas fronterizas del territorio vecino [34].

Para la obtención de esta autorización laboral se precisan los documentos exigidos con carácter general en los apartados de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia y el certificado de residencia en el país fronterizo, no generando derecho para su obtención el hecho de haber sido titular anteriormente de una autorización para este fin. Su vigencia máxima de cinco años y será renovable automáticamente a su expiración en tanto el titular continúe en activo y subsistan las circunstancias que motivaron su concesión, estando limitada su validez

---

[33] En este sentido, C ASAS BAAMONDE, M. E. y D EL REY GUANTER, S.: «….*op. cit*…».

[34] *Vid*. Texto refundido de la Ley Or gánica 4/2000, con la Ley or gánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Título II, capítulo III: del permiso de trabajo y los regímenes especiales. Artículo 43. Trabajadores transnacionales. BOE de 12 de enero de 2000.

al ámbito territorial para el que fue concedida. Estas autorizaciones podrán denegarse tanto por la concurrencia de alguna de las causas generales de denegación establecidas para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, como por la pérdida de la condición de trabajador transfronterizo.

Sin embargo, la Ley Orgánica 4/2000 excepciona esta regla general al disponer que: «no precisarán visado para entrar en territorio español los extranjeros titulares de una tarjeta de identidad de extranjero, de una tarjeta de estudiante extranjero [35], de una tarjeta de acreditación diplomática, o de una autorización de regreso, ni los titulares de una tarjeta de trabajador transfronterizo respecto a la entrada en el territorio español que forma frontera con el país del trabajador , siempre que las autorizaciones que acreditan dichos documentos hayan sido expedidas por las autoridades españolas y estén vigentes en el momento de solicitar la entrada».

A fin de concluir el presente apartado, se considera preciso enumerar la principal normativa vigente tanto respecto de la libre circulación de trabajadores en general como respecto de los trabajadores transfronterizos en concreto.

A nivel comunitario cabe destacar el Reglamento 1612/1968, de 15 de octubre del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad [36]; a nivel interno español el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, de entrada y permanencia en España de na-

---

[35] Una casuística especial tiene el caso de los estudiantes e investigadores. Así pues, los extranjeros que dispongan del correspondiente visado de estudios serán autorizadas a realizar actividades lucrativas laborales tan sólo con que la persona empleadora como sujeto legitimado presente la solicitud de autorización de trabajo y se cumplan los requisitos generales para concesión de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena necesarios para la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena excepto el primero y el sexto. Ahora bien, debe tratarse de actividades compatibles con la realización de estudios, y los ingresos obtenidos no podrán tener el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia. En cuanto al contrato, éste de ser formalizado por escrito y ajustarse a la modalidad a tiempo parcial, o en caso de ser a jornada completa, tener una duración igual o inferior a los tres meses sin coincidir con periodos lectivos. Así pues, las autorizaciones concedidas —por una vigencia igual a la duración del contrato de trabajo, nunca superior a la de duración del visado o autorización de estudios—, no tendrán limitaciones geográficas salvo que la actividad lucrativa coincida con el periodo lectivo, en cuyo caso se limitará al ámbito territorial de residencia de su titular .

[36] Que ya en su preámbulo dispone que: «considerando que el derecho a la libre circulación se debe reconocer indistintamente a los trabajadores permanentes, de temporada, fronterizos o que ejerzan sus propias actividades con ocasión de una prestación de servicios».... Supone que el línea de principio, que el desarrollo de un trabajo en un Estado distinto al del lugar de residencia constituye una manifestación de la libertad comunitaria, lo que implica la garantía del acceso a un trabajo por cuenta ajena a los trabajadores nacionales con la misma prioridad que a los extranjeros, sin que en las condiciones de trabajo pueda haber diferencia de trato alguna. Además, esta norma prevé que (…) los servicios territoriales responsables de las regiones limítrofes de dos o más Estados miembros intercambiarán regularmente los da-

cionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo [37]; a nivel interno portugués, el Decreto-Ley 60/93, de 3 de marzo[38], y finalmente, tanto a nivel español como portugués, cabe destacar el Tratado de Valencia, de enero 2004, sobre la cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales, firmado por ambos países bajo los auspicios del Convenio Marco del Consejo de Europa sobre la cooperación transfronteriza entre comunidades y o autoridades territoriales [39].

De acuerdo con lo establecido en los artículos 1.4 ET [40], 6 del Código de Trabajo portugués[41] y 6 del Convenio de Roma, la normativa ge-

---

tos relativos a las ofertas y demandas de empleo según las modalidades de sus relaciones con los otros servicios de empleo de su país, procederán directamente entre ellos a unificar las operaciones de puesta en relación y de compensación de las ofertas y demandas de empleo», además, (…) los servicios territoriales responsables de las regiones limítrofes desenvolverán igualmente estructuras de cooperación y servicios con el fin de ofrecer: a los usuarios, la mayor cantidad posible de datos prácticos sobre los diversos aspectos de la movilidad, a los interlocutores sociales y económicos, a los servicios sociales y al conjunto de las instituciones interesadas, un conjunto de medidas coordinadas en materia de movilidad.

[37] En esta norma, y sin perjuicio de que se le apliquen las reglas generales de los emigrantes comunitarios, se regulan algunas cuestiones que afectan directamente al trabajo transfronterizo: a) que pueden residir en España sin necesidad de tarjeta de residencia los titulares de un DNI o pasaporte válidos y en vigor que sean nacionales comunitarios que trabajen en España manteniendo su residencia en el territorio de alguno de esos Estados y a los que regresan todos los días o al menos, una vez por semana; b) que tienen derecho a residir permanentemente en España los nacionales de otro Estado miembro que, después de tres años de actividad por cuenta propia o ajena y de residencia continuada en territorio español, desempeñen su actividad en otro Estado miembro y mantengan en España su residencia, regresando al menos una vez por semana; c) que los trabajadores fronterizos nacionales de otro Estados distintos del español, para expedir la correspondiente tarjeta de residencia, deben acompañar un certificado de residencia, documentos sobre su actividad laboral y acreditación de que regresan todos los días o al menos una vez por semana a su Estado de residencia.

[38] Que se limita a recoger una breve referencia a los trabajadores transfronterizos que resulta de similar contenido a la explicitada en el punto c) del anterior epígrafe.

[39] Este tratado dota de la suficiente cobertura jurídica el régimen de cooperación transfronteriza territorial hispano-portuguesa entre las autoridades territoriales.

[40] Según el cual «la legislación española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España, al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español».

[41] Que dispone que: «1. El contrato de trabajo se rige por la ley escogida por las partes. 2. La falta de opción expresa, el dicho contrato se regula por la ley del Estado en la que presente una conexión más estrecha. 3. En la determinación de la conexión más estrecha, entre otras circunstancias se atenderá a: a) la ley del Estado en el que el trabajador, en cumplimiento del contrato, presta habitualmente sus servicios, aunque temporalmente se encuentre desarrollando su actividad en otro Estado, b) La ley del Estado en el que se sitúe el establecimiento en el que el trabajador fue contratado, si no presta habitualmente sus servicios en un único Estado. 4. Los criterios enunciados en el número anterior pueden no ser atendidos cuando del conjunto de las circunstancias aplicables resulte que el contrato de trabajo presente una conexión más estrecha con otro Estado, en cuyo caso se aplicará la ley respectiva. 5. Siendo aplicable la ley de un determinado Estado en

neral aplicable al trabajador transfronterizo[42] es la libremente elegida por las partes contratantes, y en defecto de elección expresa, el contrato de trabajo se regirá: a) por la ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo, o b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que lo contrató [43] —salvo que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país—. No obstante, a fin de eliminar el dumping social y de proteger a la parte más débil la libre elección de las partes queda limitada al respeto de las condiciones normativas que regirían en defecto de pacto.

III. EL SERVICIO DE EMPLEO EURES TRANSFRONTERIZO GALICIA NORTE DE PORTUGAL

Dado que las fronteras entre países afectan negativamente al desarrollo conjunto de las regiones, la existencia de políticas de empleo especiales y específicas resulta claramente necesaria para estos supuestos en que una frontera supone un obstáculo al libre desarrollo de las relaciones laborales[44].

La European Employment Services, también llamada red Eures, es un servicio público de empleo creado por la Comisión Europea para dar cobertura a este tipo de situaciones en el mayor número de eurorregiones posible.

---

seguimiento de los criterios enunciados en los números anteriores, se puede otor gar prevalencia a las disposiciones imperativas de la ley de otro Estado cono el que la situación presente una conexión estrecha si es en la medida en que de acuerdo con el derecho de este último Estado estas disposiciones fuesen aplicables independientemente de la ley reguladora del contrato. 6. A los efectos de lo dispuesto en el número anterior se debe tener en cuenta la naturaleza y objeto de las disposiciones imperativas, así como las consecuencias resultantes tanto de la aplicación como de la no aplicación de tales preceptos. 7. La elección por las partes de la ley aplicable al contrato de trabajo no puede tener como consecuencia privar al trabajador de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Código de trabajo portugués, en el caso en que, aplicando el criterio del número 2, fuese aplicable la ley portuguesa.

[42] Su artículo 6, sobre el contrato individual de trabajo, parte del reconocimiento del principio de libertad de elección entre el empresario y el trabajador , aunque como subordinada concesiva para asegurar a la parte débil no le será en ningún caso robada la protección de la norma cuya aplicación le correspondería en defecto de pacto: « (…) en el contrato de trabajo a elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener como resultado privar al trabajador de las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable a falta de elección».

[43] Criterio de la Lex Contractus.

[44] *Cit*. Doiro Sancho, M.: «Estrategia de localización industrial transnacional en la Eurorregión Galicia - Norte de Portugal: propuesta de un modelo de soporte a la toma de decisiones de localización y planificación de suelo industrial», Ed. Servicio de publicacións da Universidade de Vigo (Vigo, 2003).

Dentro de la red Eures se encuentra el servicio Eures Transfronterizo que tiene por objeto dar respuesta a las necesidades informativas ligadas a la movilidad fronteriza de trabajadores y empresarios, y que se subdivide hasta el momento en 21 Eures Transfronterizos, uno de los cuales recibe el nombre de Norte de Portugal- Galicia por actuar precisamente en esta región fronteriza.

Este servicio que tiene su oficina central en la villa portuguesa de Valença do Miño, debe su impulso inicial a la Comunidad de Trabajo Galicia - Norte de Portugal que tras detectar la necesidad de un servicio público de empleo en su región procuró, prácticamente desde su origen, la apertura de una oficina de empleo transfronteriza [45]. No obstante, su creación fue posible gracias a la colaboración de numerosos socios de ambos lados de la frontera, en su mayoría or ganismos públicos o semipúblicos[46].

Las principales tareas actualmente desempeñadas por el Servicio Eures Transfronterizo Galicia - Norte de Portugal son: a) informar sobre ofertas y demandas de empleo en el su área transfronteriza; b) asesorar sobre la legislación de ambos países en materia laboral, fiscal y social; c) orientar sobre las condiciones de vida y trabajo a ambos lados de la frontera; d) aconsejar sobre las estrategias a seguir para la consecución de empleo; e) guiar en materia de formación y prácticas profesionales en dicha región transfronteriza[47], f) facilitar datos del contexto transfronterizo Galicia - Norte de Portugal, etc.

Además, este servicio vela por el respeto al Tratado de la CE que establece el derecho de todos los ciudadanos europeos a circular y permanecer libremente en el territorio cualquier estado miembro, así como su derecho a recibir un trato igual al que se les dispense a los trabajadores

---

[45] Véase VV. AA. «Guía de recursos para la búsqueda activa de empleo», Ed. Eures transfronterizo Galicia - Norte de Portugal (V igo, 2004), donde se enumeran otras muchas acciones de gran relevancia para la Eurorregión, llevadas a cabo por la Comunidad de Trabajo Galicia - Norte de Portugal, tales como la creación de anuarios estadísticos de la Eurorregión, de un Fondo de Capital Riesgo y la firma del protocolo del Consejo Sindical interregional Galicia - Norte de Portugal. Además, órganos como la Asociación de Industriales del Miño y la Confederación de Empresarios de Pontevedra apoyaron decididamente, junto con el Eje Atlántico, la creación del Centro de Estudios Eurorregionales.

[46] Son los llamados Socios Eures: Instituto de Emprego e Formaçao Profissional (IEFP), Servizo Galego de Colocación da Xunta de Galicia, Instituto Nacional de Emprego (INEM), Conselho Sindical Interregional (CSI), Comissao de Coordenaçao da Regiao Norte (CCRN), Comunidade de Traballo Galicia - Norte de Portugal, Associaçao Industrial do Minho (AIM), Uniao Empresarial do Vale do Minho (UEVM), Associaçao Empresarial de Viana do Castelo (AEVC), Associaçao Empresarial do Alto Tâmega (ACISAT), Confederación de Empresarios de Galicia (CEG), Comunidade Intermunicipal do Vale do Minho, Comunidade Urbana Valimar, Federación Galega de Municipios e Provincias (FEGAMP), Universidade de Minho e Universidade de Vigo.

[47] http://www.eures-nortedeportugal-galicia.org.

nacionales tanto para el acceso al empleo como para su posterior desarrollo. Más concretamente procuran el respeto de la libre circulación a los trabajadores fronterizos.

Finalmente cabe destacar que el servicio de información y asesoramiento que proporciona el Eures transfronterizo está orientado fundamentalmente a jóvenes que buscan su primer empleo y a adultos desempleados —si bien, en ocasiones, también es utilizado por trabajadores que desean mejorar su trabajo, así como por empresarios y gestores de recursos humanos—, y se desarrolla a través de la labor de los Consejeros Eures, que son especialistas en el mercado de trabajo a nivel comunitario y transfronterizo. Pertenecen a los servicios públicos de empleo, or ganizaciones patronales u otras.

La decisión de qué situación laboral es más recomendable requiere la previa comparación las condiciones laborales y de seguridad social básicas bien en galicia bien en el norte de portugal. A este fin, se dedican los apartados que siguen.

IV. TRABAJAR EN PORTUGAL Y VIVIR EN GALICIA[48]

En primer lugar cabe decir que un título adquirido en cualquier Estado miembro con el objetivo de posibilitar a su titular el acceso al ejercicio de una profesión cualificada, será plenamente reconocido en todos los países de la Unión [49].

En segundo lugar y antes de entrar en cuestiones propiamente laborales y de seguridad social, cabe hacer una breve referencia a la fiscalidad.

---

[48] En 2003 el censo de trabajadores transfronterizos se elevaba a 2580 gallegos trabajando en Portugal de los que 650 personas desarrollaban sus actividades en el ámbito de la salud. Los gallegos suman el 60% de los trabajadores transfronterizos de la eurorregión.

[49] Dos tipos de directivas reglamentan este reconocimiento: a) las directivas sectoriales que permiten un reconocimiento de los títulos prácticamente automático, dado que se establece en cada una de ellas, la lista completa de los títulos de los diferentes Estados miembros. Las profesiones regladas por directivas sectoriales son: médicos, veterinarios, odontólogos, farmacéuticos, enfermeros y arquitectos; b) las directivas generales. Entre estas cabe destacar: 1. Directiva 89/48/CEE referente a un sistema general de reconocimiento de titulaciones. Se aplica a los títulos que tienen una formación superior de tres años de duración, como mínimo, y que facultan plenamente para el ejercicio de una determinada profesión en el Estado de origen, siempre que esa profesión esté regulada en el Estado de acogida. Esta directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico portugués por el Decreto Ley 289/91 de 10 de agosto. Y 2. Directiva 92/51/CEE que instituye un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales que completa la Directiva 89748/CEE. Establece un mecanismo similar para las profesiones que exigen una formación a nivel de enseñanza postsecundaria inferior a tres años o perteneciente a niveles inferiores. Fue transpuesta al ordenamiento interno portugués por el Decreto Lei 242/96 de 18 de diciembre.

Primeramente, ha de centrarse el concepto de residente nacional: una persona tiene su residencia habitual en España si: a) permanece en territorio español más de 183 días durante el año natural; b) radica en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos [50].

Dicho esto, es momento de determinar qué sucede con la tributación de los residentes en Galicia que obtienen rentas del trabajo en Portugal. La norma española no deja lugar a dudas al establecer que: los residentes en España tributan en el IRPF por la totalidad de sus rentas mundiales, con total independencia del país de su obtención.

La duda se plantea respecto de su tributación en Portugal, y es que las personas que obtengan rentas en un Estado diferente al de su residencia, pueden quedar sujetas a dos impuestos: en el Estado de residencia por su renta mundial y en el Estado de trabajo por las rentas que allí obtenga. Sin embargo, en la Eurorregión Galicia - Norte de Portugal el trabajador está protegido de esta doble imposición gracias al Convenio firmado por ambos países el 26 de octubre de 1993 [51] por el cual se evita la imposición y se previene la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta[52]. Siguiendo sus reglas se indagará si las rentas que se obtienen en un Estado distinto al de residencia deben o no tributar allí por un impuesto para no residentes. En todo caso, la aplicación de estas reglas se supedita a la presentación de un certificado de residencia fiscal —expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria del país de residencia— al pagador de las rentas, a fin de evitar que practique la retención.

A modo de conclusión, es posible afirmar que las retribuciones salariales obtenidas por razón de empleo ejercido bien en España bien en Portugal por un trabajador transfronterizo —que tiene su residencia en otro Estado al que regresa a diario— tan sólo se pueden someter a imposición en el Estado de residencia. Consecuentemente, se soportan las retenciones en su origen en el Estado empleador , declarando la totalidad de las remuneraciones obtenidas en el país de residencia.

En tercer lugar es ya momento de centrarse en materia de Seguridad Social y determinar la ley aplicable a los trabajadores que ejercen su derecho a la libre circulación en este ámbito. En términos generales, la norma aplicable viene dada por el criterio del lugar de prestación de servi-

---

[50] Lo que se presupone en el supuesto de que su cónyuge no separado legalmente e hijos menores de edad de él dependientes, residan en España.

[51] El Convenio de Madrid de 26 de octubre de 1993 para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, que rige el caso concreto de la relaciones España - Portugal en materia laboral - fiscal, nace de la exigencia del Tratado de Roma (DOC de 24 de diciembre de 2002) a los Estados miembros para que entablen negociaciones a fin de evitar la doble imposición dentro de la comunidad.

[52] BOE de 1 de noviembre de 1995.

cios, con lo que los trabajadores transfronterizos se rigen por la normativa de Seguridad Social del Estado de empleo, aunque con ciertas exenciones entre las que cabe destacar [53]:

— Disfrutan de las prestaciones en especie por enfermedad o maternidad[54] en el Estado de residencia, esto es, reciben atención sanitaria del lugar de residencia, pese a que el pago corresponde al Estado en el que trabaja.

— Los reconocimientos médicos hechos en el Estado de empleo, y acercados por el mismo trabajador a la institución del Estado de residencia competente, son vinculantes para ésta segunda que queda obligada por dicha certificación a conceder prestaciones en metálico que le correspondan por el nacimiento y duración de una baja por incapacidad temporal.

— En términos generales, la prestación en especie por incapacidad permanente y jubilación se percibe del Estado de residencia del beneficiario, con independencia de que el Estado de prestación de servicios que la haya determinado, sea el que car gue con sus costes[55].

— Respecto de la pensión de jubilación, cabe afirmar que en caso de enfermedad —con origen en situación de activo— los trabajadores jubilados conservan el derecho de percibir prestaciones en especie en el Estado miembro en el que ejercieron su última actividad[56].

— Si bien en el supuesto de desempleo[57] parcial el trabajador transfronterizo sigue vinculado al Estado de empleo percibiendo su prestación parcial como si allí residiese, si el desempleo es total al finalizar su relación laboral, queda sometido a los servicios de empleo del Estado de residencia [58], percibiendo su pres-

---

[53] Para un mejor y más detenido análisis de esta materia véase el capítulo primero de Cabeza Pereiro, J., Gárate Castro, J., y Gomes, J.: «Aspectos xurídicos…», *op. cit*.

[54] *Vid*. Artículo 17 del Reglamento 883/ 2004, de 29 de abril.

[55] Para las prestaciones en metálico, véase el artículo 21 del mismo reglamento.

[56] Respecto de los trabajadores jubilados es importante destacar además, que: 1) si en los cinco años anteriores a la causación de la pensión de jubilación o de incapacidad ejerciesen una actividad como fronterizos durante al menos dos años tendrán derecho a la prestación en especie como si estuviesen en activo tanto ellos comos sus familiares, salvo que ejerza otra actividad laboral en el Estado de residencia, 2) el coste de las prestaciones en especie descritas en este párrafo corre a car go de la institución competente responsable del coste de las prestaciones en especie facilitadas al titular de una pensión, o a sus supérstite en sus correspondientes Estados de residencia.

[57] Se considera desempleo toda situación derivada de la inexistencia total e involuntaria de empleo del beneficiario con capacidad y disponibilidad para el trabajo.

[58] Sin perjuicio de que, como medida complementaria, se pueda poner también a disposición del Estado de la última actividad profesional.

tación económica[59] conforme a la legislación de éste último y a su costa[60].

— Finalmente, respecto de las prestaciones familiares cabe afirmar que en caso de que los trabajadores residan en un Estado diferente del de prestación de servicios, y en ambos tenga derecho a este tipo de prestaciones, rigen normas restrictivas que prohíben su acumulación.

En cuanto a las prestaciones de Seguridad Social, el hecho de trabajar en Portugal implica numéricamente que la prestación por incapacidad temporal[61] tiene un montante diario igual al 65% de la remuneración media del trabajador de lo seis meses que anteceden al segundo mes anterior al mes en que ocurrió la incapacidad [62]; que la prestación por maternidad, paternidad, adopción y faltas especiales de los abuelos[63] asciende al 100% de la remuneración media de los seis meses que preceden al segundo mes anterior al mes en que adquirió derecho a la prestación[64]; que la prestación de invalidez permanente [65] es la más favorable de la regulada por el DL núm. 329/93[66] o DL núm. 35/2002[67]; que el montante del subsidio familiar [68] para niños y jóvenes se determina en función de seis escalones de rendimiento indiciados al salario

---

[59] El subsidio por desempleo sólo se percibirá si además se dan algunos requisitos adicionales: a) la situación anterior del trabajador ha de definirse como contrato de trabajo, b) el beneficiario debe estar inscrito como demandante de empleo en la oficina de su área de residencia, c) debe haberse cumplido el periodo de referencia de 540 días de trabajo, por cuenta ajena en el período de los 24 meses inmediatamente anteriores a la fecha de desempleo. La prestación asciende al 65% de la remuneración de referencia calculado en base a 30 días por mes con el máximo del triple del salario mínimo.

[60] Sin perjuicio del derecho de la institución competente del Estado de residencia a resarcirse de tres —o cinco meses— a cuenta de la institución del Estado del último empleo.

[61] Decreto Lei núm. 132/88, de 20 de abril.

[62] Aumentando al 70% si el periodo de incapacidad superase los 365 días y al 80%-100% en caso de tuberculosis. Este subsidio en ningún caso podrá ser inferior al 30% del salario mínimo portugués.

[63] Lei núm. 4/84, de 5 de abril, con la redacción dada por el Decreto - Lei núm. 70/2000, de 4 de mayo.

[64] Los subsidios no podrán ser inferiores al 50% del salario mínimo.

[65] Decreto-Lei núm. 329/93, de 25 de septiembre con la redacción dada por el Decreto-Lei núm. 437/99, de 29 de octubre.

[66] El importe de la pensión de invalidez se calcula multiplicando 2% por cada año civil con, al menos, 120 días de contribuciones por la remuneración media de los 10 años con remuneraciones más elevadas, en los últimos 15 años. En este supuesto la prestación no puede ni superar el 80%, ni ser inferior al 20% de su remuneración media anterior .

[67] El importe de la prestación de invalidez se calcula multiplicando la remuneración de referencia (que es igual al total de las remuneraciones anuales revalorizadas según el índice de precios del consumidor de toda su carrera contributiva/el número de años civiles con registro de remuneraciones (con un máximo de 40)* 14) por las tasas de formación.

[68] Decreto-Lei núm. 133-B/97, de 30 de mayo, con la redacción del Decreto-Lei núm.341/99, de 25 de agosto y por el Decreto-Lei núm. 250/2001, de 21 de septiembre.

mínimo nacional[69]; que la pensión de jubilación[70] es el resultado de multiplicar por 2% cada año civil con, al menos, 120 días de contribuciones, por la remuneración media de los 10 años con remuneraciones más elevadas, en los últimos 15 años [71]; y finalmente que las pensiones de viudedad y orfandad[72] ascienden al 60% de la pensión que el asegurado percibía en la fecha de su fallecimiento para el cónyuge o ex-cónyuge, o el 70% para ambos, adicionado al 20%, 30% o 40% del mismo para los hijos en función del número.

Ya en último lugar , es preciso estudiar las cuestiones laborales propiamente dichas. Empezando por el tiempo de trabajo —tiempo de desempeño de la actividad del trabajador o de su permanencia adscrito a la realización de su prestación—, la norma es bien clara: se regula por la legislación del lugar de empleo. Por tanto, de acuerdo con la la norma laboral portuguesa [73], en el presente supuesto la jornada normal de trabajo tiene una duración máxima de ocho horas [74] y cuarenta por semana [75] —aunque con determinadas excepciones que permiten su ampliación hasta doce horas [76] e incluso su variabilidad siempre que dentro de un periodo preestablecido se respeten los máximos legales[77]—. En cuanto al concreto horario de trabajo la ley portuguesa tras fijar algunas reglas programáticas que el empleador debe tener en consideración, le atribuye a éste la competencia para su definición [78].

---

[69] Primer escalón: hasta 0,5xSMNx14; segundo escalón: superiores a 0,5 veces el SMN y hasta 1xSMNx14; tercer escalón: superiores a 1xSMNx14 y hasta 1,5xSMNx14; cuarto escalón: superiores a 1,5xSMNx14 y hasta 2,5xSMNx14; quinto escalón: superiores a 2,5xSMNx14 y hasta 5xSMNx14; sexto escalón: superiores a 5xSMNx14.

[70] Decreto-Lei núm. 329/93, de 25 de septiembre,, con la redacción dada por el Decreto-Lei núm. 9/99, de 8 de enero y por el Decreto-Lei núm. 437/99, de 29 de octubre.

[71] Sin que sea inferior al 30% ni superior al 80% de su remuneración media anterior .

[72] Decreto-Lei núm. 322/90, de 18 de octubre.

[73] De acuerdo con lo establecido por el artículo 155 Código de Trabajo portugués (Diario de la república en la Lei núm. 9972003 de 27 de agosto).

[74] Y ello sin considerar las horas extraordinarias, que se darán siempre que el trabajo supere lo acordado entre las partes, y concurra alguna de las siguientes situaciones: a) se haya incrementado eventual o transitoriamente la car ga de trabajo, o b) concurra causa de fuerza mayor o cuando su realización sea indispensable para prever o reparar perjuicios graves para la empresa o su viabilidad. En todo caso, no se podrán realizar más de 80 horas extraordinarias anuales.

[75] Interrumpida por un intervalo de descanso como mínimo de una hora y máximo de dos que garantice que los trabajadores no trabajen más de cinco horas seguidas.

[76] En el caso de trabajadores que realicen su trabajo en días de descanso semanal del resto de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo.

[77] El código de trabajo portugués permite la adaptabilidad de la jornada normal de trabajo, esto es, su definición en término medio en un periodo predeterminado, siendo lo relevante la media en el periodo de referencia que no puede superar los doce meses. Existen regímenes de adaptabilidad que permiten ampliar hasta cuatro horas diarias la jornada normal de trabajo, otros hasta dos no extraordinarias. No obstante, de acuerdo con el artículo 169 rige la exigencia de que no se supere una duración media de trabajo semanal de 48 horas en un periodo de referencia determinado. Sin embar go, en la práctica, el código no establece ningún límite a la jornada de trabajo de dichos trabajadores.

[78] Como por ejemplo: debe considerar preferente en la definición del horario de trabajo, las exigencias de protección y la seguridad y la salud de los trabajadores.

A nivel retributivo destacan dos cifras: el salario mínimo interprofesional portugués que el pasado año ascendió a 437 euros [79] y la retribución media del trabajador luso que 1236 euros [80]/brutos para doce mensualidades.

No se debe finalizar el presente apartado sin mencionar otro aspecto laboral en el que, sí existe una disyuntiva con el ordenamiento español: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y a la extinción de la relación laboral. A este respecto, resulta poderosamente llamativo que la norma portuguesa no exige el consentimiento del trabajador para proceder a una modificación sustancial del horario de trabajo [81] y que establece que las modalidades de extinción del contrato de trabajo son, bien caducidad, revocación, resolución o denuncia, bien muerte/ extinción del empleador o muerte, jubilación, vejez o invalidez del trabajador [82].

V. TRABAJAR EN GALICIA Y VIVIR EN PORTUGAL[83]

Siguiendo el mismo esquema que en el anterior apartado, y dado que para la cualificación profesional rige todo lo anteriormente establecido, resulta adecuado comenzar por la fiscalidad para seguir por la seguridad social y finalizar con cuestiones laborales propiamente dichas como previo a la referencia al nuevo programa de fomento del empleo vigente en España.

La norma general en materia tributaria establece que tanto los particulares que residan en territorio portugués, como los no residan pero obtengan rendimientos en él, están sujetos al impuesto luso sobre el rendimiento de las personas singulares (IRS).

---

[79] EUROSTAT.

[80] www.adecco.com

[81] Entienden que simplemente el empleador deberá ejercer de buena fe y sin uso de la facultad de alteración unilateral del horario de trabajo.

[82] El código de trabajo portugués consagra una obligación del empleador que parece representar un caso de eficacia postcontractual: cuando finaliza el contrato de trabajo el empleador está obligado a entregar al trabajador un documento de trabajo que deberá indicar las fechas de ingreso y salida del trabajador y el puesto/s que desempeñó.

[83] En 2003 el censo de trabajadores transfronterizos se elevaba a 1629 portugueses trabajando en Galicia. En el Eje Norte de Portugal - Galicia de la Red Eures hay un total de 1621 trabajadores portugueses trabajando en Galicia en su mayoría empleados en el comercio, la hostelería, la industria transformadora, extractiva, astilleros, y construcción civil. En todo caso, es preciso diferenciar los dos subejes en que se divide el Eje Galicia - Norte de Portugal:

— El eje Valença/ Tui en el que trabajan 2.970 trabadores gallegos en tierras portuguesas, en su mayoría médicos, enfermeros y técnicos de salud, industria transformadora, construcción civil, comercio, restauración, bancos e instituciones financieras.

— El eje Chaves/ Verín en el que trabajan 360 personas en su mayoría médicos, enfermeros, construcción civil, industria transformadora y comercio.

A estos efectos, se considera residentes en Portugal a aquellos trabajadores en los que concurran las siguientes circunstancias: a) permanecer en territorio portugués más de 183 días al año o permanecer por un tiempo inferior disponiendo de una vivienda que implique la intención de mantenerla y ocuparla como residencia habitual; b) constituir un núcleo familiar con residencia en Portugal [84] —por residir en Portugal cualquiera de las personas que lo componen).

Esto es, los rendimientos obtenidos por motivo de un trabajo desarrollado en España por un trabajador fronterizo portugués —con vivienda habitual en Portugal a la que regresa diariamente— sólo puede ser sometidos a imposición en el Estado de residencia[85]. Por tanto, el trabajador ni tributa en origen por los salarios percibidos [86], ni está sujeto a retenciones, y ello porque, como se viene diciendo, su declaración impositiva será en su país de residencia y por la totalidad de las remuneraciones obtenidas. No obstante, estas normas serán de aplicación siempre que el trabajador transfronterizo acredite su residencia fiscal en Portugal a través de una certificación de residencia fiscal emitida por la Dirección General de Impuestos[87].

En Seguridad Social es preciso destacar la norma básica según la cual los derechos y deberes de empresas y trabajadores por cuenta propia o ajena, se rigen siempre por la legislación del Estado de ejercicio de la actividad.

Así pues, el importe de las prestaciones de seguridad social de los trabajadores transfronterizos con empleo en España será para la incapacidad temporal o riesgo durante el embarazo un tanto por ciento de la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en la Ley general de Seguridad Social [88] y en los reglamentos para su desarrollo, para la baja por maternidad del 100% de la base reguladora correspondiente, para la pensión de incapacidad permanente [89] dependerá de si es parcial para la profesión habitual —en cuyo caso consistirá en una cantidad a tanto alzado— o si es la total o absoluta en cuyo caso será una pensión vitalicia cuya base reguladora es el cociente de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a la producción del hecho causante. Además,

---

[84] En el caso del núcleo o agregado familiar , el impuesto tributa por el conjunto de las personas que lo constituyen.

[85] Con la aplicación del archi-referido Convenio entre Portugal y España paraa evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre el rendimiento (CDI).

[86] Que ordinariamente tributan a la renta en el estado en el que se trabaja.

[87] Que puede solicitarse en cualquier servicio de finanzas.

[88] Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

[89] Según la Tesorería General de la Seguridad Social, en 2006 su importe medio ascendió a 729,56 /brutos con 12 pagas/año.

disfrutará de un favor familiar cuyo importe medio en 2006 ha ascendido a 327,70 euros, de una jubilación media de 720,01 euros, de una viudedad de 475,88 y de una orfandad de 284,87 euros mensuales brutos [90].

Finalmente, en este campo es preciso destacar algunas situaciones por excepcionales, destacando en primer lugar la referencia al desempleo, ya que si el trabajador inicialmente transfronterizo durante la situación de desempleo cambia su residencia al Estado del último empleo —en el presente supuesto Galicia— éste volvería a ser responsable del pago de la prestación[91]. Y es que, este supuesto concreto supone una excepción a la norma general por cuanto la entidad pagadora de la prestación no es la dependiente del Estado del lugar de la última ocupación sino la de residencia del desempleado[92]. Además, respecto de las prestaciones en especie por enfermedad o maternidad hay que afirmar que cuando el Estado de prestación de servicios sea España, la persona asegurada que aquí se encuentre podrá recibir asistencia sanitaria como si aquí residiese, pero no así sus familiares[93], para quienes rige la regla general de estancia fuera del Estado miembro competente: sólo tienen derecho a las prestaciones en especie necesarias desde el punto de vista médico durante su estancia en España.

Ya en último lugar, en materia laboral, destaca en primer lugar el hecho de que cualquier europeo mayor de 16 años puede ejercer en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, sin necesidad de presentar el permiso de trabajo y residencia que se le exige al resto de extranjeros. En segundo lugar, hay que referirse a la prácticamente plena coincidencia con todas las normas enumeradas en el apartado anterior[94], con una salvedad clara, y es que el ordenamiento español considera tanto la jornada de trabajo como el horario y el régimen de trabajo a turnos en caso de ser modificados constituirán modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y como tal son susceptibles de acuerdo empresario-trabajador.

---

[90] Todas ellas calculadas para doce mensualidades en una anualidad y obtenidos de las bases de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social.

[91] Se han suscitado importantes dudas en torno a la diferencia entre el desempleo total o parcial. Los transfronterizos en caso del parcial siguen ligados al Estado de empleo, mientras que si es total se someten al de residencia.

[92] Además, el Estado de residencia sigue siendo responsable del abono de la prestación del fronterizo desplazado a un tercer Estado para procurar un nuevo empleo.

[93] Los familiares de los residentes en Portugal asegurados en España sólo reciben en esta asistencia sanitaria como residentes de otro Estado de la UE que tienen una estancia puntual en España.

[94] Si bien la duración máxima de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, ésta nunca podrá superar las cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Además, las horas extraordinarias —realizadas sobre la duración máxima de la jornada ordinaria no podrán superar las ochenta en cómputo anual. Asismismo, coinciden la práctica totalidad de las causas de extinción de una relación laboral vigente.

A nivel retributivo caben destacar dos cifras: el salario mínimo interprofesional español que el pasado año ascendió a 631 euros [95] y la retribución media del trabajador español que en 2005 fue de 1922 euros [96] / brutos para doce mensualidades.

Respecto del programa de fomento del empleo propugnado por el Real Decreto Ley 5/2006 [97] para la mejora del crecimiento y del empleo cabe destacar la existencia de ayudas a colectivos de mujeres, jóvenes varones, mayores de 45 años, discapacitados, víctimas de violencia de género o doméstica, parados de al menos seis meses, trabajadores en situación de exclusión social, y trabajadores en formación, de relevo y sustitución por jubilación. Estas ayudas se dirigen fundamentalmente a la consecución del mayor número de contratos indefinidos posible, por lo que son bonificaciones anuales a deducir por su importe mensual, en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social. No obstante, estas bonificaciones se completan con otras para el mantenimiento del empleo y para supuestos excepcionales de contratación temporal, así como con un plan extraordinario para la conversión de temporal en fijo.

VI. CONCLUSIÓN. LA MEJOR ELECCIÓN. RAZONES

Si además de todas las condiciones anteriormente enumeradas se consideran otras circunstancias como el precio medio de la vivienda en ambos países (mientras en la capital de España el precio medio del m2 de vivienda no protegida se situaba en 2004 en 2.730 euros, en el área metropolitana de Lisboa su precio rondada los 950 euros/m2), parece evidente que una situación transfronteriza de residencia en Portugal y trabajo en España, donde el salario mínimo interprofesional y el salario medio —como se pudo comprobar en anteriores apartados— son muy superiores, es claramente favorable. Sin embargo, los superiores índices de paro existentes en el reino de España [98] son causa importante de que el flujo de transfronterizos vaya en muchas ocasiones en sentido contrario.

En todo caso, y al margen de la mejor elección, parece claro que el simple hecho de residir en una región fronteriza como la de Galicia - Norte de Portugal es una clara ventaja competitiva que tienen sus habitantes trabajadores y demandantes de empleo respecto de los que las regiones del interior. Así pues, éstos además de verse favorecidos por iniciativas tales como el proyecto FORIET [99] —por las que por el simple hecho de es-

[95] EUROSTAT
[96] ADECCO
[97] De 9 de junio.
[98] www.mtas.es: ronda los 1800 miles de personas en edad de trabajar . Mientras que en Portugal, la tasa de paro para el mismo año se situaba en el mismo año en 204 miles de personas.
[99] Formación para el impulso del empleo transfronterizo.

tar inscrito como demandante de empleo en Galicia o Portugal, se pueden beneficiar de numerosos cursos de formación tanto presenciales como e-learning, de la realización de prácticas en empresas o de becas de formación y otras ayudas—, la Fundación Galicia Europa —creada para promover todas aquellas acciones que propicien la cercanía entre Galicia y Europa, realiza numerosas actividades y oferta becas y cursos así como enlaces de interés a través de su web—, la Comunidad de Trabajo de la Eurorregión Galicia - Norte de Portugal, el Servicio Eures transfronterizo de dicha región, o el Eje Atlántico —asociación transfronteriza integrada por las dieciocho principales ciudades del norte de Portugal y Galicia, que tiene como finalidad principal el desarrollo económico, social, cultural, tecnológico y científico de las ciudades y regiones que lo conforman, así como promover la cohesión en todos los aspectos socioeconómicos y culturales mediante la vertebración de un territorio común—, tienen fácil acceso a ambos mercados de trabajo sin penalización fiscal[100] alguna por optar en un mismo ejercicio a trabajar en ambos estados.

Y un último apunte respecto de las empresas: en la línea de tendencia se asiste a un incremento de las industrias portuguesas que se instalan en Galicia, así como a un aumento de los trabajadores gallegos que se emplean en la zona portuguesa de la región transfronteriza. Además, el periodo de percepción de la prestación de desempleo por cuenta de la institución de su Estado de residencia tiene que tenerse en cuenta a los efectos de la pensión de jubilación.

[100] Recuérdese el Convenio de Madrid firmado en octubre de 1993 a fin de evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre los rendimientos del trabajo.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LAS EMPRESAS DE INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO LABORAL MARÍTIMO Y EL CONVENIO REFUNDIDO DE LA OIT SOBRE EL TRABAJO MARÍTIMO DE 2006

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES DEL MAR. 1. Las agencias consignatarias de buques. 2. Las agencias de administración de la tripulación o agencias de embarque.—III. EL CONVENIO REFUNDIDO SOBRE EL TRABAJO MARÍTIMO DE 2006 Y LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN.—IV. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES LABORALES DE LA MANO DE LA AMPLITUD DE LA DEFINICIÓN DE «ARMADOR» CONTENIDA EN EL CONVENIO REFUNDIDO SOBRE TRABAJO MARÍTIMO DE 2006.—V. LA AMPLITUD DE LA NOCIÓN DE «ARMADOR» UTILIZADA EN EL CONVENIO REFUNDIDO FAVORECEDORA DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL A LOS INTERMEDIARIOS EN LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES DEL MAR: PERSPECTIVA ESPAÑOLA.—VI. RESPONSABILIDADES DE LOS ESTADOS EN RELACIÓN CON EL SUMINISTRO DE MANO DE OBRA. 1. Las responsabilidades en relación con el suministro de mano de obra: la regla 5.3. 2. El control de las disposiciones sobre contratación y colocación por el Estado del puerto.

I. INTRODUCCIÓN

La calificación como empresario marítimo a los sujetos que actúan como intermediarios en la contratación de la gente de mar se convierte en una cuestión problemática, no en vano es muy frecuente —en la práctica de esta industria— la interposición en la figura del empresario, esto es, el recurso a sujetos que intervienen en la celebración del contrato de trabajo, no siendo éstos los sujetos receptores de los servicios que prestan los trabajadores del mar. Esto es, es muy habitual encontrar en la industria marítima intermediarios especializados en la contratación de trabajadores del mar que posteriormente desempeñaran su labor a bordo de un buque explotado por un sujeto distinto a aquél que ha contratado formalmente los servicios, e incluso diferente al de aquél que posee la titularidad dominical sobre el bien mueble. Estas prácticas tienen por objeto no sólo agilizar y mejorar la contratación, sino sobre todo vulnerar los derechos de los trabajadores, al tratar de desviar conscientemente la responsabilidad derivada de la asunción de la condición de empresario al sujeto interpuesto, que en muchas ocasiones no es sino un empresario ficticio sin medios para hacer frente a las posibles reclamaciones que la gente del mar pudieran realizar [1].

Descrita esta realidad a grandes rasgos, se ha de señalar que la Organización Internacional del Trabajo no ha obviado en ningún momento la existencia de estas agencias de colocación en la industria marítima; no en vano entre sus primeras acciones normativas se encuentra la aprobación del Convenio núm. 9 de 1920 sobre la colocación de la gente de mar [2], después recogido en el Convenio 179 de 1996. Pues bien, desde aquel momento hasta la actualidad, la OIT no ha cesado en su preocupación por la existencia de estas actividades de intermediación en la figura del empresario, cuya última aportación puede encontrarse sin demasiadas di-

---

[1] En el mismo sentido, en varias ocasiones, véase MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *La dimensión laboral del empresario marítimo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2002.

[2] Ratificado por España el 23 de febrero de 1931.

ficultades en el Convenio refundido sobre el trabajo marítimo de 2006, donde ha procedido a modificar sensiblemente la noción de «armador», posibilitando bajo su acepción la calificación de esos intermediarios como verdaderos empresarios marítimos; lo que a efectos laborales permitiría, en función de las distintas legislaciones socio-laborales internas de los Estados parte, la imputación de responsabilidades solidarias y subsidiarias en materia salarial y de seguridad social en función de cada institución jurídica aplicable a cada caso. Asimismo, y por su parte, con la finalidad de proteger a la gente de mar, el último instrumento convencional adoptado por esta institución ha introducido en el Título V una regla, la 5.3, que introduce la responsabilidad de los Estados parte de velar por la aplicación del contenido del citado Convenio relativas a la operación y las prácticas de los servicios de contratación y colocación de la gente de mar establecidos en su territorio mediante un sistema de inspección y procedimientos judiciales por infracciones en materias de licencias y de otros requisitos operacionales recogidos en la actual regla I.4. Junto a esta responsabilidad del Estado suministrador de mano de obra donde radique la agencia de colocación, se ha de señalar que tanto el Estado del pabellón, como el del puerto, tienen obligaciones sobre la materia.

2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES DEL MAR

Al hilo de esta cuestión, no cabe por menos que hacer hincapié en el *modus operandi* empleado para la contratación de trabajadores del mar [3], perfeccionado gracias a las posibilidades que otor gan los registros abiertos. Al estudio de esta realidad se han dirigido distintos trabajos doctrinales que han centrado parte o la totalidad del mismo al análisis de las entidades que actúan como intermediarias en el ámbito de la contratación de la tripulación en el ámbito marítimo y su calificación como empresario desde la perspectiva jurídico laboral [4], distinguiendo entre aquéllas a

[3] McCuskey, W. S.: «Registers and manning: How some compare», en AA. VV.: Which register, which flag…now?», Lloyd's ship manager, shipping news international, Lloyd's of London Press, inc. Essex House, New York, October 19-20, 1988. Asimismo, Laguna Ibañez, F.: *A propósito del contrato de enrolamiento*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1960, p. 20. Alonso Barcón, A.: La *condición obrera de los marinos mercantes*. *Aspectos sociológicos del trabajo en el mar,* Akal editorial, Madrid, 1978, pp. 192 y ss.

[4] Bornaechea Fernández, J. I.: «Contrato de embarco entre trabajador español y armador extranjero, interviniendo consignataria española. Informe sobre la naturaleza jurídica y la legislación aplicable al contrato», *Relaciones Laborales* 1985-II, pp. 805-815. Ruiz Soroa, J. M.: «Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y el derecho marítimo y laboral español» *Anuario Derecho Marítimo* vol. IV, 1986, pp. 71 y ss. De manera confusa, Górriz López, C.: «Análisis comparativo entre los Acuerdos-tipo *Shipman* para la gestión de buques, *Crewman*, para la gestión de la tripulación», *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XV, 1998, pp. 421-451. Más recientemente y dedicando un capítulo completo a esta cuestión, Meléndez Morillo-Velarde, L.: La dimensión laboral del empresario…, *op. cit*. pp. 237-271.

las agencias consignatarias de buques [5] por un lado y a las agencias de administración laboral o *manning agencies*, por otro.

1. Las agencias consignatarias de buques

Las agencias consignatarias de buques son entidades que en algunos casos actúan como intermediarias en la contratación de la gente de mar . Son personas físicas o jurídicas que actúan en nombre y por cuenta del naviero —gestor o fletador— que se dedican a asistir a aquél en todos los actos jurídicos necesarios —de carácter administrativo, técnico y comercial—, así como materiales para el despacho del buque en los puertos en los que haga escala [6]. En principio, entre las funciones que el consignatario de buques tiene encomendada puede estar la de la selección y contratación de tripulación, aún cuando al mismo tiempo no suele ser frecuente que en las escrituras de constitución de dichas sociedades se haga referencia alguna a estas actividades. A pesar de ello, la contratación y selección del personal que posteriormente entrara a prestar servicios en el ámbito de la or ganización del naviero o del gestor del buque es una práctica extendida por las consignatarias de buques.

2. Las agencias de administración de la tripulación o agencias de embarque

Por su parte, junto con las agencias consignatarias de buques han surgido las denominadas agencias de administración de la tripulación o agencias de embarque. Se trata de entidades que actúan como intermediarios en la contratación dentro de la industria naviera y muy particularmente en el ámbito de los registros abiertos. Ciertamente, en este contexto se han conformado auténticas redes mundiales que ponen en contacto a los armadores o gestores de buques con la tripulación que finalmente prestara servicios en las naves que explotan. Estas entidades conciertan un contrato de administración laboral o *manning agreement* [7] a través del cual el manager-gestor se compromete con el empresario naviero a gestionar la tripulación a cambio de una remuneración. La diferencia de estas empresas de *manning agreement* con las anteriores consignatarias

---

[5] Sobre este aspecto concreto, O RIONE, M.: «Brevi osservazioni sull'arruolamento di marittimi per il tramite dell'agente raccomandatario», *Il Diritto Marittimo*, 1995-II, pp. 159-160.

[6] GABALDÓN GARCÍA, J. L. y R UIZ SOROA, J. M.: *Manual de Derecho de la Navegación marítima*, Marcial Pons ed, 2002, p. 379. R UIZ SOROA, J. M.: *Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero, personal auxiliar*, Escuela de Administración Marítima, IVAP, Oñati, 1990, pp. 123-124.

[7] Sobre las agencias que actúan como intermediarias en la contratación de trabajadores del mar, MARTÍN OSANTE, J. M.: *La responsabilidad civil del naviero por abordaje*, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2001, p. 235-236.

estribaría, al menos teóricamente, en que las primeras sí asumirían expresa y formalmente la selección de personal.

Como cabe imaginar, la evolución de la industria marítima ha dado origen a un mayor refinamiento en el nivel de prestaciones de estas agencias, como lo demuestra el empleo por ambas de *acuerdos-tipo* para concertar sus servicios (actividad suficientemente contrastada desde inicios del siglo XX y proscrita por la OIT desde los inicios de la andadura de la Conferencia marítima en el seno de esta or ganización [8]). En concreto hablamos de dos acuerdos-tipo, creados por la Conferencia Marítima Internacional y del Báltico (BIMCO) en 1988 y 1994, respectivamente [9], se trata de los acuerdos *Shipman* y *Crewman*.

El primero de estos acuerdos (*Shipman*), tiene por objeto la administración del buque, esto es, el gestor dispone de un poder general para llevar a cabo la gestión náutica de la nave, recursos humanos incluidos, mientras que el segundo (*Crewman*), más específico, se limita a gestionar la tripulación. Ahora bien, a la mera selección de personal ambos acuerdos añaden obligaciones complementarias, como las de ocuparse del traslado, entrenamiento, supervisión, remuneración y aseguramiento de las tripulaciones, entre otras obligaciones (cláusula 3 acuerdo *Shipman*[10]). Más detallado resulta el acuerdo *Crewman* (específicamente indicado para la administración de la tripulación); su cláusula 3.ª describe las obligaciones que adquiere el gestor con los trabajadores del mar. Alude a la necesidad de que los miembros de la tripulación hayan pasado un examen médico, cumplan los requisitos de la legislación del pabellón relativo a la formación y cualificación exigida y estén instruidos para cumplir con las órdenes del naviero (se exige asimismo que tengan el nivel de inglés suficiente para ejecutar la prestación de servicios). A su vez y en lo que se constituye como la cualidad más relevante de estos acuerdos *Crewman*, sus cláusulas desplazan expresamente al gestor la obligación de cumplimentar los requisitos tarifarios y de Seguridad social, así como de hacer constar en los contratos de trabajo su condición de empleador [11].

Como fácilmente puede deducirse de lo anterior , el acuerdo-tipo más utilizado por los operadores marítimos es el acuerdo *Crewman*, creado precisamente para adaptarse a las necesidades impuestas por una industria obsesionada en aminorar sus gastos de explotación. Gracias a los *Crewman*,

---

[8] Convenio núm. 9 de la OIT , relativo a la colocación de la gente de mar . Ratificado por España el 31 de febrero de 1931 (Gaceta de Madrid de 1 1 de marzo de 1931).

[9] GÓRRIZ LÓPEZ, C.: «Análisis comparativo entre los Acuerdos-tipo *Shipman* para la gestión de buques, *Crewman*...», *loc. cit*. p. 422.

[10] GÓRRIZ LÓPEZ, C.: «Análisis comparativo entre los Acuerdos-tipo *Shipman* para la gestión de buques, *Crewman*...», *loc. cit*. p. 433.

[11] GÓRRIZ LÓPEZ, C.: «Análisis comparativo entre los Acuerdos-tipo *Shipman* para la gestión de buques, *Crewman*...», *loc. cit*. p. 435.

los armadores *externalizan* los problemas sustantivos y burocráticos que presentan la selección y contratación de trabajadores, pudiendo así centrar sus atenciones en las cuestiones meramente comerciales. No obstante, a la anterior ventaja se le añade en la mayoría de los casos la de poder eludir las responsabilidades en materia laboral y de seguridad social, gracias al apoyo que prestan ordenamientos laborales no preocupados por los efectos secundarios que habitualmente causa la técnica de la externalización.

El principal problema que se detecta del recurso a este tipo de fórmulas es el de determinar la sede del establecimiento contratante, ya que el país donde estas agencias sitúen su domicilio podría determinar la legislación aplicable a los contratos laborales por aquéllas concertados —según lo dispuesto en el artículo 6.2.b) CR [12]—. No obstante, la anterior regla sólo juega para los tribunales de los países que se hayan adherido a aquel Convenio, decididos a garantizar la aplicación de legislaciones laborales protectoras; por lo que el recurso a mecanismos de tipo sustantivo como los establecidos en el Convenio consolidado de la OIT de 2006 puede proporcionar otras vías de protección a los trabajadores del mar añadidas a las anteriores, a las que dedicamos el presente trabajo. Sin embargo, y en este estadio simplemente descriptivo de la realidad donde se inserta la relación jurídica entre naviero y/o operador marítimo y los trabajadores del mar , lo cierto es que las agencias de embarque desprecian instalarse en Estados desarrollados, manifestando una indisimulada preferencia por los países en vías de desarrollo, a la búsqueda de costes inferiores de mano de obra. A todo lo anterior se añade el que, en algunos casos, estas agencias ni siquiera se molestan en adoptar una forma jurídica concreta, manifestándose a través de simples oficinas situadas en alguno de los puertos más concurridos del mundo.

En consecuencia, se puede afirmar que la intervención de estas agencias de contratación abunda en las estrategias elusivas adoptadas en la industria marítima, dada su capacidad para evitar la aplicación de normativa laboral que podría reputarlas como empresarias y consiguientemente imputarles —junto al operador que hace suyos los frutos del trabajo de la gente de mar y prestan servicios bajo su dependencia— las obligaciones nacidas de la relación laboral.

III. EL CONVENIO REFUNDIDO SOBRE EL TRABAJO MARÍTIMO DE 2006 Y LAS AGENCIAS DE COLOCACIÓN

Como hemos anunciado, en la actualidad uno de los problemas más interesantes dentro del campo de la contratación en el ámbito marítimo

[12] Disposición que determina que los contratos de trabajo plurilocalizados se regirán —en ausencia de elección y cuando no se desempeñen con carácter habitual en un único Estado— por la ley del país donde se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador .

se encuentra en la existencia de agencias de colocación que actúan como intermediarias en la relación laboral. Ya se ha avanzado que estas agencias de embarque no realizan una mediación o representación aislada, sino que se dedican de manera profesional, or ganizada y sistemática a la captación de la gente de mar y a la formalización de sus contratos de embarque[13]. Estas agencias de *management* del personal dedicadas a la contratación de tripulación para embarcar en buques con registros abiertos suelen establecerse en países dotados de legislaciones sociolaborales convenientes al explotador del buque. En no pocas ocasiones será materialmente imposible controlar su actividad, tal y como sucede cuando reclutan al personal de forma directa en los puertos de mayor tráfico (a veces a bordo del propio buque). Quienes contratan sus servicios fijan su sede legal en un país dotado de registro abierto. En este enclave localizan oficialmente su *management* comercial, distinto del *management* técnico de la nave, desde el que se contrata a la tripulación. Incluso, a menudo, tal juego es aún más complejo, por vía de relación de tales *managements* a sociedades distintas pertenecientes al mismo grupo armador o a grupos diferentes de participación cruzada.

La problemática derivada de la existencia de agencias de colocación en el ámbito marítimo es abordada en el Convenio refundido con carácter preliminar en el artículo II, párrafo 1.h) relativo a las definiciones. En tal sentido, se entiende que la expresión *servicio de contratación y colocación de la gente de mar designa a toda persona, empresa, institución, agencia u otra organización, del sector público o privado, cuya actividad consiste en contratar gente de mar por cuenta de los armadores o en proporcionar gente de mar a los armadores*[14]. Partiendo de ésta noción, la regla 1.4 se limita simplemente a establecer que los Miembros ratificantes reglamenten esos servicios en el caso de que operen en su territorio. Los pormenores, especificados en la norma A1.4 o recomendados en la pauta B1.4, proceden principalmente de los textos del Convenio sobre la contratación y la colocación de la gente de mar , 1996 (núm. 179) [15] y de la Recomendación conexa —núm. 186 sobre la misma cuestión—.

Por lo que se refiere al precepto sobre la materia del proyecto recomendado de Convenio refundido de 2004, se ha señalar que éste fue formulado para responder a las preocupaciones de algunos gobiernos acerca de la necesidad de garantizar que se establezca una distinción entre los servicios públicos y privados a los efectos de sancionar debidamente a estos últimos cuando actúan con fines lucrativos, esto es, cuando co-

[13] Ruiz Soroa, J. M. y Díaz Sánchez, J.: «Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y el derecho marítimo y laboral español» *Anuario Derecho Marítimo* vol. IV, 1986, pp. 91-155.

[14] Convenio núm. 179, Artículo 1/1*b)*, modificado.

[15] Adoptado el 22 de octubre de 1996. Fecha de entrada en vigor: 22 de abril de 2000. España no ha ratificado por el momento el Convenio núm. 179.

bran una determinada cantidad por ejercer la función de mediación en el mercado de trabajo; cuestión ésta taxativamente prohibida por los Convenios de la OIT aplicables sobre la materia [16]. No obstante, la actual regla 1.4 del Convenio Refundido sobre el Trabajo Marítimo de 2006 ha hecho desaparecer de su dicción la prohibición taxativa estipulada en el año 2004, según la cual « *la colocación de la gente de mar fuera objeto de un comercio ejercido con fines lucrativos*», sustituyendo esta mención por la dispuesta en el apartado 4. b) de la norma A.1.4, que establece que los Estados miembros deben establecer en su legislación una prohibición (como mínimo) de facturación a la gente de mar , directa o indirectamente y en su totalidad y en parte, los honorarios u otros emolumentos por concepto de contratación, colocación u obtención de un empleo, salvo los costos correspondientes a la obtención del certificado médico nacional obligatorio, de la libreta nacional de servicio y de un pasaporte o de otros documentos personales de viaje similares.

Dejando a un lado la singular diferencia —dadas las excepciones que la norma establece— que podemos encontrar entre la versión de convenio proyectada en 2004 (que sigue la orientación tradicional seguida por la OIT) y la consolidada de 2006 (menos taxativa y consciente de la existencia de agencias de administración de la tripulación a nivel mundial) [17], puede decirse que el contenido del Convenio refundido consolidado va dirigido a establecer los requisitos de certificados o licencias que cada Estado miembro debe exigir y expedir a las agencias de colocación —sobre todo privadas— para operar en su territorio, así como la posibilidad de control de estas agencias por el Estado del puerto al incluir en el sistema de certificación este extremo. Como es visible, el Convenio refundido sólo ha manifestado, aparentemente, un interés en regular la actividad de estas agencias cuando desarrollan funciones de mediación en el mercado de trabajo, esto es, únicamente cuando de aquéllas pueda determinarse su condición de agencias de colocación, sean públicas o privadas; excluyendo cualquier tipo de mención a los problemas que plantea la caracterización de estas agencias como verdaderas empresarias. En efecto, teniendo en cuenta, tal y como

---

[16] Ciertamente, la normativa de la OIT sobre esta cuestión se ha mantenido incólume desde sus orígenes, siendo su única variación el reconocimiento de la actividad de agencias privadas de colocación en el ámbito marítimo a partir del Convenio núm. 179 de 1996 sobre contratación y colocación de la gente de mar . Asimismo, debemos puntualizar las palabras de la Profesora M ELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., cuando sostiene [en *La dimensión laboral del empresario marítimo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2002, p. 244.] que el Convenio núm. 9 de 1920 relativo a esta materia prohibía en todo caso la mediación previa a la contratación del marino a cambio de una retribución o cuota por sus servicios, no en vano el artículo 3 del Convenio permitía excepcionar lo establecido en el artículo 2 —que se refiere a dicha prohibición— cuando el comercio de la colocación fuera temporal, si bien bajo el control de las autoridades competentes.

[17] En el mismo sentido, R UIZ SOROA, J. M.: «Las cuestiones laborales en el anteproyecto de ley general de la navegación marítima» en VV. AA.: *Cuestiones actuales de Derecho laboral marítimo*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006, p. 107.

hemos señalado, que estas agencias no se limitan en su actividad a poner en contacto a empresario y trabajadores, es posible que en más de una ocasión pueda reputarse a aquéllas como empleadoras; asumiendo las responsabilidades correspondientes para con los trabajadores que hubieran suministrado a un empresario marítimo.

IV. LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES LABORALES DE LA MANO DE LA AMPLITUD DE LA DEFINICIÓN DE «ARMADOR» CONTENIDA EN EL CONVENIO REFUNDIDO SOBRE TRABAJO MARÍTIMO DE 2006

A pesar de lo anterior, no cabe sino constatar que el alcance que presenta la definición de «armador» regulado en el artículo II, apartado 1.j) es lo suficientemente amplio como para poder subsumir la actividad de estas agencias bajo alguna de las modalidades de interposición en la figura del empresario que en nuestro derecho interno aparecen reguladas en los artículos 42, 43 y 44 del ET [18]. En este sentido, la definición de «*armador*», que figura en el apartado 1.j) del artículo II del Convenio refundido, está basada en la definición contenida en el Convenio núm. 179 sobre la contratación y la colocación de la gente de mar de 1996. A estos efectos, el término armador « *designa al propietario de un buque o a cualquier otra organización o persona, como puede ser el administrador, el agente o el fletador a casco desnudo, que a efectos de la explotación del buque ha asumido la responsabilidad que incumbe al propietario o a otra organización o persona y que, al hacerlo, ha aceptado hacerse cargo de todos los deberes y las responsabilidades que incumben a los armadores de conformidad con el presente Convenio*».

La definición de armador establecida en el Convenio refundido es similar a otras nociones utilizadas por otros organismos internacionales. Así, la Organización Marítima Internacional ha venido utilizando el término «*compañía*[19]» en un sentido similar al establecido por la OIT en el Convenio refundido sobre normas marítimas. Esta noción extraída del artículo 1.1.c) del Convenio núm. 179 es enormemente positiva, ya que con ésta la OIT pretende el establecimiento de una regulación sustantiva internacional que permita imputar la consideración de empleador a cualquier persona física o jurídica que intervenga en la contratación de la gente de mar. La adopción de esta definición está muy probablemente condicionada por los graves problemas que se derivan de la existencia de agencias dedicadas a la intermediación en la figura del empresario en la industria marítima a las que hemos hecho referencia anteriormente. De este modo, la in-

[18] Cuestión ésta analizada por MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: en *La dimensión laboral del empresario marítimo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2002, pp. 237-276.

[19] Concretamente en el Convenio SOLAS para la seguridad humana en el mar de 1974.

troducción de esta definición general y uniforme puede considerarse como un avance muy favorable en la protección de los trabajadores de este sector, no sólo a los efectos del control de la actividad de estas agencias, sino cuando realmente actúan como empresarias a efectos laborales.

V. LA AMPLITUD DE LA NOCIÓN DE «ARMADOR» UTILIZADA EN EL CONVENIO REFUNDIDO FAVORECEDORA DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL A LOS INTERMEDIARIOS EN LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES DEL MAR: PERSPECTIVA ESPAÑOLA

Por lo que se refiere a la práctica desarrollada en España en relación con esta cuestión, lo habitual ha sido la de calificar a la actividad desplegada por estas agencias como ilegal, imputando a éstas la condición de verdaderas empresarias, contrayendo de este modo una responsabilidad solidaria con las armadoras extranjeras. No obstante, ha sido necesario que la agencia de contratación tuviera su domicilio social en nuestro país, hecho que hoy día parece improbable, ya que la mano de obra española —si bien en otro tiempo más barata que la procedente de otros Estados— se ha encarecido enormemente, por lo que los armadores y gestores de naves acuden al mercado extracomunitario a la búsqueda de mano de obra.

Por esta razón, cabe preguntarse, si en realidad la agencia y la naviera no están sino unidas en torno a un verdadero grupo empresarial [20]; supuesto éste que también cabría introducir bajo la noción de «armador» del artículo II[21]. En efecto, una de las soluciones a este conflicto puede pasar por reconocer en esos supuestos la existencia de varias sociedades, formalmente distintas pero en realidad agrupadas en torno a una misma unidad operativa[22].

---

[20] En este sentido, CHAUMETTE, P.: quien aborda esta problemática señalando que « *S'il apparaît que les sociétés propriétaires des navires, gestionnaires commerciales des navires, gestionnaires des équipages sont imbriquées, quant à la composition de leur capital, quant aux dirigeants et manageurs, quant aux statuts ou avantages conventionnels du personnel sédentaire, il se peut qu'elles constituent un groupe de sociétés ou mieux encore une unité économique et sociale, c'est-à-dire une entreprise unique au delà des découpages obtenus par l'utilisation du droit des sociétés*», en «Le marin à la recherche de son employeur», *Il Diritto marittimo*, 1993, p. 164.

[21] El término *armador* designa al propietario de un buque o a cualquier otra or ganización o persona, como puede ser el administrador , el agente o el fletador a casco desnudo, que a efectos de la explotación del buque ha asumido la responsabilidad que incumbe al propietario o a otra or ganización o persona y que, al hacerlo, ha aceptado hacerse car go de todos los deberes y las responsabilidades que incumben a los armadores de conformidad con el presente Convenio. (C.179A1/1*c)*, modificado, Código IGS modificado, regla 1, párrafo 2).

[22] PALAO MORENO, G.: *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Tirant lo Blanch editorial, Valencia, 2000.

El problema principal ante el que nos encontramos es el de confirmar la existencia real de dicha unidad empresarial. La dificultad se encuentra en probar distintas notas o caracteres que en el caso del Derecho español han sido establecidas por la doctrina jurisprudencial. De este modo, los elementos técnico-jurídicos que demuestren la existencia de un grupo, y en nuestro caso de un grupo armador o compañía naviera serían las siguientes si nos atenemos a lo dispuesto por la jurisprudencia española: el funcionamiento integrado o unitario de las or ganizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, en favor de los empresarios; la búsqueda, mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin substrato real, de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y , en fin, la existencia de una relación vertical de dominación y un sistema de gobierno unitario, en un conjunto formado con una evidente vinculación, tanto económica como personal [23].

En fin, éstas serían —actualmente— las vías que el ordenamiento jurídico español establece para poder imputar las responsabilidades laborales y de seguridad social que correspondan en los supuestos de intermediación en la figura del empresario, así como en el caso de grupos de empresa. Por esta razón, hemos de celebrar —por un lado— la decisión de la organización internacional del trabajo por incluir una definición no restrictiva de «armador», ya que ello puede permitir —de acuerdo a las normas internas de cada Estado— subsumir bajo aquélla muchas de las manifestaciones organizativas de los armadores orientadas a eludir las responsabilidades laborales y de seguridad social, lo que desde la perspectiva española propiciaría —en el caso de que la matriz del grupo naviero se encontrara en España— la posibilidad de imputar todo el haz de responsabilidades socio-laborales contenidos en nuestro derecho interno.

Asimismo, en segundo lugar , no cabe sino alabar a los redactores del proyecto de ley general de la navegación marítima, ya que en el texto que hoy día se encuentra en trámite parlamentario se ha incorporado una disposición por la cual «*los agentes o representantes de navieros extranjeros que contraten en España a marinos nacionales para prestar servicios en buques extranjeros serán* responsables solidarios *junto con tal naviero del cumplimiento del contrato celebrado*». De esta forma, en los supuestos de intermediación en la contratación que estamos tratando y evitando la calificación jurídica de tales actividades, se podrá (siempre y cuando la norma se apruebe en algún momento) imputar responsabilidades tanto a las agencias de embarque como al naviero, haciendo desaparecer de esta manera los problemas que planteaba el silencio del legislador sobre este extremo [24].

---

[23] SSTS (Soc.) de 1 1-10-1990, F.J. 7.º (RA. 7544), y 1 1-12-1985, F.J. 2.º (RA. 6094).

[24] En este sentido, Ruiz Soroa, J. M.: «Las cuestiones laborales en el anteproyecto de ley general de la navegación marítima» en VV. AA.: *Cuestiones actuales…, op. cit*. pp. 107-108.

VI. RESPONSABILIDADES DE LOS ESTADOS EN RELACIÓN CON EL SUMINISTRO DE MANO DE OBRA

Para finalizar con este breve comentario a los avances que, a mi juicio, ha introducido el Convenio refundido sobreTrabajo marítimo de 2006 en relación con la problemática de intermediación en la figura del empresario marítimo, no cabe sino hacer referencia al establecimiento de responsabilidades en relación con el suministro de mano de obra a Estados distintos al de abanderamiento del buque. En este sentido, no cabe por menos que comenzar haciendo referencia a la regla específica contenida en el Convenio —regla 5.3— relativa a la responsabilidad del Estado suministrador de mano de obra donde radique la agencia de colocación privada, por un lado; y por otro la atribución del control y verificación de los aspectos generales que competen al Estado del pabellón a los Estados del puerto, de la mano de la inclusión en el certificado de trabajo marítimo y la declaración de conformidad laboral (ANEXOS 5-I y 5-II) de los aspectos relativos a la contratación y colocación de la gente de mar.

1. Las responsabilidades en relación con el suministro de mano de obra: la regla 5.3

La regla 5.3 tiene por objeto regular lo que se ha descrito como «*responsabilidades en relación con el suministro de mano de obra»* de un Estado. Se trata, en mi opinión, de una disposición enormemente favorable en aras a la protección de la gente de mar; habida cuenta de que, hoy día, los operadores que intervienen en la industria marítima se valen de agencias de colocación o de *management* de personal, que en la mayor parte de los casos radican en países distintos a los de abanderamiento del buque, así como a los del Estado del puerto. En este sentido, en los debates del Grupo de Trabajo de Alto Nivel se hizo hincapié en el importante papel que desempeñan los países proveedores de mano de obra en el ámbito del control de la aplicación de cuestiones tales como las agencias de contratación y colocación, y los acuerdos de empleo, así como la protección de la seguridad social. Aun cuando resulta fácil determinar cuáles son los principales países proveedores de gente de mar , no sería posible definir el término a efectos de un texto jurídico. De hecho, dado que la mayoría, si no todos, los países, actúan a la vez en calidad de Estado de abanderamiento y de Estado del puerto (a menos que sean países sin litoral), también pueden actuar como proveedores de mano de obra, aunque sea en pequeña escala, en la medida en que sus ciudadanos pueden prestar servicios en buques matriculados fuera de su territorio. Por consiguiente, las responsabilidades en la materia también deberían regir para ellos.

Cabe señalar que —curiosamente—, la gente de mar expresó cierta preocupación por la idea de que Estados distintos de los estados de abanderamiento tengan responsabilidades reconocidas respecto de las condiciones de trabajo de la gente de mar. En su opinión, esto podría ir en contra y no ser complementario de lo dispuesto en el artículo 94 del Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar . Las palabras con las que comienza la regla («sin perjuicio del...») tratan de responder a esta preocupación al reconocer la primacía de la responsabilidad del Estado de abanderamiento [25].

La norma exige que los Estados miembros establezcan sistemas eficaces de inspección y control, que garanticen el cumplimiento de las responsabilidades relativas al suministro de mano de obra con arreglo al Convenio. Finalmente, se establece que los servicios privados de contratación y colocación de gente de mar que estén establecidos en el territorio del miembro y pongan gente de mar a disposición de un armador , independientemente de su residencia, tendrían que estar obligados a velar porque el armador cumpla debidamente los términos de los acuerdos de empleo que ha concertado con la gente de mar .

2. El control de las disposiciones sobre contratación y colocación por el Estado del puerto

Junto al Estado donde radique el establecimiento de la agencia de colocación— suministrador de mano de obra, y el Estado del pabellón que tiene atribuidas responsabilidades de control y verificación en materia social de acuerdo a los convenios del Derecho del mar; un tercer Estado —el Estado de puerto— también tiene atribuidas competencias sobre esta materia.

En efecto, la regla 5.2.1, que versa sobre las inspecciones en los puertos, establece que todo buque extranjero que, en el curso normal de su actividad o por razones operativas, haga escala en el puerto de un Miembro *puede* ser objeto de una inspección de conformidad con el párrafo 4 del artículo V, para comprobar el cumplimiento de las disposiciones del presente Convenio relativas a las condiciones de trabajo y de la vida de la gente de mar a bordo del buque. Sin entrar a considerar el procedi-

[25] Sin perjuicio del principio de responsabilidad de un Miembro respecto de las condiciones de trabajo y de vida de la gente de mar a bordo de los buques que enarbolen su bandera, todo Miembro también tiene la responsabilidad de velar por la aplicación de las disposiciones del presente Convenio relativas a la contratación y colocación de la gente de mar , y a la protección de la seguridad social de la gente de mar que tenga su nacionalidad, sea residente o esté domiciliada de otro modo en su territorio, en la medida en que esa responsabilidad esté prevista en el presente Convenio.

miento específico establecido en la citada regla [26], lo cierto es que en tanto en cuanto el Estado del puerto tiene la facultad de visar e inspeccionar el contenido del certificado de trabajo marítimo y la declaración de conformidad laboral, en cuyas especificaciones se contiene precisamente —como no podía ser de otra manera— el de la contratación y la autorización de los servicios de colocación, es factible que en el caso de no cumplir con los requisitos mencionados en la regla 1.4, las autoridades inspectoras del Estado del puerto podrían incluso llegar a inmovilizar el buque hasta que la deficiencia observada no fuera subsanada [27].

VII. CONCLUSIÓN

En este breve, pero intenso comentario sobre el alcance de las mejoras introducidas en el Convenio refundido de la OIT sobre el Trabajo marítimo de 2006 en relación con los problemas que entraña la intermediación en la contratación de trabajadores del mar , se ha querido poner de manifiesto que este instrumento internacional ha incluido mejoras técnicas que pueden facilitar la imputación de responsabilidades socio-laborales a los sujetos que intervienen en tales actividades, así como la extensión de responsabilidades en materia de control sobre esas empresas por parte de Estados distintos al del pabellón, lo cual favorece, o esperamos que favorezca, la contención de estas fórmulas de elusión de responsabilidades.

---

[26] En extenso, puede consultarse, F otinopoulou Basurko, O.: *Aspectos generales del Convenio refundido sobre el Trabajo Marítimo, 2006*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006.

[27] De acuerdo a lo establecido en el Real Decreto 91/2003, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2003).

Comunicación a la Ponencia Temática I

LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL EN CATALUÑA: ESTUDIO DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ
Técnico de Investigación
Universitat Oberta de Catalunya - UOC

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN - LAS ACCIONES AUTONÓMICAS FRENTE A LA EXCLUSIÓN SOCIAL: LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN Y LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL.—II. LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL EN CATALUÑA. 1. Concepto. 2. Requisitos para el reconocimiento de la calificación de «Empresa de Inserción Sociolaboral» y obligaciones para su mantenimiento. 3. Vinculación de los trabajadores con las EIS. 4. Tipología de las ayudas destinadas a las EIS.—III. VALORACIÓN CRÍTICA FINAL: LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN COMO UNA MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO SUSCEPTIBLE DE MEJORA.

I. INTRODUCCIÓN - LAS ACCIONES AUTONÓMICAS FRENTE A LA EXCLUSIÓN SOCIAL: LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN Y LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL

Se ha demostrado que la perspectiva o dimensión principal de la exclusión social es la que gira en torno al empleo y la protección social. Y para enfrentarse a este problema es claro que «a mayor empleabilidad de los ciudadanos (más y mejor empleo, más estable, mejor remunerado) menor riesgo de padecer exclusión social» [1]. Pues bien, como es bien sabido, a nivel autonómico la lucha contra la exclusión social se articula fundamentalmente a través de dos instrumentos: la *Renta Mínima de Inserción* y las *Empresas de Inserción Sociolaboral o Social*.

En cuanto al primero, las —genéricamente denominadas— «Rentas Mínimas de Inserción», configuradas por todas las CCAA con diferente denominación y régimen jurídico —en virtud de la competencia en materia asistencial asumida en los respectivos Estatutos de Autonomía (*ex* artículo 148.1.20 CE)—, constituyen el precedente del programa estatal de Renta Activa de Inserción (en adelante, RAI). Siendo pionero en esta materia el Decreto 39/1989, 28 de febrero, sobre *Ingreso Mínimo Familiar* dictado por el Gobierno Vasco [2]. Se trata, como se sabe, de medidas dirigidas a colectivos normalmente sin acceso a otros tipos de políticas sociales, configurándose, por tanto, como la *última red de protección so-*

---

[1] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA: *Excluidos sociales: empleo y protección social*. RMTAS n.º 59, 2005, p. 180: «No sólo porque la pérdida, ausencia o precariedad en el empleo y las deficiencias de la protección social impiden que el individuo obtenga los recursos económicos necesarios para afrontar las necesidades básicas (vivienda, educación...), sino también porque cuando el ciudadano padece esas deficiencias está quedando al mar gen de unos de los derechos-prestación propios de un Estado Social (el derecho al trabajo y el derecho a la protección social) y de los valores que los inspiran, dignidad humana, igualdad y solidaridad personal».

[2] Un análisis de su proceso de elaboración y de las tensiones políticas que originó en, MORENO DOMÍNGUEZ: *La protección Pública no Contributiva frente a la Exclusión Social*. CARL - Mergablum. Sevilla, 2004, p. 156 a 158.

cial [3]. Así, en el escenario normativo español simultanean dos modalidades de rentas de inserción: las *RAI* (estatal) y las *RMI* (autonómicas). Por lo general, se trata de medidas muy similares, pues, en ambos casos se prevé la combinación de prestaciones económicas así como mecanismos de mejora de la empleabilidad o de la inserción socio-profesional. Además, en ambos supuestos existe un componente convencional que supone la asunción de compromisos tanto por el beneficiario como por la Administración Pública que interviene [4]. Probablemente, la diferencia más destacable resida en el hecho de que los programas autonómicos no se ocupan sólo del problema de exclusión social asociado a la falta de un empleo remunerado con vistas a conseguir la inserción ocupacional de quien está en aptitud de trabajar , sino que atienden también a otras muchas formas de exclusión social [5].

El segundo pilar sobre el que se asienta la lucha autonómica contra la exclusión social se configura entorno a las denominadas *Empresas de Inserción Sociolaboral* o *Social* (en adelante, EIS). En términos generales, se trata de iniciativas empresariales creadas por grupos de ciudadanos con el fin de cubrir una demanda social insatisfecha que el mercado de trabajo ordinario y las políticas públicas tradicionales de fomento del empleo no terminan de satisfacer en su totalidad.

Lo que se pretende, por tanto, es la inserción social de personas de difícil empleabilidad a través del trabajo [6]; y, en concreto, ofrecer la «preparación adecuada de los usuarios para que en el momento adecuado pasen a integrarse en el mercado laboral ordinario» [7]. Erigiéndose de este modo en un paso intermedio entre la situación de exclusión social y la

---

[3] Sarasa, Almeda y Obiols: *Estado, Sociedad Civil y Rentas Mínimas de Inserción*. Unidad de Políticas Comparadas (CSIC). Documento de Trabajo 00-09 (http://www.iesam.csic.es/doctrab1/dt-0009.htm).

[4] Cavas Martínez: *Protección por desempleo e inserción laboral: balance provisional de los programas de renta activa de inserción 2000/2003*. Aranzadi Social núm. 11, 2003, versión digital (BIB 2003\1104).

[5] Cavas Martínez: *Protección por desempleo e inserción laboral: balance provisional de los programas de renta activa de inserción 2000/2003, op. cit*. (versión digital). En cuanto a los elementos comunes de las diversas regulaciones autonómicas respecto de las RMI, en términos generales, puede afirmarse que todas ellas comparten el propósito de luchar contra la pobreza y la exclusión social, proporcionando una fuente alternativa de ingresos a los ciudadanos que carecen de recursos suficientes y favoreciendo la dinamización e integración de los individuos y colectivos marginados. Estévez González: *Las Rentas Mínimas Autonómicas*. CES. Madrid, 1998, p. 60 y 61; y Moreno Domínguez. *La protección Pública no Contributiva frente a la Exclusión Social, op. cit*., p. 190 y 191.

[6] Vidal y Claver: *Las empresas de Inserción Social por el trabajo en España*. Síntesis resultados del Proyecto PERSE, 2004, p. 30 (http://ameei.org/spip/IMG/pdf/eitrabajoenespana.pdf).

[7] Sarasa, Almeda y Obiols: *Estado, Sociedad Civil y Rentas Mínimas de Inserción, op. cit* (versión digital).

posibilidad de acceder a una empresa o a un proyecto de autoempleo [8]. Si bien se trata de actuaciones dirigidas a colectivos diferenciados, pues, la creación de las EIS, por lo general, está dirigida no sólo a los perceptores de la RMI sino que se extiende a más colectivos, lo cierto es que estas iniciativas empresariales se están configurando como un complemento (necesario) para dotar a las citadas rentas de mayor efectividad. De este modo, puede afirmarse que las EIS vienen a cubrir un hueco de mercado, cerrando el proceso de inserción (formación - orientación - contrato con la EIS - empleo). En definitiva, se trata de incrementar la red de seguridad para aquellas personas que quedan fuera la capacidad protectora de la Seguridad Social [9].

El marco normativo a nivel estatal está —escuetamente— delimitado por la D. Ad. 9.ª Ley 12/2001 (a la espera de la anunciada regulación prevista en la D. Ad. 5.ª de la Ley 43/2006 [10])[11]. Así, se consideran Empresas de Promoción e Inserción Laboral, «cualquiera que sea su forma jurídica y actividad económica», las que dediquen habitualmente «no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo» al empleo de personas que estén en supuestos de exclusión social, «para formarles y adiestrarles en el ejercicio normalizado de su actividad laboral y el acceso al empleo ordinario de las indicadas personas». Previéndose, además, la posibilidad de que los servicios públicos de empleo establezcan convenios con tales empresas.

---

[8] Según VIDAL y CLAVER: el número de empresas de inserción social en España en el año 2003 era de 147. VIDAL y CLAVER. *Las empresas de Inserción Social por el trabajo en España, op. cit.*, p. 6.

[9] SARASA, ALMEDA y OBIOLS: *Estado, Sociedad Civil y Rentas Mínimas de Inserción, op. cit* (versión digital).

[10] D. Ad. 5.ª de la Ley 43/2006: «con el fin de facilitar el empleo de los trabajadores en situación de exclusión social a los que se refiere la disposición adicional segunda, el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la aprobación de esta Ley , y previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, incluidas las del sector afectado, aprobará una norma con rango de ley para regular el régimen de las empresas de inserción». Mostrando cierto escepticismo a la posibilidad de que dicho mandato se cumpla en el plazo previsto, CAVAS MARTÍNEZ: *Novedades de la Ley 43/2006, 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo*. Aranzadi Social núm. 18, 2006, versión digital (BIB 2006\2338). Autor que en su día criticaba el carácter insuficiente de la regulación contenida en la Ley 12/2001, CAVAS MARTÍNEZ. *El nuevo derecho del empleo (a propósito de la Ley 53/2006, de 16 de diciembre, de empleo)*. Aranzadi Social núm. 19, 2003, versión digital (BIB 2003\1555).

[11] Con anterioridad, El Plan de Acción para el Empleo 1998 del Reino de España, establecía que entre las medidas a adoptar , se ha de proceder a la «regulación de las empresas de inserción social para facilitar la integración sociolaboral de grupos afectados por la exclusión social (…) regulación que se elaborará a lo largo de 1998». Posteriormente, Convergencia i Unió presentó una iniciativa conteniendo la «Proposición de Ley de regulación de las empresas de inserción» (BOCG, B, 84-1, 1 1 de septiembre 2000). Iniciativa rechazada por el Grupo parlamentario popular contra el criterio del resto de la Cámara (BOCG núm. 84, 22 de mayo, pg. 4231). CARDENAL CARRO: *Del Real Decreto-ley 5/2001 a la Ley 12/2001*. Aranzadi Social núm. 8, 2001, versión digital (BIB 2001\982).

El tratamiento legislativo de estas iniciativas empresariales en la legislación autonómica —en el que el País Vasco, de nuevo, ha jugado un papel pionero—, está siendo progresivo [12]. A fin de aportar una aproximación, siquiera, general (y necesariamente breve) a las diversas normativas autonómicas al respecto, puede identificarse ciertos elementos que son comunes (en ocasiones, a través de repeticiones miméticas): todas ellas coinciden en la delimitación de su objeto social y el compromiso de acompañamiento personalizado (itinerario de inserción) a las personas que atienden. Se configuran, asimismo, como entidades sin ánimo de lucro, sin permitirse el reparto de beneficios entre las personas promotoras y obligándose a que se reinviertan en el objeto social de la empresa. Existe unanimidad en la delimitación de las características de los sujetos promotores de estas iniciativas empresariales, en la forma jurídica en la que deben formalizarse así como en la descripción de las condiciones para adquirir tal condición. También puede identificarse una cierta similitud en la delimitación de los colectivos a los que están dirigidas y en las formas a través de las cuales se formaliza su vinculación con ellas. Asimismo, se emplean términos similares para describir las medidas de promoción de la inserción laboral y en las tipologías de las ayudas concedidas para incentivar su creación.

Hechas estas consideraciones, se está en disposición de analizar el régimen jurídico de las EIS en la legislación catalana. El estudio que se propone es una aproximación descriptiva de la regulación jurídico-positiva de estas or ganizaciones, tratando de identificar , asimismo, aquellos aspectos que son comunes al resto de normativas autonómicas así como los que la singularizan.

La exposición, dividida en cuatro apartados, centrará su atención en la delimitación del concepto de «EIS»; en el estudio de los requisitos para el reconocimiento de tal calificación y de las obligaciones para su mantenimiento; en el análisis de los modos de formalización de la vinculación entre los trabajadores y las EIS; y , en la exposición de las ayudas previstas para incentivar la creación de este tipo de iniciativas empresariales. Procediéndose, en último lugar , a una valoración crítica desde la perspectiva de la efectividad de estas medidas en la consecución del fin propuesto.

II. LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL EN CATALUÑA

1. Concepto

Como premisa de partida, debe tenerse en cuenta que el riesgo de exclusión social aumenta ante grupos o individuos que se enfrentan a difi-

[12] Hasta la fecha, salvo error u omisión, las CCAA con legislación al respecto son: País Vasco, Cataluña, Canarias, Aragón, Madrid, Illes Balears, La Rioja y , recientemente, Comunidad Valenciana.

cultades particulares para adquirir las cualificaciones necesarias para acceder al mercado de trabajo y mantenerse en él. Circunstancia extraordinariamente compleja, por cuanto que coloca al sujeto afectado en una espiral regresiva de la que resulta sumamente difícil salirse.

A partir de estos parámetros, las EIS actúan como empresas de tránsito donde personas con dificultades de inserción sociolaboral desarrollan las capacidades necesarias para el desempeño de un trabajo. Es decir, el objetivo primordial de estas iniciativas empresariales es aportar una última etapa de aprendizaje en el itinerario de inserción de sus trabajadores, con el fin de posibilitar que «den el salto» a una empresa «ordinaria». Extremo especialmente relevante si se tiene en cuenta que las personas a las que va dirigidas estas acciones son individuos que normalmente han sido «expulsados» del sistema educativo ordinario o que difícilmente pueden integrarse en él, por lo que es preciso orientar su proceso de aprendizaje no sólo hacia procesos predominantemente prácticos, sino, que dicha formación se ubique en procesos productivos reales.

La idoneidad de estas medidas es clara, pues, no sólo les permite aprender una habilidad profesional, sino que paralelamente repercute en su autoestima, fomentando su responsabilidad individual y el espíritu de trabajo en equipo. Cualidades todas ellas que no acostumbran a destacar en estas personas y que contribuyen a la recuperación de sus habilidades sociales.

A pesar de lo apuntado, conviene no olvidar que las EIS son organizaciones sociales que desarrollan actividades productivas conforme a una lógica empresarial, produciendo bienes y servicios para el mercado. Pero con la singularidad de que este fin es combinado con metodologías que hacen posible la integración social de sus trabajadores. Por todo ello, puede afirmarse que con estas iniciativas empresariales se fomenta la participación de la sociedad civil en la expansión del Estado de Bienestar [13].

En Cataluña, la regulación de las EIS es relativamente reciente y se contiene en la Ley 27/2002. Tal y como se expone en la Exposición de Motivos, el punto de partida lo constituye la convicción de que «la relación con el mundo del trabajo debe ser un obligado referente a la hora de tratar de los procesos de integración social», pues, «la falta de empleo es una de sus principales causas [de exclusión social] y constituye uno de los factores de riesgo de muchas situaciones de exclusión y marginación sociales».

Las EIS son definidas como aquellas empresas (sociedades mercantiles, laborales o cooperativas [14]) que lleven a cabo «cualquier actividad

[13] Sarasa, Almeda y Obiols: *Estado, Sociedad Civil y Rentas Mínimas de Inserción, op. cit.* (versión digital).

[14] En la legislación canaria, además, aunque de forma transitoria las fundaciones y asociaciones que en el momento de entrada en vigor de la normativa que regula la EIS vinieran realizando tareas de inserción sociolaboral, pueden ser calificadas como EIS. No obs-

económica de producción de bienes o de prestación de servicios y cuyo objeto social tenga como finalidad primordial la integración sociolaboral de personas en situación o grave riesgo de exclusión social» [15]. Esto es, a personas en situación o en grave riesgo de exclusión social, que estén en paro o que tengan dificultades importantes para integrarse en el mercado de trabajo ordinario y que estén incluidas en alguno de los colectivos que enumera la propia norma [16].

2. Requisitos para el reconocimiento de la calificación de «Empresa de Inserción Sociolaboral» y obligaciones para su mantenimiento

La legislación catalana condiciona la calificación de una empresa como «EIS» al cumplimiento de ciertos requisitos, teniendo en cuenta que la obtención de esta calificación no comporta una transformación social[17]. En primer lugar, se exige que adquieran la forma jurídica que se estime oportuno (sociedad mercantil, laboral o cooperativa), debiendo cumplir los requisitos establecidos al efecto, así como su inscripción en el registro correspondiente[18].

---

tante, se les exige que en un plazo de tres años se constituyan como sociedad mercantil o laboral o en una cooperativa. D. T. Única Decreto [País Vasco] 305/2000. Previsión que también se establece en D. T. Única Decreto [Canarias] 32/2003; y D. T. Única Decreto [La Rioja] 2/2006. En términos similares, D. T. Única Decreto [Madrid] 32/2003, aunque se restringe el plazo a un año.

[15] Artículo 3 Ley [Cataluña] 27/2002. En este sentido, en la Comunidad de Madrid las EIS se definen por remisión a lo que la legislación estatal determine qué son las «Empresas de Promoción e Inserción Laboral de Personas en Situación de Exclusión Social». artículo 3 Decreto [Madrid] 32/2003. Volviendo a la legislación catalana, conviene establecer una distinción entre las « *EIS*» y las « *Entidades Colaboradoras de Inserción*» —en adelante, «*ECI*»—, que, debidamente censadas, se definen como «cualquier empresa —persona física o jurídica, excepto las empresas de trabajo temporal— o entidad constituida legalmente como también las administraciones públicas que estén incluidas en el censo de entidades colaboradoras de inserción del Departamento de Trabajo e Industria, y que lleven a cabo un proyecto de inserción laboral de los destinatarios de la renta mínima de inserción». artículo 9.2 Orden [Cataluña] TRI/303/2005. En cuanto a los requisitos de inscripción en el citado censo y posible exclusión o baja en el mismo, *vid*. arts. 10 a 12.

[16] En concreto, según el artículo 2.2 Ley 27/2002, son personas en situación de riesgo de exclusión social: a) Personas con disminución física, psíquica o sensorial o con enfermedades mentales que tengan posibilidades de inserción en el mundo laboral; b) Personas destinatarias de la RMI; c) Personas que no puedan acceder a la RMI, porque no cumplen los requisitos establecidos por el artículo 6.1 de la Ley 10/1997, 3 de julio, de la RMI; d) Jóvenes mayores de dieciséis años y menores de treinta provenientes de instituciones de protección de menores; e) Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se hallen en proceso de rehabilitación y reinserción social; f) Internos de centros penitenciarios cuya situación les permita acceder a un empleo, personas en libertad condicional y personas ex-reclusas; g) Personas que no puedan acceder a la RMI, pero que se hallen, a juicio de los servicios sociales competentes, en situación de riesgo de exclusión; h) Parados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años.

[17] Artículo 6.5 Ley [Cataluña] 27/2002.

[18] Artículo 6.3 Ley [Cataluña] 27/2002.

Desde un punto de vista de su constitución, la Ley exige que estén promovidas y participadas por una o varias entidades promotoras [19]. Esto es, por entidades o corporaciones de derecho público o entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto social incluya la inserción social de personas especialmente desfavorecidas y que promuevan la constitución de EIS [20]. Asimismo, deben incluir en su denominación las palabras «Empresa de Inserción» o la abreviatura correspondiente, «EI»[21]. Y, a efectos de su conocimiento público (y su consiguiente monitorización), se exige su inscripción en el registro correspondiente a su forma jurídica y en el Registro Administrativo de EIS (creado por la Ley [Cataluña] 27/2002) [22].

Por otra parte, como medida precautoria frente a posibles actuaciones fraudulentas, no podrán ser calificadas como EIS aquellas que hayan amortizado un puesto de trabajo por despido improcedente durante el año anterior a la solicitud de calificación [23].

Una vez reconocidas como EIS, se exige que, entre el 30 y el 70 % de la plantilla, en cómputo anual, esté integrada por trabajadores en pro-

---

[19] Tal participación en las sociedades mercantiles debe ser al menos en un 51 % del capital social. En el caso de sociedades laborales, es aplicable la normativa específica reguladora de dicho tipo de sociedades. Y, en el caso de que la empresa de inserción sea una cooperativa que tenga legalmente reconocida la condición de iniciativa social, no es preciso que exista una entidad promotora. artículo 4.1.b Ley [Cataluña] 27/2002. En cambio, en el País Vasco se exige que la participación sea como mínimo de un 33 %. artículo 3.2.f) Decreto [País Vasco] 305/2000. Previsión que también se establece en el artículo 4 Decreto [Canarias] 32/2003; y en el artículo 4 Decreto [Baleares] 60/2003. Y, en la legislación de Aragón, dicha «participación deberá ser mayoritaria, salvo que se trate de cooperativas de trabajo asociado de iniciativa social o de sociedades laborales. En caso de sociedades laborales, la participación será, al menos, de un 49% del capital social». artículo 4.b) Decreto [Aragón] 36/2006. Y, en la Rioja, se exige que «El porcentaje de participación de la entidad promotora en el capital social de la Empresa de Inserción cuando su forma jurídica sea de sociedad mercantil deberá ser como mínimo del 51 por 100, o un porcentaje inferior cuando existan varias entidades promotoras y la suma de todas ellas alcance dicho porcentaje». artículo 3.3.c) Decreto [La Rioja] 2/2006.

[20] Artículo 5 Ley [Cataluña] 27/2002. En los mismos términos, artículo 5 Decreto [País Vasco] 305/2000; artículo 4 Decreto [Baleares] 60/2003; artículo 4 Decreto [Canarias] 32/2003; artículo 22 Ley [La Rioja] 7/2003; artículo 6 Decreto [Madrid] 32/2003; artículo 4 Decreto [Baleares] 60/2003. En Aragón, se habla de entidades sin ánimo de lucro. artículo 4.b) Decreto [Aragón] 36/2006.

[21] Artículo 6.4 Ley [Cataluña] 27/2002. Del mismo modo, artículo 7.8 Decreto [País Vasco] 305/2000. Esta previsión también recoge la normativa de Baleares aunque con la denominación «Iniciativa Empresarial de Inserción», o las siglas «IEI». Artículo 5.4 Decreto [Baleares] 60/2003.

[22] Artículo 4.1.f) Ley [Cataluña] 27/2002. En lo relativo al Registro *vid*. Artículo 6 Ley [Cataluña] 27/2002. La obligación de registro de las EIS es común en todas las normativas autonómicas. Por ejemplo, arts. 10 a 13 Decreto [País Vasco] 305/2000; artículo 2.j) Decreto [Baleares] 60/2003; artículo 2.2.i) Decreto [Canarias] 32/2003; arts. 17 y ss. Decreto [Madrid] 32/2003; artículo 9 Decreto [Aragón] 36/2006.

[23] Artículo 4.1.g) Ley [Cataluña] 27/2002. Requisito que también se recoge en el artículo 3.2.m) Decreto [País Vasco] 305/2000; y artículo 2.l) Decreto [Baleares] 60/2003.

ceso de inserción. Sin que, en ningún caso, el número de personas en proceso de inserción sea inferior a dos [24]. Las EIS no están autorizadas para vincular los balances, las cuentas de resultados y el patrimonio a actividades económicas distintas de las del objeto social [25]. También están obligadas a que, por lo menos, el 80 % de sus resultados o excedentes obtenidos en cada ejercicio económico se destinen a la mejora o ampliación de las estructuras productivas y de inserción [26]. Paralelamente, están sometidas al cumplimiento periódico de ciertas obligaciones de carácter informativo a fin de monitorizar su actividad [27].

Finalmente, la Administración se reserva la facultad de retirar la calificación de EIS, sin que ello comporte la disolución de la entidad, si no se cumplen con estas previsiones [28].

---

[24] Sin perjuicio de los límites establecidos por la normativa específica de sociedades cooperativas y de sociedades laborales en materia de contratación. artículo 4.1.c Ley [Cataluña] 27/2002. En el País Vasco se prevé que las EIS deben «tener como mínimo, en cómputo anual, un 40% de trabajadores en proceso de inserción respecto al total de la plantilla y como máximo un 75%, no pudiendo en ningún caso ser el número de aquéllos inferior a dos; en el caso de las empresas de economía social, el mencionado porcentaje se aplicará computando trabajadores por cuenta ajena y socios trabajadores o socios de trabajo». artículo 3.2.d) Decreto [País Vasco] 305/2000. En la normativa de Baleares, se exige que tener «como mínimo, un 30% de trabajadores en proceso de inserción respecto al total de la plantilla, cuando la empresa tenga más de cuatro trabajadores; para las empresas de cuatro o menos trabajadores han de tener un mínimo de un trabajador en proceso de inserción». artículo 2.d) Decreto [Baleares] 60/2003. Y, en Aragón, se exige que debe mantenerse «como mínimo un 30% de trabajadores en proceso de inserción respecto al total de la plantilla. En ningún caso, el número de trabajadores en proceso de inserción podrá ser inferior a tres». Artículo 4.d) Decreto [Aragón] 36/2006. Y, en la Rioja, el porcentaje mínimo es del 30 %, sin que el número de trabajadores pueda ser inferior a dos. artículo 3.3.d) Decreto [La Rioja] 2/2006. En cambio, este requisito relativo al porcentaje de la plantilla mínimo o máximo no se especifica en el Decreto [Canarias] 32/2003.

[25] Artículo 4.1.d) Ley [Cataluña] 27/2002. Requisito que también se recoge en el artículo 3.2.h) Decreto [País Vasco] 305/2000; artículo 2.g) Decreto [Baleares] 60/2003; artículo 2.2.f) Decreto [Canarias] 32/2003; artículo 10.4 Decreto [Aragón] 36/2006; y artículo 3.3.g) Decreto [La Rioja] 2/2006.

[26] Si no hubiera necesidad de ampliación o mejora o si no fuera preciso destinar a la misma la totalidad de dicho porcentaje de excedentes o resultados, la parte no dispuesta debe quedar imputada al fondo de reserva de la empresa. artículo 4.1.e) Ley [Cataluña] 27/2002.

En la legislación del País Vasco se obliga a las EIS a «aplicar los excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora o ampliación de sus estructuras productivas o a la promoción de actividades relacionadas con la inserción sociolaboral, no debiendo producirse en ningún caso reparto de beneficios». artículo 3.2.i) Decreto [País Vasco] 305/2000. En términos similares, artículo 2.a) y h) Decreto [Baleares] 60/2003; artículo 10.5 Decreto [Aragón] 36/2006; y artículo 3.3.h) Decreto [La Rioja] 2/2006.

[27] Arts. 7 y 15Ley [Cataluña] 27/2002. En términos similares, artículo 8 Decreto [País Vasco] 305/2000; y artículo 6 Decreto [Baleares] 60/2003.

[28] Artículo 8.1 y 3 Ley [Cataluña] 27/2002. Tratamiento que también se establece en el artículo 5.2 Decreto [La Rioja] 2/2006.

3. Vinculación de los trabajadores con las EIS

Certificada la situación o grave riesgo de exclusión de una persona por la Administración encargada de los servicios sociales[29], sin la cual, el acceso de una persona a la EIS no es posible [30], corresponde al Servicio de Ocupación de Cataluña, de forma coordinada con las EIS, valorar en los procesos de selección, la idoneidad de las características profesionales de los trabajadores para los puestos de trabajo ofertados; y facilitar , si procede, procesos de orientación y formación profesional a los trabajadores, con carácter previo a la suscripción del contrato. Orientación que permanece una vez haya finalizado la vinculación con la EIS [31].

La vinculación de los trabajadores en proceso de inserción con la EIS puede realizarse de varios modos, en función de la naturaleza de la entidad empresarial: como socio trabajador (cuando la empresa de inserción sea una cooperativa de trabajo asociado o una sociedad laboral); como socio de trabajo (cuando la empresa de inserción sea una cooperativa distinta de la de trabajo asociado) o como trabajador por cuenta ajena [32]. En este sentido, la legislación catalana no hace mención alguna a la modalidad contractual con la que debe formalizarse el contrato de trabajo, limitándose a hacer una remisión a «la legislación vigente en materia de contratación laboral»[33].

Esquema que plantea algunos interrogantes. Por un lado, teniendo en cuenta el carácter esencialmente transitorio de la vinculación entre la EIS y el trabajador, lo cierto es que puede resultar discutible la adecuación de aquellas opciones empresariales que «ofrezcan» la propiedad a alguien que no va a permanecer en la misma. Y, por otro lado, la desaparición de los «contratos de inserción», decretada por la Ley 43/2006, puede plantear ciertos inconvenientes a la hora de encontrar un tipo contractual que se adapte a las particularidades de estos trabajos por cuenta ajena [34]. En

---

[29] Además, corresponde a la Administración Pública responsable de los servicios sociales de atención primaria o especializada, «emitir dictamen sobre la situación o el grave riesgo de exclusión social de la persona candidata, en el cual debe hacerse constar su situación y actitud personales, itinerario de inserción a seguir y las medidas de acompañamiento social para su incorporación al puesto de trabajo ofertado»; y , por otro lado, «proporcionar servicios de intervención o medidas de acompañamiento social a los trabajadores durante su proceso de inserción y, si procede, acordar, con las propias empresas de inserción o con las entidades promotoras, que se hagan car go de la prestación de estos servicios o de la aplicación de estas medidas». artículo 9.1 Ley [Cataluña] 27/2002.

[30] Artículo 2.3 Ley [Cataluña] 27/2002. Previsión recogida, asimismo, en artículo 12.1 Decreto [Aragón] 36/2006; y arts. 10 y 1 1 Decreto [Madrid] 32/2003.

[31] Artículo 9.2 Ley [Cataluña] 27/2002.

[32] Artículo 10 Ley [Cataluña] 27/2002.

[33] Artículo 11.2 Ley [Cataluña] 27/2002.

[34] En la regulación de las EIS de Canarias se establece que la formalización de la relación deberá tener una duración mínima de un año y máxima de tres. artículo 13.3 Decreto [Canarias] 32/2003. En términos idénticos en el artículo 14.1 y 2 Decreto [Aragón] 36/2006.

cualquier caso, el objeto del contrato (regulado conforme a la legislación laboral cuando corresponda) debe ser la integración laboral mediante la prestación voluntaria de servicios retribuidos [35].

En cuanto a las obligaciones de la EIS con respecto a sus trabajadores en proceso de inserción sociolaboral, debe abonar al trabajador el salario según el Convenio Colectivo aplicable así como las cuotas a las Seguridad Social[36] (sin perjuicio de las ayudas que la EIS pueda percibir en determinados casos, *vid*. *infra*).

Además, la EIS asume con sus trabajadores la obligación de promover su inserción social, formalizándose en el denominado «Convenio de inserción»[37], a fin de promover su habilidad social y laboral, tratando de posibilitar su posterior incorporación en el mercado de trabajo ordinario. En virtud de este compromiso, la EIS debe proporcionarles procesos de aprendizaje que posibiliten la adquisición de una habilidad profesional, a través de itinerarios de inserción personalizado y asistido. Previéndose, incluso, la posibilidad de que reciban servicios de intervención o medidas de acompañamiento social [38].

En contrapartida, los trabajadores están obligados a realizar la actividad pactada como objeto del contrato, recibir la formación teórica y práctica necesaria para llevar a cabo la actividad, participar activamente en el desarrollo de las medidas de acompañamiento que se establezcan

---

En la normativa de Baleares, el plazo mínimo es de 6 meses y el máximo de 3 años. artículo 12.1 Decreto [Baleares] 60/2003.

Previsiones que a la luz de la normativa laboral actual resulta difícilmente encuadrable en alguno de los supuestos de contratación temporal, especialmente, si no se acompaña de una causa de «temporalidad» (salvo el supuesto previsto para la contratación de personas con discapacidad - D. Ad. 1.ª Ley 43/2006).

[35] Artículo 11.1 Ley [Cataluña] 27/2002.

[36] Artículo 32 b) y c) Orden [Cataluña] TRI/303/2005.

[37] Artículo 11.1 Ley [Cataluña] 27/2002. Aspectos que se reiteran, con mayor o menor especificidad, en el resto de normativas autonómicas. Así en la normativa de Baleares se establece que las EIS tienen la obligación de «Proporcionar a los trabajadores procedentes de situación de exclusión, como parte de sus itinerarios de inserción sociolaboral, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el lugar de trabajo, habituación laboral y social y , en su caso, servicios de intervención o acompañamiento social que les permitan incorporarse posteriormente al mercado de trabajo». artículo 2.e) Decreto [Baleares] 60/2003. Y, según el artículo 14 Decreto [Canarias] 32/2003, «los convenios de inserción son documentos-programa en los que la empresa de inserción y las personas en exclusión social que hayan formalizado el pertinente contrato laboral o el correspondiente vínculo social, establecen, de mutuo acuerdo, las acciones específicas de carácter social necesarias para conseguir la inserción personal, social y laboral o prevenir el riesgo de exclusión de la persona sujeta a inserción». En términos similares, artículo 13 Decreto [Baleares] 60/2003. En Madrid, recibe el nombre de «Acuerdo de Incorporación Sociolaboral» y debe estar firmado por todos los agentes implicados. artículo 13 Decreto [Madrid] 32/2003. *Vid*. también arts. 3.2.e) y 14 Decreto [País Vasco] 305/2000.

[38] Artículo 4.1.a) y 12.2 Ley [Cataluña] 27/2002.

en el convenio de inserción; y colaborar en el seguimiento del proceso de inserción[39].

En este proceso el papel tutelar de la Administración es considerable, pues, está obligada a establecer , junto con la EIS y el propio trabajador, el proceso de inserción que éste debe seguir mientras permanezca en la empresa[40].

4. Tipología de las ayudas destinadas a las EIS

Las ayudas públicas dirigidas previstas para apoyar la creación y el mantenimiento de las empresas de inserción, no sólo van dirigidas a facilitar la contratación de las personas en exclusión social, sino que además tratan de promover la creación y el mantenimiento de este tipo de iniciativas empresariales[41]. De las diversas ayudas, destacamos tres. Veamos, brevemente, cómo se articulan:

1. En primer lugar, las EIS pueden beneficiarse de las ayudas previstas en la Ley 10/1997 que regula la Renta Mínima de Inserción, siempre que contraten a personas «destinatarias» de la RMI [42]. Tal y como se ha expuesto, la empresa está obligada a abonar al trabajador el salario establecido según la normativa laboral vigente y según el convenio colectivo aplicable, así como al abono de las cuotas de la Seguridad Social [43]. Pues bien, asumida esta premisa de partida, las ayudas que pueden percibir las EIS tienen una duración máxima de un año dentro del ejercicio

---

[39] Artículo 13 Ley [Cataluña] 27/2002

[40] En este sentido, deben periodificarse las actividades de producción, la formación en el puesto de trabajo, las actividades de intervención o de acompañamiento social y los compromisos adquiridos por cada una de las partes para llevarlos a cabo. Además, la Administración está obligada a realizar un seguimiento de los itinerarios y los procesos de inserción de los trabajadores, y prestar apoyo a los trabajadores que se incorporen a un puesto de trabajo de carácter ordinario, una vez finalizado el proceso de inserción. artículo 9.3 Ley [Cataluña] 27/2002. En términos similares, el artículo 16 Decreto [Madrid] 32/2003 establece que « Los Centros Municipales de Servicios Sociales efectuarán un seguimiento de los itinerarios y procesos de inserción de los trabajadores en inserción, así como de las labores de acompañamiento realizadas por la Empresa de Promoción e Inserción Laboral de Personas en Situación de Exclusión Social y de los demás compromisos derivados del Acuerdo de Incorporación Sociolaboral suscrito, para cuya realización la empresa deberá prestar la colaboración adecuada».

[41] Ayudas cuya percepción está condicionada a que la EIS esté al corriente de sus obligaciones con la Administración tributaria autonómica y central y con la Seguridad Social; o bien que «Que no hayan sido sancionados, por resolución firme, por la comisión de infracción en materia de integración laboral de disminuidos o muy grave en materia de relaciones laborales o en materia de Seguridad Social en el trabajo, de conformidad con el TRLISOS. artículo 13.c) y e) Orden [Cataluña] TRI/303/2005.

[42] El régimen jurídico de estas ayudas está regulado en los arts. 29 a 33 Orden [Cataluña] TRI/303/2005.

[43] Artículo 32 b) y c) Orden [Cataluña] TRI/303/2005.

presupuestario[44], pudiéndose prorrogar en ejercicios presupuestarios posteriores, sin que de forma acumulativa supere un máximo de 30 meses [45].

El importe de la ayuda es el equivalente al 100 % de la RMI básica[46]. En cualquier caso, la ayuda no puede superar el 60 % del salario bruto mensual que la empresa pague al trabajador [47], a no ser que se trate de un contrato de 12 meses de duración (como mínimo), y que represente un incremento neto del número de trabajadores del establecimiento; o bien cuando el puesto de trabajo que ocupa la persona acogida a la RMI esté vacante por causas voluntarias (esto es, cuando no esté vacante por despido, o no ser que sea por despido disciplinario procedente), en cuyo caso, la intensidad bruta de la ayuda otor gada no podrá exceder del 50% de los costes salariales [48].

Por otra parte, también está previsto que las Entidades Colaboradoras de Inserción (ECI [49]) perciban ayudas a la contratación de personas destinatarias de la RMI. El régimen jurídico de estas ayudas es muy similar al previsto para las EIS, aunque con algunas especificidades [50].

Asimismo, las ECI que contraten a personas que provienen de EIS, también tienen derecho al percibo de ciertas subvenciones[51]. En este caso, la subvención está condicionada a que la contratación del trabajador proveniente de la EIS se haga mediante un contrato de trabajo a tiempo completo con una duración mínima de 12 meses, debiéndose iniciar a continuación de la extinción de la relación entre la EIS y el trabajador. En este caso, la ayuda se articula del siguiente modo [52]: 1.500 euros como pago único a la empresa de inserción sociolaboral; y el 125% del importe de la prestación económica básica de la renta mínima de inserción vigente

---

[44] Artículo 29 Orden [Cataluña] TRI/303/2005)

[45] Es importante advertir que para el cómputo de los 30 meses, se deben tener en cuenta todas las ayudas que haya recibido el trabajador en la misma o distintas empresas, de tal modo, que superado dicho tope, el trabajador ya no generará el derecho a ninguna otra subvención por este concepto. artículo 31.2 Orden [Cataluña] TRI/303/2005.

[46] O de un 150% si se trata de un contrato de inicio o de prórroga de duración o superior a 6 meses (pudiendo llegar hasta el 160%, si se trata de una sociedad laboral o cooperativa).

[47] Artículo 31.1 Orden [Cataluña] TRI/303/2005)

[48] Artículo 31.4 Orden [Cataluña] TRI/303/2005.

[49] *Vid*. nota *supra*.

[50] Regulado en los arts. 34 a 38 Orden [Cataluña] TRI/303/2005. En síntesis, las especificidades son las siguientes: el importe de la ayuda puede superar el 100 % de la RMI cuando se trate de un contrato igual o superior a 12 meses (125%) y cuando además el empleador sea una entidad cooperativa o sociedad laboral (130 %); y el período máximo para el percibo de la subvención es de 12 meses. Los límites de la ayuda en proporción al salario son los mismos que los previstos para el artículo 31.4 analizado —artículo 36.4 Orden [Cataluña] TRI/303/2005.

[51] El régimen jurídico de estas ayudas está regulado en los arts. 39 a 44 Orden [Cataluña] TRI/303/2005.

[52] Artículo 42 Orden [Cataluña] TRI/303/2005)

a la entidad contratante del mismo trabajador por un período de doce meses dentro del ejercicio presupuestario y según las disponibilidades presupuestarias correspondientes. En el supuesto de que se trate de economía cooperativa (que integra las formas jurídicas de cooperativa y sociedad laboral), la ayuda será del 130% de la prestación económica básica de la renta mínima de inserción vigente. Esta subvención se podrá prorrogar en ejercicios presupuestarios posteriores hasta conseguir, como máximo y de forma acumulativa, un total subvencionado de 12 meses, previa solicitud anual del beneficiario de la subvención y tras publicarse la convocatoria anual[53].

2 A fin de promover la actividad de las EIS, se declara su preferencia en la adjudicación de los contratos administrativos convocados por la Administración de la Generalidad y los entes que dependen de la misma[54]. Opción especialmente adecuada para cubrir los servicios que no exijan una excesiva cualificación.

3. Y, finalmente, con el mismo fin, se prevé la posibilidad de ofrecer desgravaciones de tipo fiscal para las inversiones destinadas a favorecer la creación, el desarrollo y la consolidación de tipo de empresas [55].

III. VALORACIÓN CRÍTICA FINAL: LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN COMO UNA MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO SUSCEPTIBLE DE MEJORA

La regulación de las EIS, en general, constituye un valioso instrumento en la lucha contra la exclusión social, pues, facilita el tránsito hacia la inserción mediante el acceso a una empresa o a un proyecto de autoempleo. Tarea sumamente trascendente, si se atiende al hecho de que se trata de un problema que, lejos de atemperarse, se encuentra en un estadio de expansión, con el riesgo de que con el tiempo adquiera un carácter crónico.

En este contexto, es de aplaudir que, primero, se adopten a nivel autonómico estas medidas legislativas; y , segundo, que las entidades promotoras decidan apostar por formalizar estas iniciativas empresariales. Sin embargo, la situación legislativa existente, que combina espacios de regulación normativa plena con otros claramente insuficientes, no puede calificarse como la más idónea para el pleno desarrollo de estas acciones contra la exclusión social. En este sentido, la previsión (por fin) de una futura legislación estatal anunciada por la Ley 43/2006, superando la es-

[53] Finalmente, los límites de la ayuda en proporción al salario son los mismos que los previstos para el artículo 31.4 analizado - artículo 42.4 Orden [Cataluña] TRI/303/2005.

[54] D. Ad. 2.ª Ley [Cataluña] 27/2002.

[55] D. Ad. 3.ª Ley [Cataluña] 27/2002.

cueta mención prevista en la D. Ad. 9.ª de la Ley 12/2001, constituye una buena noticia. Aunque puede ser fuente de algunos conflictos respecto de aquellas CCAA que ya disponen de su propia regulación. Habrá que estar, por tanto, a la espera de cómo se concreta el texto legislativo estatal.

En cuanto a la legislación catalana, más allá de las cuestiones relativas a su constitución y formalización (muy similares a las previstas en el resto de legislaciones autonómicas), lo cierto es que resulta muy positivo que una de las medidas de promoción consista en las dar preferencia a las EIS en la adjudicación de contratos administrativos, pues, más allá de las ayudas dirigidas a sufragar el salario de los trabajadores, puede ser un buen mecanismo para permitir la continuidad del proyecto empresarial (especialmente, si se tiene en cuenta que son empresas que operan en el mercado); o, incluso, para fomentar la creación de nuevas EIS.

No obstante, sin negar la trascendencia de estas medidas legislativas, especialmente, si se tiene en cuenta la absoluta falta de regulación que imperaba en nuestro ordenamiento jurídico no hace tanto tiempo, lo cierto es que aun queda un lar go camino por recorrer. Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que, en el año 2001 (sin posibilidad de tener acceso a datos más actualizados), pese a advertirse un progresivo crecimiento en los últimos años, el gasto destinado a prevenir la exclusión social en España estaba muy por debajo del promedio de la UE (28,9 *unidades de poder de compra* —en adelante, *upc*— comparado con el 91,8 *upc* en la UE-15). Además, su crecimiento es también menor al incremento que ha experimentado el promedio europeo. Lo que evidencia que el déficit de gasto en exclusión social ha aumentado en lugar de disminuir, pasando de 47,6 *upc* en 1993 a 62,9 *upc* en 2001. El gasto respecto del PIB es el más bajo de la UE (0,1 por cien del PIB), junto con el de Italia que es aun más bajo (0,0 por cien del PIB) [56].

Analizando el modelo de lucha contra la exclusión social que se deriva de la regulación de las EIS en Cataluña pueden exponerse algunas objeciones. Es criticable que se vincule la percepción de las ayudas para sufragar parte del salario al hecho de que el trabajador sea «destinatario» de la RMI, porque, en la práctica, se traduce en una restricción sustancial de los colectivos que efectivamente pueden ser contratados por una EIS. La RMI en Cataluña no tiene carácter universal [57], sino que está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos[58]. Además, debe tenerse en cuenta que tiene un carácter muy limitado, pues, no puede otor garse «si la persona solicitante o cualquiera de los miembros de la unidad familiar tiene derecho

[56] Navarro y Quiroga: *La protección social en España*. En «La situación social en España» (Dir. Navarro López). Programa en Políticas Públicas y Sociales - UPF . Fundación F. Largo Caballero. Biblioteca Nueva. Madrid, 2006, p. 79 a 83.

[57] A pesar de su proclamación como tal en el artículo 1 Decreto [Cataluña] 339/2006.

[58] Artículo 6 Ley [Cataluña] 10/1997.

a percibir otras prestaciones públicas cuyo importe supera la prestación económica de la renta mínima» [59]. El hecho de que haya personas que no sean susceptibles de percibir la citada ayuda hace desaparecer el principal incentivo para que las EIS les contraten. Lo que, a la postre, dificulta el cumplimiento del objetivo para el cual dichas empresas han sido creadas.

En cuanto al importe de la ayuda, quizás, sería conveniente que no sólo cubriera una parte del salario, sino que además tuviera en cuenta el coste de acompañamiento laboral del «usuario». En este sentido —como han apuntado Sarasa, Almeda y Obiols—, puede darse el caso que las EIS tengan más incentivos para contratar a aquellos individuos cuya reinserción resulte, *a priori*, más fácil en perjuicio de los que presenten mayores dificultades y, por ende, resulten más costosos [60].

En otro orden de consideraciones, pueden identificarse algunas disfuncionalidades que obstaculizan que las EIS efectivamente consigan cerrar el proceso de inserción, antes apuntado (formación - orientación - contrato con la EIS - empleo). Siguiendo, de nuevo, la exposición de Sarasa, Almeda y Obiols, si bien es cierto que el «usuario» es una persona que está en proceso de formación, puede suceder que cuando alcanza un nivel de productividad similar al que pueda ofrecer otra persona no tiene porque forzosamente ser derivado al mercado de trabajo ordinario. Así, es posible que las EIS mantengan en plantilla a individuos que ya han alcanzado un nivel de competencia adecuada en su oficio en vez de desprenderse de ellos animándolos a conseguir una ocupación en otra empresa (por lo menos, hasta que no se alcance el porcentaje previsto en la norma). Conclusión lógica desde una perspectiva de racionalidad económica, pues, este individuo tiene una competencia superior al resto de los trabajadores del centro y a la vez su coste es subvencionado por la Administración. Es posible que la tendencia de la EIS sea emplear al trabajador hasta agotar la ayuda económica (consumiendo recursos públicos), a pesar de tener las habilidades profesionales para ser «lanzado» al mercado de trabajo. Por este motivo, según los citados autores, el instrumento acaba por distorsionar el objetivo del programa y en vez de fomentar la colocación de los excluidos en el mercado laboral, acaba por retenerlos en las empresas especiales. En general, por tanto, existe el peligro de que cuanto más se fuerce a estos centros a ser eficientes, más se fomentará su necesidad de cerrar las posibilidades de que los más preparados se inserten laboralmente. Esta es, sin duda, una perversión del sistema que debe ser corregida creando procedimientos que incentiven económicamente a estos centros para que cumplan su función de colocación [61].

---

[59] Artículo 4.2 Decreto [Cataluña] 339/2006.

[60] Sarasa, Almeda y Obiols: *Estado, Sociedad Civil y Rentas Mínimas de Inserción, op. cit.* (versión digital).

[61] Sarasa, Almeda y Obiols: *Estado, Sociedad Civil y Rentas Mínimas de Inserción, op. cit.* (versión digital).

En este sentido, a pesar de que la existencia de las ECT puede mitigar, en parte, este efecto, quizás sería conveniente que se potenciaran los incentivos existentes para fomentar que contrataran a los trabajadores provenientes de las EIS; y, sobretodo, para persuadir a las «empresas ordinarias» para que también lo hicieran. Paralelamente, también sería deseable que la legislación estatal previera incentivos a la contratación de trabajadores provenientes de las EIS, pues, en la actualidad sólo se prevén bonificaciones para los colectivos calificables como «excluidos sociales» (D. Ad. 2.ª Ley 43/2006).

En esta línea, a pesar de la existencia de bonificaciones a la contratación temporal e indefinida (ciertamente mejorables), la desaparición del contrato de inserción (o el hecho de que, en principio, no se haya previsto una modalidad contractual similar —que necesariamente debería ser reformulada, dado el escaso éxito de la derogada) puede erigirse en un elemento entorpezca la contratación de estos colectivos, dadas las dificultades para hallar una modalidad contractual que se adapte al objeto de este tipo de trabajos. En cualquier caso, todo ello, evidencia una notable falta de coordinación entre la acción estatal y autonómica que acaba redundando en perjuicio de los destinatarios de estas medidas.

En cualquier caso, para concluir, la atención integral a los problemas derivados de la exclusión social no puede postergarse por más tiempo. En este sentido, es precisa una acción de todos los poderes públicos firme y decidida, especialmente, porque los conflictos sociales que la exclusión lleva aparejados pueden derivar en una profunda fractura social de consecuencias imprevisibles. Tampoco sería adecuado que minimizáramos su importancia al amparo del argumento de que nuestro país se halla en una fase de expansión económica; pues, el incremento de la población y el advenimiento (más que probable) de un período de «vacas flacas» acabará traduciéndose (lamentablemente, con toda probabilidad) en un incremento de la bolsa de excluidos sociales. Por este motivo, conviene que, precisamente, aprovechando la bonanza que disfruta la economía española y el margen de maniobra que ofrece, nos proveamos de los instrumentos adecuados para mitigar los efectos de este grave problema y los que potencialmente sobrevengan en un futuro. En este sentido, es necesario que se establezca una política legislativa que trate de atender de modo integral las carencias de estas personas, y, para ello, es imperiosa una acción coordinada entre todas las Administraciones implicadas.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LAS EMPRESAS DE *TRAVAIL À TEMPS PARTAGÉ* FRANCESAS

¿Una nueva puerta abierta a la precariedad laboral?

RAÚL AYUSO MOZAS
Personal Investigador en Formación dentro del programa FPU. Universidad de Salamanca

SUMARIO:

I. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN.—II. LA ACTIVIDAD DE LAS ETTP .—III. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD Y SUS EXCEPCIONES.—IV. EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN. 1. Contenido del contrato. 2. Modificación de la duración de la misión. 3 Motivo de la contratación del trabajador.—V. EL CONTRATO DE TRABAJO. 1. Contenido del contrato. 2. Salario del trabajador de la ETTP.—VI. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA CLIENTE.—VII. CONCLUSIONES.

I. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN

En el verano de 2005, irrumpió en la legislación francesa un nuevo tipo de empresa: las empresas de *travail à temps partagé* (en adelante, ETTP), cuyo nombre podría ser traducido al español como el de empresas de trabajo a tiempo compartido. Quizás el verbo irrumpir no sea el más acertado para describir la aparición de estas empresas ya que, si bien supusieron una novedad importante e imprevista dentro del mercado laboral, su introducción se hizo de una forma cautelosa y solapada que apenas atrajo la atención ni de los agentes sociales ni de la doctrina jurídica. La fecha de aprobación de la ley —2 de agosto—, el título de la misma —a favor de las pequeñas y medianas empresas—, sus dimensiones —más de cien voluminosos artículos—, y la variedad de su contenido —desde la regulación de la formación profesional al desplazamiento transnacional de trabajadores—, hicieron pasar desapercibida la introducción de este nuevo tipo de empresas.

Su inclusión en el *Code du Travail* francés, la cual supone una nueva derogación del principio de prohibición de préstamo de mano de obra, no estaba prevista en el proyecto de ley presentado al Senado. Fue una enmienda presentada por los diputados Serge Poignant y Luc-Marie Chatel en nombre de la *Commission des Affaires Économiques* [1] la que propuso la creación de este tipo de empresas que finalmente fueron aceptadas, a pesar de las reticencias manifestadas por parte del Gobierno [2].

Según la enmienda y haciendo referencia a las anteriores posibilidades de cesión de mano de obra ofrecidas por la legislación francesa [3], tanto el carácter oneroso de las empresas de trabajo temporal (en adelante,

---

[1] Amendement núm. 170 rect., de 1 de julio de 2005.

[2] Reticencias cuyo único objetivo parece el de desvincular al Gobierno del origen de estas empresas, ya que los diputados que impulsaron la iniciativa formaban parte del partido gobernante «Union pour un Mouvement Populaire» (UMP).

[3] Otro tipo de institución que cabe nombrar como antecesora de este nuevo tipo de empresas, son las asociaciones de trabajo a tiempo compartido. Si bien estas asociaciones creadas por una ley de 1901 y denominadas CTP (compétences en temps partagé) o CPE (com-

ETT) como la rígida regulación de los grupos de empresa impedían una más efectiva «gestión de competencias y de empleo» dentro de las pequeñas y medianas empresas que justificaba la creación de las ETTP .

Se trataba, por lo tanto, de facilitar el recurso a la contratación a tiempo parcial para aquellas empresas que debido al carácter estacional de su actividad o a las necesidades específicas de su actividad, no pueden afrontar la contratación de un trabajador a tiempo completo, así como simplificar la situación del hipotético trabajador que desease llevar a cabo su actividad en diferentes empresas.

La regulación definitiva se aleja, sin embar go, de estos objetivos originarios, configurándose como una nueva derogación del principio de prohibición de préstamo de mano de obra a título lucrativo [4] (art. L. 125-3 y futuro [5] L. 1251-4) más cercana, por tanto, a la regulación propia de la contratación temporal que a la del trabajo a tiempo parcial y , desde luego, alejada del objetivo de aparecer como instrumento paralelo a los grupos de empresa [6].

Parece, por lo tanto, que la mención de la rigidez de estos grupos, así como de las necesidades de las pequeñas y medianas empresas, no actúa sino como justificación de lo que no es sino una reforma de la regulación y las posibilidades del préstamo de mano de obra de forma lucrativa.

II. LA ACTIVIDAD DE LAS ETTP

Tanto las ETT como las ETTP aparecen definidas en el *Code du Travail* como personas físicas o jurídicas cuya actividad en principio exclusiva consistirá en la puesta a disposición de trabajadores asalariados en

---

pétences pluri-entreprises) tienen una conexión, al menos terminológica, evidente con las ETTP (empresas de travail à temps partagé), el carácter no lucrativo de su actividad y la ausencia de vínculo contractual hacen que su régimen sea muy distinto.

[4] El reparto de responsabilidades entre el grupo cedente y la empresa usuaria es básicamente el mismo que entre ésta y la ETT , pero con la diferencia de que el grupo no actúa de forma remunerada, por lo que su actividad no supone una derogación del principio de prohibición de cesión de mano de obra a titulo lucrativo.

[5] Se hace referencia a la modificación de la parte legislativa del *Code du Travail* llevada a cabo por la *Ordonnance* 2007-329, de 12 de marzo, cuyas disposiciones entrarán en vigor el 1 de enero de 2008 o, si se produce con anterioridad, una vez llevada a cabo la modificación de la parte reglamentaria.

[6] Según VERKINDT: «la opción por la que opta el legislador de promover esta forma de puesta a disposición en lugar de reexaminar en profundidad la situación de los grupos de empresa no es una mera elección entre dos técnicas de regulación del empleo. Mientras que el grupo de empresas aparece como una modalidad de préstamo de mano de obra a título no lucrativo fondado sobre una lógica de «servicio» prestado a las empresas miembros del grupo, la empresa de trabajo a tiempo compartido se inscribe dentro de un movimiento de extensión de las derogaciones de la prohibición de mano de obra a titulo lucrativo y de desreglamentación del mercado de trabajo». Verkindt, P-Y.: «Groupements d'employeurs et Travail à temps partagé après la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises», *Droit Social*, núm. 12, diciembre 2005, p. 1 133.

una empresa usuaria. El hecho de que a la hora de definir la actividad de la ETTP la norma sustituya los términos de trabajador y empresa usuaria, recogidos respecto a la ETT, por el de personal y empresa cliente parece responder a un mero esfuerzo del legislador por diferenciar ambas regulaciones evitando, en cuanto a las ETTP , la repetición literal de la fórmula ya utilizada para definir la actividad de la ETT [7].

En cuanto a la descripción de los sujetos que participan en la relación triangular con la ETTP, parece tener mayor entidad, en principio, la exigencia de que dicho personal sea «cualificado» y que la empresa cliente no lo pueda contratar por si misma «en razón de su talla o de sus medios».

De cualquier forma, la actividad descrita por la ley aparece configurada en términos tan abstractos que parece equivalente a actividad de cesión de mano de obra ya anteriormente desarrollada por las ETT. Si bien es cierto que en el caso de la cesión llevada a cabo por las ETTP la norma establece que habrá de ser únicamente de personal cualificado y dentro tan sólo de empresas de reducido tamaño o escasos recursos, la ausencia de una mayor concreción tanto en la cualificación del trabajador como en el tamaño de la empresa, hace que el supuesto en principio recogido como limitativo adquiera una amplitud que parece abarcar la casi totalidad de empresas y trabajadores [8].

Incluso aplicando al tamaño de las empresas el límite recogido respecto a los grupos empresariales, esté sería ciertamente poco restrictivo, ya que permite la agrupación de empresas de menos de 300 trabajadores [9]. Otro umbral quizás aplicable, el contenido en la definición de pequeña y mediana empresa, que abarcaría a toda empresa con un número de trabajadores inferior a 250 [10], no es una restricción excesivamente exigente en tanto que, según datos de 2005, menos de un 0,5% de las empresas francesas superan este umbral [11].

---

[7] De hecho, en la nueva redacción dada al *Code du travail*, ya no se habla de empresa cliente a la hora de definir los sujetos que actúan junto a la ETTP sino, como en el caso de la actividad de las ETT , de empresa usuaria.

[8] La ambigüedad de la definición dada parece remitir a un texto reglamentario que delimite su contenido, el cual, tras año y medio de la aprobación de la ley , sigue, sin embargo, sin aparecer.

[9] O incluso de empresas que superen esta cifra cuando un convenio colectivo así lo determine, tras como permite el artículo L. 127-1-1 (futuro L. 1253-5) tras la modificación llevada a cabo por la ley núm. 2005-157 de 23 de febrero de 2005.

[10] Este número es el recogido en la recomendación de la Unión Europea n° 2003/361/CE la cual exige, además, que el volumen de negocios anual no exceda de 50 millones de euros o que su balance general anual no supere los 43 millones de euros. Es preciso señalar que en Francia no existe una definición oficial de PYME, si bien existe una tendencia, al menos en las estadísticas, de sustituir el número tradicionalmente utilizado, 500 trabajadores, por el de 250. De cualquier forma, no parece que estos umbrales sirvan por sí solos para limitar el ámbito de actuación de las ETTP .

[11] Un 2,73% si tenemos sólo en consideración las empresas de más de 10 trabajadores. Datos aportados por el *Institut National de la Statistique et des Études Économique* (www.insee.fr).

III. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD Y SUS EXCEPCIONES

El principio de exclusividad que rige la regulación de las ETTP tiene una doble dirección, por un lado, la actividad llevada a cabo por la ETTP —la cesión de mano de obra a sus empresas clientes— es única, por otro, esta actividad tan sólo puede ser desempeñada por una ETTP .

Ambas direcciones cuentan, sin embar go, con una excepción. En el primer caso, si bien la actividad en principio exclusiva de las ETTP es la de poner a disposición de sus empresas clientes personal cualificado que estas no pueden reclutar por sí mismas debido a su reducido tamaño o escasos recursos, también se le permite llevar a cabo una labor de asesoramiento de estas mismas empresas clientes en materia de gestión de competencias y de formación.

De cualquier modo, esta actividad será siempre subsidiaria, en tanto que sólo podrá ser llevada a cabo respecto de las empresas que ya sean clientes, condición que se adquirirá por la demanda del servicio principal, que no es otro que la puesta a disposición de trabajadores. Igualmente, hay que resaltar el carácter limitado de esta segunda actividad en tanto que se reducirá a aconsejar acerca de la gestión de competencias y de la formación, sin que sea posible que la ETTP se haga cargo directamente de la or ganización de estas materias [12].

La segunda excepción, de una mayor y trascendente importancia, viene determinada respecto a la exclusividad del sujeto autorizado para llevar a cabo tanto la actividad típica como la excepción anteriormente señalada. Si bien en principio la regulación la configura como exclusiva de las ETTP la propia norma permite que sean las ETT las que lleven a cabo una misma función, la cual se unirá a las actividades que venían desempeñando con anterioridad.

Esta posibilidad que la norma otor ga a las ETT, si bien aparece recogida —al menos gramaticalmente— como excepción, puede llegar a desarrollarse de forma que se constituya en la práctica como regla general. En efecto, frente a la teórica creación de nuevas empresas cuya única actividad fuera la propia del *travail à temps partagé* parece evidente que van a ser las ETT ya existentes las que, con un mayor asentamiento en un mercado de puesta a disposición de trabajadores ya saturado como el francés, pueden aprovechar las facultades otor gadas por la norma [13].

---

[12] Es esta una facultad que viene heredada de la regulación de los grupos de empresa, a los cuales la propia ley de 2 de agosto de 2005 autorizó a aportar a sus miembros ayuda o consejo en materia de empleo o de gestión de recursos humanos, lo que supuso la modificación del artículo L. 127-1, la cual se mantiene en el futuro L. 1253-1.

[13] En el mismo sentido, V ERKINDT entiende que «la operación se traduce en la apertura de un nuevo mercado para las empresas de trabajo temporal». V ERKINDT, P-Y., «Groupements d'employeurs et Travail à temps partagé après la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises», *Droit Social*, núm. 12, diciembre 2005, p. 1 136.

En la nueva redacción dada al *Code du Travail*, junto a esta autorización recogida en la regulación del trabajo *à temps partagé* (art. L. 1252-3), aparece una previsión paralela en materia de trabajo temporal según la cual el principio de exclusividad que rige en la actividad de la ETT queda derogado permitiendo a estas empresas llevar a cabo la actividad propia de las ETT (art. L. 1251-4).

IV. EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN

1. Contenido del contrato

El contenido del contrato que habrá de ser firmado entre la ETTP y su empresa cliente aparece recogido en el artículo L. 124-26 (futuro artículo L. 1252-10), el cual no es sino una versión permisivamente reducida del artículo L. 124-3 (futuro L. 1251-43) que recoge el contenido del contrato de puesta a disposición firmado entre ETT y empresa usuaria. Como en esté, la norma exige que el contrato precise la cualificación profesional necesaria para llevar a cabo la prestación requerida, las características particulares del puesto de trabajo o de las funciones que han de ser llevadas a cabo, así como la remuneración total y sus diferentes componentes. Igualmente finaliza estableciendo la prohibición de toda cláusula que impida la contratación del trabajador por la empresa cliente una vez que aquél ha concluido su misión.

En cuanto a la previsión recogida en el artículo L. 124-24 (futuro artículo L.1252-2) de que las misiones llevadas a cabo por los trabajadores puestos a disposición por una ETTP puedan ser a tiempo completo o a tiempo parcial, parece ciertamente superflua en tanto que, como sucede en el caso de las ETT, nada hace entender —excepto quizás el confuso nombre dadas a estas nuevas empresas y su igualmente confusa justificación — que las misiones hayan de acogerse exclusivamente a una de las dos modalidades.

Aunque, como se ha señalado, la influencia del artículo L. 124-3 en la redacción de este artículo L. 124-26 es evidente, no lo son menos sus divergencias. Nada dice éste último de la necesidad de precisar dentro del contrato cuestiones como el lugar de la misión, el horario de trabajo o la naturaleza de los equipos de protección individual que el trabajador debe utilizar. Junto a estas omisiones, cuya importancia no es desdeñable, aparecen otras dos que deben ser especialmente resaltadas: el motivo de la contratación del trabajador de la ETTP y la fijación del término de la misión.

2. Modificación de la duración de la misión

Respecto a la fijación del término de la misión, es preciso señalar como frente a la exigencia recogida respecto al contrato de puesta a dis-

posición en el artículo L. 124-3 de que éste fije el término de la misión, el artículo L. 124-26 se limita a requerir que el contrato entre ETTP y empresa usuaria señale la duración estimada de la misión.

Pese a lo que pudiera parecer, ambos requisitos no son equivalentes dado que la estimación de la duración tiene un mero carácter orientativo que no generará obligaciones para ninguna de las partes. Es por ello que no se hace necesario, como sí sucede en el caso de contrato firmado entre la ETT y la empresa usuaria, redactar una cláusula previendo la posibilidad de modificar el término de la misión.

Vemos, por lo tanto, que, si bien el término fijado el contrato de puesta a disposición concluido por una ETT no tiene un carácter inamovible, su posible variación exige, en primer lugar, que una cláusula del contrato establezca dicha posibilidad y, en segundo, que dicha modificación se produzca respetando unos límites muy estrictos: la variación no puede ser superior a un día por cada cinco trabajados, y nunca mayor a diez días de trabajo, sin que, además, esta modificación pueda servir para superar los límites genéricos establecidos para la duración de la misión.

En el caso del contrato firmado entre la ETTP y su empresa cliente la falta en el L. 124-26 de una referencia a la modificación del término no quiere decir que ésta no pueda darse, lo cual es evidente dado el carácter estimativo que le otorga, sino que dicha modificación se podrá llevar a cabo sin las limitaciones anteriormente señaladas.

3. Motivo de la contratación del trabajador

Tampoco ha de recoger este nuevo tipo de contrato el motivo que justifica por parte de la empresa cliente el haber recurrido a los servicios de un trabajador de la ETTP, lo cual está fundamentado en que, al contrario de lo que sucede con el recurso a una ETT, dichos servicios no parecen limitarse a unos supuestos específicos.

En efecto, mientras que el artículo L. 124-2-1 y el futuro artículo L. 1251-6 restringen el recurso a las ETT para los mismos casos en los que es permitida la contratación temporal de trabajadores cuando ésta sea llevada a cabo directamente por la empresa (art. L. 124-1-1 y artículo 1242-2, respectivamente) [14], ni el artículo L. 124-26 ni el futuro artículo L. 1252-10 dicen nada al respecto, lo cual, si en principio se puede justifi-

[14] En efecto, si bien en la norma francesa no hay una remisión directa tal como sucede en la Ley española 14/1994, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, los supuestos en los que es posible la finalización de un contrato de duración determinada (art. L. 122-1-1) y aquellos en los se permite contratar los servicios de una ETT (L. 124-2-1) son idénticos. Éstos son, literalmente: «1.º Remplacement d'un salarié en cas d'absence, de passage provisoire à temps partiel, conclu par avenant à son contrat de travail ou par

car por la inexistencia de un trabajador temporal —en tanto el trabajador en misión ha firmado un contrato por tiempo indeterminado con la ETTP—, supone permitir a la empresa cliente recurrir a los servicios de la ETTP sin casi limitación alguna, más aún cuando no existe respecto al contrato de puesta a disposición una previsión equivalente a la que sí existe cuando éste es firmado por una ETT que impida que dicho contrato pueda tener por objeto o efecto la ocupación prolongada de un puesto de trabajo ligado a la actividad normal y permanente de la empresa usuaria.

Si la ausencia de una motivación que justifique la firma del contrato de puesta a disposición resulta ciertamente preocupante, más aún lo es la inexistencia de un artículo equivalente al artículo L. 124-2-3 (futuro L. 1251-10) que establece una serie de situaciones en las que el recurso a la contratación a través de una ETT queda excluido, concretamente, el reemplazo de trabajadores en huelga o de un «médico laboral» y el ejercicio de trabajos de especial peligrosidad. La falta de una exclusión expresa en unos supuestos de tal relevancia resulta, cuanto menos, ciertamente inquietante.

De esta forma, viene creado un supuesto de cesión de trabajadores que supera ampliamente las posibilidades anteriormente ofrecidas, y ello sin que fuera llevada a cabo la modificación del artículo L. 125-3 que establece la prohibición de cesión de mano de obra para todos aquellos casos en los que ésta no sea llevada a cabo a través de una ETT [15].

échange écrit entre ce salarié et son employeur , de suspension de son contrat de travail, de départ définitif précédant la suppression de son poste de travail ayant fait l'objet d'une saisine du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe, ou en cas d'attente de l'entrée en service ef fective du salarié recruté par un contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer; 2.º Accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise; 3.º Emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois; 4.º Remplacement d'un chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale, d'une personne exerçant une profession libérale, de son conjoint participant ef fectivement à l'activité de l'entreprise à titre professionnel et habituel ou d'un associé non salarié d'une société civile professionnelle, d'une société civile de moyens ou d'une société d'exercice libéral; 5.º Remplacement du chef d'une exploitation agricole ou d'une entreprise mentionnée aux 1.º à 4.º de l'article L. 722-1 du code rural, d'un aide familial, d'un associé d'exploitation, ou de leur conjoint, mentionné à l'article L. 722-10 du même code dès lors qu'il participe ef fectivement à l'activité de l'entreprise ou de l'exploitation agricole».

[15] Aunque el artículo L. 125-3 no habla expresamente de ETT , se remite al Capítulo IV donde aparece la regulación de este tipo de empresas. Esta remisión, como excepción a la genérica prohibición de cesión de mano de obra a título lucrativo, exigiría una modificación que incluyera expresamente el Capítulo IV bis dedicado a las empresas de trabajo *à temps partagé* ya que, como hemos visto, la actividad de estás supera el ámbito de actuación de las ETT.

Si bien esta omisión ha sido corregida en la nueva redacción, donde el artículo L. 8241-1 sí recoge expresamente las ETTP como excepción a la genérica prohibición de préstamo de mano de obra a título lucrativo, no deja de ser sorprendente, si no sospechoso, que la inclusión de este tipo de empresas en el ordenamiento francés se llevase a cabo sin la correspondiente, y sin duda polémica, modificación de la disposición relativa a la prohibición de cesión de mano de obra que pudiese alertar sobre el alcance de la incorporación de este nuevo tipo de empresas en el mercado laboral francés.

V. EL CONTRATO DE TRABAJO

1. Contenido del contrato

La diferencia fundamental existente entre el contrato firmado por una ETT y sus trabajadores y aquel firmado entre una ETTP y los suyos es su estabilidad. Mientras que en el primero de los casos el *Code du Travail* tan sólo permite la firma de contratos de duración determinada [16], en el caso de las ETTP el contrato que éstas firman con sus trabajadores será necesariamente por tiempo indeterminado, tal como señalan el artículo L. 124-27 y el futuro L. 1252-4, por lo que su ruptura por una de las partes, como no podría ser de otra manera, se regirá por las disposiciones relativas a rompimiento de contrato de trabajo de duración indefinida [17].

De cualquier forma, esta no parece una garantía suficiente para la estabilidad del trabajador en tanto que, una vez finalizada la misión, la ETTP podrá llevar a cabo un despido por causa económica alegando simplemente que no existe una nueva misión que le pueda ser asignada. El coste de las indemnizaciones que un despido de este tipo genera puede ser tenido en cuenta en el contrato de puesta a disposición a la hora de determinar el precio de la prestación ofrecida por la ETTP [18].

Si, como hemos visto, el contenido del contrato firmado entre la empresa cliente y la ETTP es ciertamente más reducido que el contrato de puesta a disposición firmado entre empresa usuaria y ETT , las disparidades que se observan en la comparación entre el contrato de trabajo que han de firmar estas empresas, ETT y ETTP, con sus propios trabajadores son aún más evidentes.

---

[16] Esta duración no puede ser, en principio, superior a los dieciocho meses, incluida una posible renovación, aunque en determinados supuestos se permite una duración máxima de hasta veinticuatro meses (art. L. 124-2-2-II y futuro L. 1251-12).

[17] Tal como reiterativamente señalan los arts. L. 124-7 y el futuro L. 1252-9. Evidentemente, ante la ruptura de un contrato de duración indefinida como es el firmado entre la ETTP y su trabajador no le corresponde sino la aplicación de las disposiciones relativas a la ruptura de dicho contrato.

[18] Hubert Flichy, «Le portage salarial maintenant légalisé», *Les Echos*, 21/09/2005, p. 12.

Si en el primer caso, contrato firmado entre ETT y trabajador, se ha de señalar, junto a la reproducción de las cláusulas recogidas en el contrato de puesta a disposición, cuestiones como la cualificación del trabajador, las modalidades de remuneración o el eventual periodo de prueba; el artículo L. 124-27 se limita a establecer respecto al contenido del contrato de trabajo firmado por la ETTP que éste habrá de incluir una cláusula de repatriación del trabajador en el caso de que la puesta a disposición se efectúe fuera del territorio metropolitano [19].

Llama la atención la inclusión de esta cláusula —igualmente exigida en el contrato de trabajo firmado por la ETT y cuya redacción está evidentemente inspirada por la regulación de aquél— que posee un carácter ciertamente excepcional como único contenido taxativo dentro del contrato de trabajo que habrán de suscribir ETTP y trabajador, más aún cuando la propia norma señala que el contrato «incluirá *igualmente* una cláusula de repatriación» con lo que parece indicar la existencia de otras cláusulas obligatorias que, sin embargo, ni la enmienda presentada al texto original ni el texto finalmente adoptado incluyen [20].

2. Salario del trabajador de la ETTP

Según el artículo L. 124-28 (futuro artículo L. 1252-8), el salario que ha de percibir el trabajador en misión no puede ser inferior al de un trabajador de la empresa cliente que ocupe el mismo puesto o realice las mismas funciones y que posea un mismo o equivalente nivel de cualificación. Se respeta de esta forma el principio de igualdad de tratamiento ya establecido respecto al trabajador de la ETT según el cual, éste ha de percibir al menos un salario igual a aquel que obtendría en la empresa usuaria un trabajador de cualificación equivalente que ocupara el mismo puesto de trabajo [21].

---

[19] Es decir, no sólo fuera del territorio francés sino también en los territorios denominados de ultramar, es decir, Guadalupe, Guayana Francesa, Martinica, Reunión, Mayotte, Nueva Caledonia, Polinesia Francesa, San Pedro y Miquelón, San Bartolomé, Territorios Australes Franceses, e Islas Wallis y Futuna.

[20] VERKINDT, P-Y., «Groupements d'employeurs et Travail à temps partagé après la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises», *Droit Social*, núm. 12, diciembre 2005, p. 1137. En la nueva redacción, el artículo L. 1252-5, si bien se limita a recoger una idéntica cláusula, al menos elimina el adverbio «igualmente».

[21] Entre otros, PELISSIER, J.; SUPIOT, A.; JEAMMAUD, A., *Droit du travail* (21 ed.), Dalloz, 2002, pág. 414. Si bien ésta ha sido la interpretación asumida por la doctrina francesa, en este caso la regulación dada a las ETTP puede considerarse más acertada que la establecida para las ETT en tanto que ni el artículo L. 124-4-2, ni el apartado sexto del artículo L. 124-3, ambos referidos a la remuneración del trabajador desplazado por la ETT, ni los artículos equivalentes que los sustituyen en la nueva redacción (art. L. 1251-18 y L. 1251-43), establecen tan claramente esta igualdad salarial.

Ninguna referencia aparece, sin embargo, respecto a la cuantificación del salario del trabajador de la ETTP durante los periodos que medien entre las diferentes misiones que le sean encomendadas y ello debido a que previsiblemente tal salario no va a existir, ya que nada parece indicar que, a pesar de que durante estos periodos el trabajador mantiene su vínculo contractual con la ETTP, la mera disponibilidad del mismo vaya a ser retribuida.

La situación de este trabajador parece que puede quedar encuadrada dentro de la regulación del «trabajo intermitente», recogida en los artículos L. 212-4-12 y siguientes (nuevos L. 3123-3 y siguientes), con el único requisito de que exista un convenio colectivo o un mero acuerdo de empresa que establezca esta posibilidad. En él deberán ser señalados los puestos de trabajo de carácter permanente que por naturaleza impliquen una alternancia de periodos trabajados y no trabajados, dentro de los cuales parece evidente que pueden ser incluida la actividad de estos trabajadores destinados a ser cedidos a empresas clientes.

La firma de un contrato de este tipo exigiría que el mismo contuviese la duración mínima anual del tiempo de trabajo, lo cual, si bien en un principio parece establecer una carga importante para la ETTP que firmase un contrato de este tipo, puede ser fácilmente eludido ya que el tiempo de trabajo establecido en el contrato no actúa sino como un mínimo que puede ser fácilmente ampliado, no sólo porque la norma permite que el mismo sea sobrepasado en un tercio —sin que ello suponga una modificación sustancial del contrato—, sino porque además este límite puede ser superado por el mero acuerdo con el trabajador. De este modo, a la ETTP le basta con establecer una duración mínima muy reducida que determinará, a su vez, el salario mínimo anual al que la empresa se obliga, pudiéndolo ampliar sin más limitación que la poco previsible oposición del trabajador.

En definitiva, lo que la posible aplicación del contrato de trabajo intermitente al trabajador de la ETTP hace evidente es que la situación de éste respecto al trabajador de la ETT, si bien puede ser considerada más favorable —al contabilizar, por ejemplo, los periodos no trabajados dentro de la antigüedad— no supone siempre un mayor ingreso salarial, en tanto que los periodos en los que dicho trabajador no se encuentra a disposición de una empresa cliente no son necesariamente retribuidos. Por ello, resulta criticable el que a este trabajador no se le apliquen las indemnizaciones económicas previstas para el trabajador de la ETT, como la indemnización por fin de misión (art. L. 124-4-4 y nuevo L. 1252-32) o la indemnización por interrupción de trabajo debida a las malas condiciones climáticas (art. L. 124-4-5 y nuevo L. 1252-20).

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA CLIENTE

A la hora de definir la responsabilidad de la empresa cliente de la ETTP respecto a los trabajadores de ésta durante el periodo de puesta a disposición, el artículo L. 124-30 (futuro artículo L. 1252-7) se limita a copiar el primer párrafo del artículo L. 124-4-6 (futuro artículo L. 1251-21) referido a la empresa usuaria, obviando el resto de obligaciones recogidas respecto a esta última.

Así, si bien se establece que la empresa cliente será responsable de las condiciones de ejecución del contrato de trabajo tal como éstas son determinadas por las medidas legislativas, reglamentarias y convenciones aplicables al lugar de trabajo, nada se dice, al contrario de lo que sucede respecto de las empresas usuarias que han firmado un contrato de puesta a disposición con una ETT , acerca del contenido de estas condiciones de ejecución, lo cual resulta especialmente evidente y preocupante en materia de seguridad e higiene. Ninguna especificación se hace respecto a la utilización de los servicios sanitarios de la empresa cliente por parte de los trabajadores en misión; ni acerca de los controles médicos de carácter especial que estos mismos han de superar en caso de que la actividad ejercida en la empresa cliente lo requiera, y que en el caso de las empresas usuarias corre a car go de éstas; ni, finalmente, aparece ninguna referencia a la obligación de la empresa cliente de proporcionar los equipos de protección individual a los trabajadores puestos a disposición.

Si bien parece evidente que las reglas contenidas respecto a las obligaciones de las empresas usuarias en esta materia pueden aplicarse por analogía a las empresas clientes de las ETTP , llama la atención que las mismas no hayan sido recogidas expresamente por la nueva normativa.

Completando las imprecisas obligaciones de la empresa cliente respecto al trabajador de la ETTP , el artículo L. 124-29 (futuro L. 1252-8) señala que éste puede acceder a los medios de transporte e instalaciones de carácter colectivo en las mismas condiciones en que lo hacen los propios trabajadores de la empresa cliente. Además, se añade, si este uso deriva en gastos suplementarios que hayan de ser afrontados por el comité de empresa, éstos habrán de ser reembolsados según las modalidades definidas en el contrato firmado entre ETTP y empresa cliente. Dos cuestiones merecen ser señaladas respecto de esta última previsión.

La primera es que, a pesar de la ya señalada imprecisión con la que aparece redactado el contenido del contrato firmado por estas dos empresas, aquí se nos remite a una cláusula específica que establezca las modalidades de reembolso de los gastos ocasionados por el uso de los servicios colectivos de la empresa cliente por parte de trabajador puesto a disposición, cláusula que, de existir estos gastos, habrá de formar parte previsiblemente del contenido obligatorio del contrato.

La segunda sirve quizás de explicación a la primera de las cuestiones. La redacción de este artículo no proviene de la lógica que rige la regulación de las ETTP, sino que responde a una mera reproducción del artículo L. 124-4-7 (futuro L. 1251-24) que recoge un idéntico derecho de los trabajadores cedidos por una ETT, lo cual, si bien por un lado sirve de explicación a la primera de las cuestiones, por otro replantea una segunda pregunta, esta es, si en ocasiones el legislador ha optado por la mera copia de los artículos que regulan la actividad de las ETT ¿por qué en otras disposiciones, por ejemplo la recién analizada en relación a las obligaciones de la empresa cliente respecto a los trabajadores cedidos, lleva a cabo una reproducción reducida de la regulación aplicable a las ETTP? ¿Significa que la aplicación de las disposiciones no repetidas queda excluida respecto a la actividad llevada a cabo por las ETTP? Evidentemente, el régimen legal establecido para las ETT no es aplicable automáticamente a las ETTP, pero no es menos cierto que las numerosas lagunas que presenta la regulación de estas últimas pueden ser en parte cubiertas por una aplicación analógica de las normas referentes a las ETT.

Si, por un lado, la ausencia de una disposición equivalente a aquella que establece que el trabajador de una ETT que continuase llevando a cabo su prestación laboral en la empresa usuaria pasaría a ser considerado trabajador por tiempo indefinido de la misma (art. L. 124-7 y futuro L. 1251-39), puede quedar justificada —aunque no deje de ser criticable— por el diferente régimen contractual de ambos trabajadores, por otro, éste no puede fundamentar , por ejemplo, la exoneración de la responsabilidad de la empresa cliente respecto a la seguridad y salud de los trabajadores puestos a disposición por una ETTP.

En cuanto a la contabilización de los trabajadores puestos a disposición por una ETTP a la hora de determinar las dimensiones y los efectivos de la empresa cliente, nada se dice en la regulación introducida por la ley de 2 de agosto de 2005. El hecho de que, al contrario de lo que sucede con los trabajadores desplazados por una ETT , no aparezca una disposición expresa respecto a esta cuestión no implica que dichos trabajadores no hayan de ser tenidos en cuenta ya que les será de aplicación el régimen general según el cual los trabajadores puestos a disposición por una empresa exterior habrán de ser contabilizados dentro de los efectivos de la empresa prorrateando su tiempo de presencia en la empresa dentro a lo lar go de los doce meses precedentes, siempre que, eso sí, su presencia no se debiera al reemplazo de un trabajador ausente o cuyo contrato de trabajo estuviese suspendido (art. L. 620-10 y futuro L. 1111-2).

Igualmente, habrán de ser inscritos dentro del registro de personal de la empresa, que será único e incluirá a todos los trabajadores independientemente del título que les vincule con aquella (art. L. 620-3 [22]).

Sin embargo, al contrario de lo que sucede con los trabajadores puestos a disposición por una ETT [23] y fundamentado seguramente en la «estabilidad» de la relación contractual que les liga a la ETTP, no se hace referencia a la obligación de informarles respecto de las ofertas de contratos de duración indefinida que existan dentro de la empresa cliente.

VII. CONCLUSIONES

Si, por un lado, la ampliación de las modalidades contractuales ofrecidas a las ETT, básicamente la autorización a firmar contratos de tiempo indefinido entre éstas y sus trabajadores, era una medida que podía ser justificada, y acaso exigida, por la asunción de esta posibilidad en la mayoría de las normativas europeas, por otro, la inclusión de esta posibilidad no parece de ningún modo justificar la aparición de un régimen paralelo al ya establecido para la cesión de trabajadores a través de las ETT.

El legislador francés, asumiendo posiblemente lo anterior, ha llevado a cabo una elaboración confusa, desnaturalizada y velada que ha finalizado con la creación de las ETTP, un tipo de empresas cuya existencia en la práctica se antoja más que dudosa y que parecen tener como único objetivo el crear un régimen paralelo al de las ETT que, paradójicamente, pueda potenciar la actividad de éstas últimas.

De hecho, la regulación de la relación triangular en la que, teóricamente, participaría la ETTP carece de entidad propia más allá de la exigencia de que el contrato que le une con sus trabajadores sea de duración indefinida. En efecto, la totalidad de las disposiciones aplicables a esta nueva relación no son sino la versión atenuada y reducida —casi podríamos decir mutilada— de las reglas que rigen la puesta a disposición de trabajadores por una ETT.

Principios que rigen estas últimas, como la exigencia de motivación que justifique el recurso a la cesión de trabajadores o la exclusión de ésta ante ciertos supuestos —como la sustitución de trabajadores en huelga—, o en ciertas actividades —básicamente aquellas entrañen una mayor peligrosidad—, no parece que deban ser suprimidos por la pretendida estabilidad laboral que se presupone respecto a los trabajadores en misión.

---

[22] La regulación del registro único de personal contenido en el nuevo *Code du Travail*, contenida en los arts. L 1221-13 y siguientes, habla únicamente de los trabajadores de la empresa, con lo que cabría plantearse sí estos trabajadores puestos a disposición habrán de ser igualmente incluidos en dicho registro.

[23] Artículo L. 124-23 y futuro L. 1251-25

Esta misma estabilidad no deja de ser , como ha sido visto, de carácter meramente nominal, dado que la firmeza de la relación contractual, de duración en principio indefinida, puede quebrarse fácilmente en los periodos de ausencia de una empresa cliente que solicite la puesta a disposición del trabajador, situación ante la cual la ETTP —o la ETT que lleve a cabo esta misma actividad— puede justificar un despido por causas económicas o, al menos, inhibirse fácilmente del pago de su salario.

Es decir, a lo que en definitiva parece abocar o, al menos, permitir esta regulación es que dentro de la ETT existan dos tipos de trabajadores [24], uno típico con un contrato de trabajo de duración determinada que coincidiría con el periodo de puesta a disposición, y un segundo con un contrato de duración indefinida al que le sería de aplicación la regulación introducida por la ley de agosto de 2005. Este último trabajador será previsiblemente requerido por las empresas usuarias que se encuentren ante la imposibilidad de acudir a la cesión típica de mano de obra —por la inexistencia de una motivación que la justifique o por la concurrencia de situaciones de exclusión— o que, simplemente, pretendan evitar las consecuencias negativas que ésta les pueda generar [25].

El posible, aunque no inevitable, mayor gasto que pudiese generar la firma de un contrato de duración indefinida entre la ETT y el trabajador podría ser fácilmente repercutido a través del contrato de puesta a disposición a la empresa usuaria, de forma que la ETT estaría en disposición de ofrecer dos tipos de servicios, uno tradicional y otro privilegiado cuyo mayor coste se vería compensado con una reducción tanto en los requisitos exigidos como en las obligaciones generadas.

En definitiva, por un lado, esta disminución de las obligaciones empresariales redunda en una análoga reducción de los derechos del trabajador puesto a disposición y, por otro, la eliminación de parte de las exigencias requeridas en la cesión de mano de obra tradicional supone una evidente agresión a los trabajadores, actuales o potenciales, directamente contratados por la empresa usuaria.

---

[24] Hablamos de trabajadores destinados a su puesta a disposición dentro de una empresa usuaria, dejando por lo tanto al mar gen a los trabajadores estructurales.

[25] Como, por ejemplo, la posibilidad de que el trabajador cedido pase a ser considerado trabajador indefinido de aquella si continua prestando sus servicios una vez finalizado el plazo fijado en el contrato de puesta a disposición.

Comunicación a la Ponencia Temática I

EL MODELO ALEMÁN DE GESTIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

ALBERTO ARUFE VARELA
Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho - Universidad de A Coruña

SUMARIO:

I. LA PERFECCIÓN FORMAL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS, DEL MODELO ALEMÁN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO.—II. LA NATURALEZA UNITARIA, DESDE EL PUNTO DE VISTA TERRITORIAL, DE LA AGENCIA FEDERAL DE EMPLEO.—III. LA NATURALEZA INTEGRAL, DESDE EL PUNTO DE VISTA FUNCIONAL, DE LA AGENCIA FEDERAL DE EMPLEO.

I. LA PERFECCIÓN FORMAL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS, DEL MODELO ALEMÁN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO

1. Como se sabe, un indicador fiable —y con fiabilidad formal y de fondo— de la calidad de la gestión de las políticas nacionales de empleo, al menos dentro del territorio de la Unión Europea, está encarnado en las «orientaciones» y «recomendaciones» para el empleo a que se refiere el artículo 128 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [1]. Las «orientaciones» —también llamadas «directrices» en el Derecho derivado— son elaboradas anualmente (desde 1997) por el Consejo y aprobadas por Decisión del mismo (desde el año 2000), refiriéndose a grandes objetivos del empleo a conseguir en los Estados miembros en el año natural de que se trate (por ejemplo, medidas activas y preventivas a favor de los desempleados y de las personas inactivas, abordar el cambio y promover la adaptabilidad y la movilidad en el mercado de trabajo, o regularizar el trabajo no declarado). Por su parte, las «recomendaciones» también son elaboradas (desde el año 2000) por el Consejo y aprobadas por Recomendación del mismo —coétanea a la Decisión sobre «directrices», también en lo referente a su publicación en el DOUE—, poseyendo una estructura formal muy clara, pues «en ellas se efectúa un repaso de la situación en relación con el empleo, miembro por miembro, de todos y cada uno de los Estados de la Unión, indicando, primero, cuáles son las deficiencias o los problemas detectados en cada caso, y a continuación, qué es lo que debería hacer cada Estado para solucionar dichos problemas o deficiencias, utilizando la fórmula —siguiendo un estricto orden alfabético— «Bélgica debería», «Dinamarca debería», «Alemania debería», etc.» [2].

---

[1] Sobre el tema, véase J. M ARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X. M. CARRIL VÁZQUEZ: Derecho del Trabajo, 2.ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 101-102.

[2] Sobre esto, véase A. ARUFE VARELA: «El cumplimiento por Italia de las recomendaciones europeas sobre el empleo, a través de la "Reforma Biagi", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional, núm. 10 (2006), págs. 63-64.

2. Si miradas diacrónicamente y con la perspectiva que otor ga el hecho de su periódica aprobación a lo largo de este último septenio, resulta evidente que la mejora y la modernización de los servicios públicos de empleo han acabado convirtiéndose en un tema recurrente, tanto en las «directrices» como en las «recomendaciones» de la Unión Europea para el empleo. Así, respecto de España, los reiterados deberes incumplidos que la Unión Europea nos achacaba desde 1998 en este tema, con algún intermedio rocambolesco —especialmente en el año 2002 [3]—, acabaron precipitando en la reforma a fondo de nuestros servicios públicos de empleo en el año 2003 [4], última reforma laboral significativa del Gobierno del señor Aznar. Y respecto de Italia —otro de los «grandes» de la Unión Europea—, la llamada «reforma Biagi» de 2003, emprendida por el último Gobierno del señor Berlusconi, pretendió cumplir el objetivo de «modernización y racionalización del sistema público de colocación, con el fin de hacerlo más eficiente y competitivo», mediante la promulgación del Decreto Legislativo núm. 276, de 10 septiembre 2003, cuyas novedades esenciales fueron las tres «siguientes: 1) la institución de un «registro de las agencias para el trabajo [*albo delle agenzie per il lavoro*] con la finalidad de desarrollar actividades de suministración [*somministrazione*], intermediación [*intermediazione*], búsqueda y selección del personal [*ricerca e selezione del personale*] o apoyo a la recolocación profesional [*supporto alla ricollocazione professionale*]» —cuya sede aparece centralizada «en el Ministerio del trabajo y de las políticas sociales»—, estableciéndose asimismo el procedimiento de autorización y los requisitos exigidos para la inscripción en dicho registro; 2) la prohibición de comunicar ofertas de empleo de manera anónima, o por sujetos no autorizados, así como la de exigir del trabajador el pago de una retribución; y 3) la constitución de una «bolsa continua nacional del trabajo [*borsa continua nazionale del lavoro*]», definida como un «sistema abierto y transparente de encuentro entre demanda y oferta de trabajo basado en una red de enlaces regionales …, alimentado por toda la información útil a tal fin introducida en el sistema mismo ya por los operadores públicos y privados, autorizados …, ya directamente por los trabajadores y por las empresas» [5].

3. Frente a lo ocurrido con España e Italia, llama poderosamente la atención que las «recomendaciones» para el empleo (recuérdese, «España debería», «Italia debería», etc.) no vengan imponiendo absolutamente ningún deber a la República Federal de Alemania, en materia de servicios públicos de empleo, no quedando más remedio que concluir que el régimen jurídico de

---

[3] Sobre el denominado «decretazo» de dicho año, con críticas a su discutible constitucionalidad parcial, véase A. Arufe Varela: «El nuevo "compromiso de actividad", situación legal de desempleo y beneficiarios del subsidio de desempleo», Actualidad Laboral, núm. 33 (2002), págs. 717 y ss.

[4] Sobre esta reforma, véase J. M artínez Girón, A. Arufe Varela y X. M. Carril Vázquez: Derecho del Trabajo, 2.ª ed., cit., págs. 109 y ss.

[5] Véase, A. Arufe Varela: «El cumplimiento por Italia de las recomendaciones europeas sobre el empleo, a través de la "Reforma Biagi"», cit., págs. 67-68.

los servicios públicos de empleo alemanes rozan la perfección, pues *nihil obstat* —siempre desde la perspectiva de las instituciones de la Unión Europea— a todo lo relativo a su or ganización y funcionamiento. Este régimen jurídico, a calificar por españoles e italianos de antipáticamente perfecto, aparece contenido en los Libros Segundo y Tercero del monumental Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*) [6], que tratan del «Aseguramiento básico de los demandantes de empleo [*Grundsicherung für Arbeitsuchende*]», parágrafos 1 a 67, y del «Fomento del empleo [*Arbeitsförderung*]», parágrafos 1 a 436, respectivamente. Antipatías aparte, es también claro que este modelo alemán puede interesar especialmente al lote de nuevos Estados que ingresaron en la Unión Europea, con fecha de efectos de 1 mayo 2004, visto que las tan citadas «recomendaciones» de la Unión Europea relativas a ellos (salvo sorprendentemente en el caso de Malta, a pesar de poseer una «tasa de empleo … especialmente baja si se compara con la media de la EU-15») insisten una y otra vez sobre la necesidad de modernización y puesta al día de sus respectivos servicios públicos nacionales de empleo [7].

II. LA NATURALEZA UNITARIA, DESDE EL PUNTO DE VISTA TERRITORIAL, DE LA AGENCIA FEDERAL DE EMPLEO

4. Sobre la base de que el territorio es un condicionante esencial de la eficacia de las políticas de empleo —lo acredita, según se verá luego, el Derecho derivado de la Unión Europea relativo a las zonas «NUTS»—, no resulta ocioso recordar que Alemania es un Estado federal, afirmando al respecto la propia Constitución de la Federación (de 1949, recientemente modificada por Ley de 28 agosto 2006) que «la República Federal [*Bundesrepublik*] de Alemania es un Estado federal [*Bundesstaat*] democrático y social» (art. 20.1), y también —pero ahora en su Preámbulo—, que se compone desde 1990 de dieciséis «Estados federados [*Länder*]», que son los de «Baden-Württemberg, Baviera, Berlín, Brandebur go, Bremen, Hambur go, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Baja Sajonia, Renania del Nor-

---

[6] He manejado, en versión impresa, el texto del mismo contenido en Sozialgesetzbuch, 33.ª ed., Beck (Múnich, 2006), con «Einführung» a car go de B. SCHULIN (págs. IX-LVIII). La versión consolidada al día de este Código resulta accesible a través del repertorio legislativo genérico en la web del Ministerio federal de Justicia (en http://bundesrecht.juris.de), y aún resulta más útil la consulta —siempre en su versión consolidada puesta al día, y de visita gratuita— a través del repertorio legislativo específico en la web del Ministerio federal de Trabajo y de Seguridad Social —en http://gesetze.bmas.bund.de—, que posee el valor añadido de facilitar en mayor medida el manejo de esta obra legislativa monumental, dado que permite visualizar el índice de cada uno de los doce Libros de que se compone, y además, da acceso directo desde el propio índice a cada uno de los preceptos.

[7] Al respecto, significativa por la coetaneidad del fenómeno, véase la Recomendación del Consejo de 14 octubre 2004, sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros. Véase K. WITTERSTÄTTER, Soziale Sicherung. Eine Einfühnng fùr Sozialarbeiter/Sozialpädagogen mit Fallbaispielen, 6.ª ed., Luchterhand (Múnich, 2003), págs. 171 y ss.

te-Westfalia, Renania-Palatinado, Sarre, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Schleswig-Holstein y Turingia» [8]. Siempre según la Constitución federal, la legislación sobre «Seguridad Social» (y por tanto, las políticas pasivas de empleo) y sobre los servicios públicos de empleo tienen la naturaleza jurídica de legislación «concurrente», dado que «la legislación concurrente [*konkurrierenden Gesetzgebung*] se extiende a los campos», entre otros muchos, de «el Derecho del Trabajo, con inclusión de la or ganización de la empresa, de la prevención de riesgos laborales y de la intermediación laboral [*Arbeitsvermittlung*], así como la Seguridad Social [*Sozialversicherung*], con inclusión del aseguramiento del desempleo [*Arbeitslosenversicherung*]» [9], aunque de hecho la legislación sobre dichas materias es actualmente en Alemania legislación federal, al haber legislado la Federación sobre ellas —mediante la promulgación del citado Código de Seguridad Social—, al amparo de lo dispuesto en el artículo 72 de la propia Constitución federal, según el cual «en el ámbito de la legislación concurrente, los Estados federados tienen el poder de legislar, en tanto en cuanto la Federación no haya hecho uso mediante Ley de su competencia legislativa» [10]. Pues bien, de acuerdo con esta legislación federal, lo primero que llama la atención es que el ámbito de actuación de los servicios públicos alemanes de empleo —gestionados por la «Agencia Federal de Empleo [*Bundesagentur für Arbeit*]»— no coincida en absoluto con la or ganización territorial, por Estados federados, de acuerdo con la cual se estructura la República Federal de Alemania.

5. En efecto, de acuerdo con el Capítulo Undécimo del Libro Tercero del Código de Seguridad Social —que es donde aparece contenido el régimen jurídico básico de la Agencia Federal de Empleo—, desarrollado por múltiples reglamentos internos —publicados en el Boletín Federal de Anuncios (*Bundesanzeiger*) [11]—, la Agencia Federal de Empleo se estructura en tres niveles territoriales concéntricos [12]. En primer lugar, el nivel central, afirmando al respecto el Código de Seguridad Social que «la Agencia Federal tiene su sede en Nuremberg» [13], Estado federado de Baviera. En segundo lugar, el nivel intermedio, articulado alrededor de «Direcciones Regionales [*Regionaldirektionen*]» [14] —que son diez—, de las cuales cinco constituyen agrupaciones de diversos Estados federados (por ejemplo, la Dirección Regional Norte [*Nord*] comprende el rico y superpoblado Estado-ciudad de Hamburgo y los deprimidos Estados federados de Mecklemburgo-Pomerania Occidental y Schleswig-

[8] Párrafo segundo.

[9] Cfr. artículo 74.12.

[10] Apartado 1. Sobre los orígenes y desarrollo progresivo de la codificación del Derecho de la Seguridad Social en Alemania, véase R. WALTERMANN: Sozialrecht, 5.ª ed., C.F. Müller (Heidelberg, 2005), págs. 1-5.

[11] Su texto, en versión alemana consolidada, puede consultarse en el propio sitio de Internet de la Agencia Federal de Empleo, ubicado en www .arbeitsagentur.de.

[12] Véase E. EICHENHOFER: Sozialrecht, 5.ª ed., Mohr Siebeck (Tubinga, 2004), pág. 248.

[13] Cfr. parágrafo 367, apartado 4.

[14] Cfr. parágrafo 367, apartado 2 y 3.

Holstein, teniendo su sede esta Dirección Regional en la pequeña ciudad de Kiel). En tercer lugar, el nivel local, articulado alrededor de «agencias de empleo [*Agenturen für Arbeit*]» [15]. Estas últimas constituyen las unidades clave de la organización territorial de la Agencia Federal de Empleo —hay 178 en toda Alemania—, las cuales integran en su seno una pluralidad de «oficinas de empleo [*Geschäftsstellen*]», en el caso de que la correspondiente agencia de empleo cubra núcleos industrial y poblacionalmente significativos (por ejemplo, Stuttgart, capital del Estado federado de Baden-Württemberg, es sede de agencia de empleo y sede de Dirección Regional, y posee seis oficinas de empleo).

6. Para comprender la trascendencia de esta peculiar organización territorial, basta poner de relieve que el Reglamento (CE) núm. 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 diciembre 2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, considera acciones subvencionables las que tengan que ver con «el despido, durante un período de nueve meses, de al menos mil trabajadores, en particular de pequeñas o medianas empresas, en un sector del nivel 2 de la NACE en una región o dos regiones contiguas en el nivel NUTS II» [16]. Pues bien, de acuerdo con esta norma, en España se requeriría la actuación conjunta, por ejemplo, de Galicia y Asturias o de Galicia y Castilla-León, al ostentar cada una de nuestras diecisiete comunidades autónomas —según el Derecho derivado de la Unión Europea [17]— la condición jurídica de «NUTS II». En cambio, Stuttgart ostenta en Alemania la condición jurídica de «NUTS II», por lo que ninguna coordinación excepcional requeriría la aplicación del citado Reglamento sobre el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, al quedar todo en manos de la correspondiente Dirección Regional de la Agencia Federal de Empleo.

III. LA NATURALEZA INTEGRAL, DESDE EL PUNTO DE VISTA FUNCIONAL, DE LA AGENCIA FEDERAL DE EMPLEO

7. Como se sabe, España e Italia todavía andan a vueltas con el tema de su estructuración territorial, lo que quizá pueda explicar que sus servicios públicos de empleo se ajusten a un modelo que no es ni integral ni unitario,

---

[15] Cfr. parágrafo 367, apartado 2.

[16] Cfr. artículo 2.b).

[17] Véase Anexo I del Reglamento (CE) núm. 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 mayo 2003, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS). Téngase en cuenta —por aplicación del Reglamento (CEE) núm. 3037/90 del Consejo, de 9 octubre 1990, relativo a la nomenclatura estadística de actividades económicas en la Comunidad Europea— que la expresión «nivel 2 de la NACE» se refiere a las actividades económicas «identificadas mediante un código alfabético de dos caracteres (divisiones)», precisamente en el Anexo único del propio Reglamento 3037/90 (por ejemplo, «industrias de productos alimenticios y bebidas», «industria textil» o «industria de la confección y de la peletería», todas relativas a actividades económicas aparentemente amenazadas de deslocalización en toda Europa).

esto último al estar desagregado territorialmente. De ahí que en el caso de Italia —al igual que ocurre en España— no quepa hablar de un único servicio público de empleo, sino de una pluralidad de ellos, que en España son el «Servicio Público de Empleo Estatal» y los «Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas» [18]; y que son en Italia, en el plano estatal, la denominada «Agencia Técnica Italia Lavoro» —dependiente del «Ministerio del Trabajo y de la Previsión Social [*Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale*]» y del «Ministerio de la Solidaridad Social [*Ministero della Solidarietà Sociale*]»—, y en el plano regional, los «Servicios Regionales de Empleo [*Servizi Regionali per l´Impiego*]» —encarnados cada uno de ellos en su correspondiente «Agencia Regional [*Agenzia Regionale*]» (por ejemplo, la «*Agenzia Lazio Lavoro*», la «*Agenzia Piemonte Lavoro*», la «*Agenzia regionale per l´instruzione, la formazione e il lavoro* [de Lombardía]», etc.)—, que coordinan las competencias que poseen en este tema las diversas provincias (por ejemplo, Milán y demás provincias de Lombardía, Turín y demás provincias de Piamonte, Roma y demás provincias de Lacio, etc.), y fundamentalmente la de crear y gestionar las oficinas de empleo, denominadas «centros de empleo [*centri per l´impiego*]» [19]. Pues bien —y ahora viene lo importante—, esta pluralidad de servicios de empleo se ocupa únicamente —al igual que ocurre en España— de la gestión de las políticas activas (de ahí su carácter «no integral»), al estar confiada en Italia (y también, en España) la gestión de las prestaciones contributivas de desempleo (« *indennità di disoccupazione ordinaria*», «*indennità di disoccupazione con requisiti ridotti*»; en España, prestaciones y subsidios de desempleo) a una entidad gestora pública estatal específica, que es el Instituto Nacional de la Previsión Social (*Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*), equivalente en España del antiguo INEM (hoy , Servicio Público de Empleo Estatal).

8. En cambio, frente a este caos funcional, la tan citada Agencia Federal de Empleo gestiona en Alemania no sólo las políticas activas, sino también las políticas pasivas de empleo (funciona incluso, aunque sorprenda, también como institución equivalente de nuestro Fondo de Garantía Salarial) [20]. De un lado, porque en el Libro Tercero del Código de Seguridad Social, donde se regulan las políticas activas y pasivas ligadas al desempleo contributivo (la pasiva, reconducible en lo esencial a la «prestación por desempleo [*Arbeitslosengeld*]») [21], se afirma que «la

[18] Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ: Derecho del Trabajo, 2.ª ed., cit., págs. 109 y ss.; y de los mismos autores, Derecho de la Seguridad Social, 1.ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2005), págs. 241-242.

[19] Al respecto, véase la bibliografía citada en A. ARUFE VARELA: «El cumplimiento por Italia de las recomendaciones europeas sobre el empleo, a través de la "Reforma Biagi"», cit., págs. 65 y ss.

[20] Sobre «Insolvenzgeld», véase H. BLEY, R. KREIKEBOHM y A. MARSCHNER: Sozialrecht, 8.ª ed., Luchterhand (Neuwied, 2001), págs. 280-281.

[21] Cfr. parágrafos 117 y ss. Sobre el tema, fundamental, véase K.-P . WAGNER, «Arbeitsförderung», en B. BARON VON MAYDELL y F. RULAND (Editores), Sozialrechtshandbuch, 3.ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2003), págs. 1206 y ss.

Agencia Federal es la administración gestora competente [*zuständige Verwaltungsträger*] para llevar a cabo las funciones a que se refiere este Libro» [22]. De otro lado, porque en el Libro Segundo del propio Código de Seguridad Social, donde se regulan las políticas activas y pasivas ligadas al desempleo asistencial (la pasiva, asimismo reconducible en lo esencial a la «prestación por desempleo II [*Arbeitslosengeld II*]») [23], también se afirma que «gestoras de las prestaciones a que se refiere este Libro son», junto a otras entidades de los Estados federados o de las municipalidades, también «la Agencia Federal de Empleo» [24].

9. Visto este carácter rigurosamente integral —desde un punto de vista funcional— de la actuación de la Agencia Federal de Empleo, se comprende que Alemania se encuentre de nuevo mucho mejor posicionada que España o Italia, por ejemplo, de cara a la tramitación de las solicitudes de intervención reguladas por el antes citado Reglamento (CE) núm. 1927/2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización. En efecto, este Reglamento comunitario advierte que con cargo al FEAG «podrá concederse una contribución financiera para aquellas medidas activas del mercado laboral que se integren en el marco de un conjunto coordinado de servicios personalizados destinados a la reinserción laboral de los trabajadores que hayan perdido sus puestos de trabajo» [25], aclarando rotundamente que «el FEAG no financiará las medidas pasivas de protección social» [26]. Ninguna coordinación interadministrativa hará falta en Alemania a estos efectos —todo está en las manos de la Agencia Federal de Empleo—, mientras que en España y en Italia resultarán precisas medidas de coordinación extraordinaria entre Comunidades Autónomas (por ejemplo, el País Vasco y Navarra, donde claramente existen sectores amenazados de deslocalización, como el de fabricación de automóviles) y Regiones, que indudablemente complicarán la tramitación —ya de por sí complicada— de las solicitudes de intervención de este importante fondo europeo.

[22] Cfr. parágrafo 368, apartado 1, inciso primero.
[23] Cfr. parágrafos 19 y ss.
[24] Cfr. parágrafo 6, apartado 1, núm. 1.
[25] Artículo 3, párrafo primero.
[26] Ibidem, párrafo segundo.

Comunicación a la Ponencia Temática I

CUESTIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL PROCESO DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

MARÍA SALAS PORRAS
FRANCISCO VILA TIERNO
Universidad de Málaga

SUMARIO:

I. UNA APROXIMACIÓN A LAS TICS Y LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES.—II. LOS LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL.—III. LA APLICACIÓN EN LA ESFERA LABORAL DE LA PROTECCIÓN DE DATOS.—IV. SISTEMAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.—V. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

«Welcome to the High-Technology Lifestyle»
(BILL GATES)

Las Tecnologías de la Infocomunicación (TICs), en tanto que instrumentos de transmisión de la información y el conocimiento a través de nuevas técnicas, se presentan como una realidad en claro proceso de expansión como respuesta a un contexto socio-económico marcadamente global y abierto. En el ámbito del mercado de trabajo esto supone, entre otros efectos, una alteración de los tradicionales procedimientos de intermediación laboral y, en consecuencia, de los procesos de captación, selección y contratación [1].

Esta transformación, lejos de ser circunstancial, no ha supuesto hasta el momento un desarrollo legal que regule este fenómeno de despersonalización y podría constituir , dado ese vacío normativo, una vía de vulneración de derechos cívicos y laborales con cuestiones que afecten, por ejemplo, a la regulación y control de los flujos migratorios y , en este caso, y en último extremo al mercado laboral español. Pero es especialmente significativo que el grueso de actuaciones de intermediación se desarrollen en el momento previo a la contratación y por tanto, no sometidas a la protección de las normas laborales, pudiendo constituir , en algún caso, una posible trasgresión de derechos fundamentales.

Esto implica la necesidad de valorar la idoneidad de los mecanismos de control ya existentes o configurar otros nuevos adaptados a la utilización de las TICs, de manera que se garanticen el derecho a no ser discriminados en el acceso al empleo, el respeto de la dignidad e intimidad personales, así como la previsión de eventuales situaciones de ilegalidad.

---

[1] Las innovaciones que introducen las TICs son polivalentes ya que se traducen en novedades «tanto de tipo tecnológico y productivo como de carácter or ganizativo y de control». En este sentido *vid*. en BELZUNEGUI ERASO, A.: Teletrabajo: estrategias de flexibilidad, CES, Colección de Estudios, Madrid, 2002, pág. 127.

I. UNA APROXIMACIÓN A LAS TICS Y LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

La robótica, la ofimática y la informática son tecnologías aplicadas que tienen cabida en el Derecho del Trabajo [2]. De ellas, la informática, que se encarga del tratamiento electrónico de la información, centrará nuestro análisis ya que su «finalidad es permitir y mejorar la obtención, almacenamiento, recuperación explotación, uso y difusión de la información» [3]. Y en este sentido, instrumentos como Internet y el correo electrónico han supuesto la superación de los procedimientos clásicos de selección y contratación de personal, permitiendo, por una parte, ampliar el campo de actuación y las posibilidades desde un punto de vista empresarial y, por otra, la entrada, durante el intercambio de la información previo al contrato de trabajo, de problemas derivados del todavía escaso control de la seguridad de las transmisiones y del intercambio de datos por la red. De ahí, que como primera cuestión objeto de regulación deba ser el contenido y los mecanismos de transmisión y recepción que permitan el uso regular y seguro de estos instrumentos en un proceso de intermediación o contratación laboral [4].

II. LOS LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE PERSONAL

La elección de trabajadores por o para una empresa comprende dos fases diferenciadas. La primera se corresponde con la de búsqueda de empleo, en la que confluyen intereses contrapuestos: frente a la oferta empresarial de puestos de trabajo vacantes y búsqueda del candidato idóneo, la del demandante de empleo que pretenden obtener la máxima información sobre aquéllos. La segunda consiste en el proceso de selección propiamente dicho, en la que se concretan cuales son los caracteres de las ofertas de empleo y las aptitudes y cualidades de los potenciales trabajadores interesados en acceder a ellas.

La aproximación a estas dos fases puede realizarse a través de cuatro vías fundamentales de información y contacto entre los aspirantes a un trabajo y sus oferentes: a través de relaciones informales (por amigos,

---

[2] En este sentido *vid*. González Ortega, S.: «La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo» en Alarcón CAracuel, M. R. y Esteban Legarreta, R. (Coord.): Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Editorial Bomarzo, Alicante, 2004, págs. 19-48.

[3] Lope Peña, A.: Innovación tecnológica y cualificación (La polarización de las cualificaciones en la empresa), CES, Colección Estudios, Madrid, 1996, págs. 32-33.

[4] *Vid*. en este sentido: Orden TAS/503/2007, de 28 de febrero que extiende al Servicio Público de Empleo Estatal la utilización de nuevas tecnologías en la presentación de escritos y tramitación de procedimientos susceptibles de tramitación telemática.

parientes o conocidos); mediante ofertas o demandas de trabajo con publicidad —que suelen divulgarse por razón de medios de comunicación social, entre ellos Internet y el correo electrónico—; encar gando el cometido a agencias privadas de colocación y/o selección sin ánimo de lucro [5] —que pueden o no ofertar sus servicios vía telemática—; y por último acudiendo al Servicio Público de Empleo Estatal o a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos [6] —que también disponen de páginas Web donde puede consultarse o añadirse información tanto por los oferentes como por los demandantes de empleo y que es manifestación de la prescripción realizada desde el artículo 8.2 letras a) y b) de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo [7]—. Tal y como puede inferirse de la anterior clasificación —sin ánimo de ser exhaustiva— las TICs paulatinamente han colonizado la mayoría de las fórmulas de intercambio de información en los procedimientos de intermediación o selección.

De todo ello, se extraen las siguientes conclusiones: por una parte, la utilización de Internet como principal medio de captación que permite al empresario elegir o seleccionar entre un mayor número de candidatos y, del mismo modo, eliminar de un modo más rápido a aquéllos que no reúnan las aptitudes requeridas. Esta discrecionalidad queda amparada por el principio de libertad de empresa —artículo 38 de la Constitución Española—, pero ello no supone una disponibilidad absoluta ya que está sujeto a los límites legales —el empresario ha de adecuar su actuación a los mandatos legales imperativos conforme al artículo 53 de la Constitución Española— y, de otro lado, debe respetar las exigencias eventualmente establecidas en convenio colectivo para la selección. En este sentido, mecanismos para garantizar la objetividad en la toma de decisiones y reducción de los parámetros de discrecionalidad empresarial son la regulación por la negociación colectiva de criterios de selección como la superación de ciertas pruebas o cursos de capacitación, la incorporación de representantes de los trabajadores en los ór ganos de valora-

---

[5] Esta posibilidad se prevé en el artículo 21 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre de Empleo y aún antes por el Convenio de la Or ganización Internacional de Trabajo de 1972 núm. 96 sobre agencias retribuidas de colocación, modificado por el Convenio núm. 181 de 1999 sobre agencias de empleo privadas.

[6] Las Comunidades Autónomas han asumido competencias en esta materia con base en el artículo 149.1.7 de la Constitución Española y en el artículo 5 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre de Empleo.

[7] Este artículo prevé los «Principios de or ganización y funcionamiento del Sistema Nacional de Empleo: 2.a) Integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información. El Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas colaborarán en la creación, explotación y mantenimiento de un sistema de información común que se or ganizará con una estructura informática integrada y compatible (…). 2.b) Existencia de un sitio común en red telemática que posibilite el conocimiento por los ciudadanos de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo (…)».

ción; o bien incluyendo a los aspirantes en bolsas de trabajo de modo que la empresa ve constreñida su genérica capacidad para escoger a los trabajadores entre los allí inscritos y por ese orden. En cualquier caso, opera como límite absoluto el respeto a los derechos fundamentales, límite que, sin embargo, con mayor frecuencia se ve superado en esta fase precontractual.

En este sentido, tanto el principio de igualdad y no discriminación como el derecho al honor y la intimidad son, los que de un modo más explícito encuentran amparo legal. Por una parte, el artículo 17.1 ET —con el referente del Convenio núm. 1 11 de la OIT— declara nulas las disposiciones reglamentarias, convencionales —colectivas o individuales— y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas —favorables o no— por razón de la edad, discapacidad, sexo, origen —racial o étnico— estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua. A estos efectos, por discriminación deberá entenderse «la ausencia de una justificación objetiva y razonable para la exclusión, pues la existencia de un trato desigual reprobable debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada» [8] —a excepción de las medidas de acción positiva cuando se refieran a colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo—.

Por otra parte, en el ámbito de la búsqueda de información sobre los candidatos, el Derecho de protección de datos, limita el uso de la información obtenida en los procesos de intermediación o selección de personal al estrictamente necesario para el fin para el que han sido demandados [9]. Queda prohibida por lo tanto cualquier pregunta a los candidatos acerca de su ideología, vida sexual o estado civil y por ende cualquier indagación —física o telemática— sobre aquellos aspectos de su esfera privada que no tengan mayor trascendencia a nivel profesional. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal [10] —LO 15/99 —y la Ley Or gánica 1/1982 de protección ci-

[8] Así se puso de manifiesto por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 33/1983 de 4 de mayo y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 341/2005, de 22 de noviembre.

[9] La «garantía de intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática» es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático… y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención». Extracto del F.º D.º 3.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1 1/1998, de 13 de enero.

[10] La citada norma legislativa es producto de la modificación operada en su antecesora, la Ley Or gánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, cuyo objeto era, conforme a su artículo 1, «limitar el uso de la informática para salvaguardar el honor , la intimidad personal y familiar de las personas fí-

vil del derecho al honor , a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen— LO 1/1982 constituyen el marco jurídico para la protección de datos de carácter personal. De la aplicación de aquellas pueden deducirse tanto los comportamientos con validez jurídica [11] como la identificación de las intromisiones ilegítimas.

Y es que los derechos fundamentales comprometidos en el procesamiento de datos, en tanto que referidos a la persona en general y no solo o no relativos a las relaciones laborales, serán, por una parte el derecho a la intimidad, que conforme a la STC 186/2000 «supone la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimiento intrusista, como a la divulgación ilegítima de estos datos» y, por otro, el derecho o libertad informática, que ha sido considerado por el propio Tribunal Constitucional como un derecho autónomo y no vinculado necesariamente a la intimidad. Se refiere al derecho a la protección de datos que en la STC 290/2000 queda configurado como «aquel que garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales, confiriendo a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos. Estos derechos que son los nutrientes básicos del sistema de protección, se hacen efectivos a través de otra serie de garantías instrumentales como son el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos. De este modo, el derecho comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer

---

sicas y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales». Se recogían así los principios establecidos en el Convenio 108 para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal de 1981 y se daban los primeros pasos hacia la recepción de la dimensión positiva del derecho al control de la protección de datos que no abarcaba el artículo 18.4 de la Constitución Española de 1978 —esta opinión es compartida por LUCAS MURILLO, P.: El derecho a la autodeterminación informativa, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 107 y ss.—. Con posterioridad, se aprobó por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos, que obligó a revisar el referido marco jurídico-legislativo de la protección de datos, promulgándose en sustitución de la anterior la Ley Or gánica 15/1999, de 13 de diciembre. Esta a su vez ha sufrido un cambio denominación por el artículo 79 de la Ley 62/2003, de 30 de noviembre: «Las referencias a la Agencia de Protección de Datos deberán entenderse realizadas a la Agencia Española de Protección de Datos)».

[11] «Facultades que autorizan al titular para obrar válidamente y exigir de los demás el comportamiento correspondiente»: GOÑI SEIN, J. L.: «Vulneración de derecho fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos» en ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (Coord.): Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Editorial Bomarzo, Alicante, 2004, págs. 49-87.

frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos. De suerte que es sobre dichos ficheros donde han de proyectarse, en última instancia, las medidas destinadas a la salvaguardia del derecho fundamental».

III. LA APLICACIÓN EN LA ESFERA LABORAL DE LA PROTECCIÓN DE DATOS [12]

Frente al imprescindible intercambio de información entre trabajador y empresario —siendo éste más revelador para primero que para el segundo— el carácter personalísimo de la prestación de servicios en la relación laboral la hace más propensa a la vulneración y trasgresión de derechos fundamentales derivados del uso y tratamiento de la información. En este sentido, la vulneración de derechos de los sujetos que participan en un proceso de búsqueda de empleo, se apoya en la capacidad de recopilar y transmitir datos sobre la persona del trabajador , así como de la capacidad de tratamiento o elaboración de información [13].

De una parte, cabe la elaboración de ficheros de datos sin que hubiera sido preciso filtrar con parecer previo su procedencia de acuerdo a «su relevancia en relación con los requisitos de aptitud o con las obligaciones derivadas del contenido de la prestación laboral» [14] y sin conocimiento por parte del interesado. De otra parte, no es extraño el intercambio u obtención de datos personales en poder de otras empresas y sin limitación en cuanto al acceso [15]. El problema entonces se bifurca porque, de un lado, el

---

[12] Sobre la tutela de la libertad informática en el ámbito laboral, en general, *vid*. DEL REY GUANTER, S.: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo», Relaciones Laborales, 1993-II, págs. 135 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Utilización y control de datos laborales automatizados, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997; CARDONA RUBERT, M. B.: Informática y contrato de trabajo. Aplicación de la Ley 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter Personal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; FERNÁNDEZ VILLALÓN, L. A.: «Los derechos de los trabajadores frente al tratamiento de datos personales (Comentario a la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas fisicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación)», Relaciones Laborales, 1996-II; DE VICENTE PACHÉS, F.: El derecho del trabajador al respeto de su intimidad, CES, Madrid, 1998 y MARTÍNEZ FONS, D.: El poder de control del empresario en la relación laboral, CES, Madrid, 2002.

[13] En este sentido *vid*. a LUCAS MURILLO, P.: El derecho a la autodeterminación informativa, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 137.

[14] Así se expresa GOÑI SEIN, J. L.: «Vulneración de derecho fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos» en ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (Coord.): Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Editorial Bomarzo, Alicante, 2004, págs. 49-87.

[15] Obteniéndose así un perfil que puede ser, y lo es en la mayoría de las ocasiones, erróneo y distante de la realidad puesto que estas recopilaciones sin control son producto de un cruce aleatorio de los datos contenidos en los ficheros disponibles al acceso de terceros sin

empresario obtiene un perfil desdibujado del que podría ser un efectivo y productivo empleado lo que se traduce en doble perjuicio para el trabajador: primero que inconsciente e involuntariamente pierde una oportunidad de empleo, y segundo, porque puede a la vez estar siendo objeto de una intromisión ilegítima por parte del empresario, que a través de la ilícita indagación realizada obtiene datos íntimos de la vida del demandante, independientemente del hecho de que a su vez, constituya un supuesto de discriminación en el empleo por la utilización de aquellos datos como justificación última de su exclusión en el proceso de captación.

La LO 15/99 prevé esta circunstancia en el ámbito de las relaciones laborales, primero definiendo el tipo de datos personales que son susceptibles de merecer protección —«cualquier información concerniente a personas identificadas o identificables», artículo 3 a)— y , posteriormente declarando al empresario responsable del fichero —artículo 3.d) en relación al 25— y al trabajador sujeto afectado por el tratamiento de estos datos —artículo 3 e) en relación al 25—.

Pero no toda la información concerniente a un individuo obtiene el mismo grado de protección por parte de la Ley Or gánica 15/99, sino que ésta establece unos niveles de protección directamente proporcionales a los datos componentes de la información según se clasifiquen en «datos especialmente protegidos» o en «datos sensibles», perteneciendo al primer grupo sólo los referentes a: ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual y comisión de infracciones penales y/o administrativas —artículo 7—.

Como mecanismos de garantía se exige, en primer lugar y como regla general, el consentimiento informado del titular de los datos para cualquier cesión o tratamiento de los mismos —artículo 6.1—. Sin embar go, en la fase previa a un contrato de trabajo esta regla general parece quebrar. Así, la excepción queda recogida por el artículo 6.2 [16] que niega la exigibilidad del consentimiento del titular de los datos cuando estos se refieran a las partes de un contrato o precontrato (…) laboral (…), en cuanto necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. Es más, se entiende que el consentimiento va implícito en la simple aceptación de la oferta o en la perfección del contrato [17].

---

permiso de su titular. Es decir, que la ausencia de autorización por el titular de los datos a la utilización de los archivos continentes es, poco más o menos equivalente, a una ausencia prácticamente completa de autenticidad y veracidad de lo allí contemplado.

[16] El contenido del artículo 6.2 de la Ley Or gánica 15/99 no se corresponde ni literal ni interpretativamente con el tenor del artículo 7 b) de la Directiva 95/46/CEE de 24 de enero de 1995 cuando exime la necesidad de consentimiento al titular durante los tratos preliminares de la relación laboral frente al precontrato del artículo 6.2. La diferencia puede ser importante, pues una cosa es el precontrato y otra distinta y más amplia, la fase de acceso al empleo.

[17] Aparicio Salom, J.: Estudio sobre la Ley Or gánica de protección de Datos de Carácter Personal, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 72.

No obstante, esta ausencia de consentimiento no opera para los datos especialmente protegidos —artículo 7—. Esto es, los datos relativos a la ideología, afiliación sindical, religión y creencias requerirán siempre y en todo caso el consentimiento por escrito del afectado. Otros, como el origen racial, salud y vida sexual solo son disponibles mediante consentimiento expreso. Y los referentes a infracciones penales y/o administrativas, sencillamente no deben constar en los archivos del empleador [18]. En consecuencia respecto de los datos incluidos en el artículo 7 de la citada norma, se produciría intromisión ilegítima en los derechos fundamentales del candidato por el simple hecho de recopilarlos, no ya tratarlos o cederlos.

En segundo lugar, se configura un principio de adecuación respecto de la recogida de datos con relación al cumplimiento del contrato de trabajo —artículo 4.1—. De manera que la recogida de los datos ha de resultar justificada desde un interés objetivo y proporcionado al legítimo fin perseguido, quedando prohibido no ya solo acopiar datos innecesarios o que nada tengan que ver con el desarrollo de la prestación laboral sino también el compilar más datos de lo estrictamente imprescindible para el fin legítimo. De acuerdo con ello se impide que puedan usarse los datos de carácter personal «para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos» —artículo 4 en su apartado 2—.

En tercer lugar, una vez obtenidos y compilados en archivos los datos sensibles —nunca los especialmente protegidos— adecuados y proporcionados para la contratación de los candidatos, la Ley Or gánica de Protección de Datos establece un filtro destinado a la creación y tratamiento de ficheros. Al respecto la citada Ley permite la creación de ficheros de titularidad privada —capítulo II, título IV, arts. 25 a 32— con contenido de datos personales «cuando resulte necesario para el logro de la actividad u objeto legítimos de la persona, empresa o entidad titular y se respeten las garantías que esta Ley establece para la protección de la persona». Las garantías a las que alude la norma son, además de las anteriormente expuestas referentes al tipo de datos susceptibles de recopilación la notificación de su creación a la Agencia de Protección de Datos —artículo 26—; establecimiento de medidas de seguridad pertinentes y referidas a la creación de los ficheros, sistemas, equipos y locales donde se encuentren —artículo 9.2— y el deber de secreto, que se extiende desde el responsable del fichero hasta a quienes intervienen en cualquier fase del tratamiento de los datos; siendo un deber que subsiste aún después de extinguidas las relaciones con el titular de los datos o con el responsable del fichero —artículo 10—. En síntesis, constituirá una lesión al derecho de la protección de datos personales del trabaja-

[18] En este sentido *vid*. el profundo estudio de G OÑI SEIN, J. L.: «V ulneración de derecho fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos» en ALARCÓN CARACUEL, M. R. y E STEBAN LEGARRETA, R. (Coord.): Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Editorial Bomarzo, Alicante, 2004.

dor y por ende al derecho fundamental de la intimidad, la revelación de datos personales del trabajador registrados en un sistema informático a una persona distinta del trabajador y sin el consentimiento de este.

En cuarto lugar, se prevé el derecho a acceder a los datos personales por su propio titular —artículo 15— que queda vulnerado cuando se deniega u obstaculiza el acceso al trabajador . La lesión proviene de la imposibilidad del titular de los datos de conocer cuales son los datos que en archivo o fichero se contienen, no pudiendo comprobar tampoco si son o no fieles a la realidad y si cuentan o no con el grado de protección normativamente requerido. En relación a ésta se exige el mantenimiento exacto y actualización de los datos y la de la cancelación de aquellos datos inadecuados o inexactos, puesto que el titular de los datos además de tener acceso a ellos debe poder rectificarlos, correspondiendo al responsable del fichero la actualización o anulación de los datos desfasados, incorrectos o que no se ajusten a lo dispuesto en la LO 15/99 —arts. 4.3 y 16—. La vulneración de este derecho también supone una lesión constitucional en tanto que la información obtenida a través de los datos personales proyecta una imagen concreta de su titular , imagen que se verá dañada y adulterada si estos datos no se corresponden con la realidad. Resultará transgredido entonces no sólo el derecho a la identidad y a la personalidad, sino también el derecho al honor .

IV. SISTEMAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Como se ha tenido oportunidad de comprobar , el poner en contacto a la demanda y la oferta de empleo resulta un proceso complejo, lento, y geográficamente limitado en tanto que existen carencias o insuficiencias de datos por parte de alguien que pretende celebrar un negocio jurídico; se dilata el conocer si hay oferta y demanda y además, tanto la información como su búsqueda quedan relegadas a un ámbito geográfico concreto —normalmente el de la esfera de vida del demandante o del oferente—. Sin embar go, la introducción de las TICs y, sobre todo Internet, por sus propias características ofrece sencillez, rapidez y ruptura de las barreras físicas de indagación de candidatos o de empleadores. Consiguientemente, el desarrollo de los medios por los que tanto unos como otros pueden entrar en contacto directo podría provocar una reducción de los agentes intermediadores [19]; bien directamente, si son las empresas y candidatos quienes, a través de sus propios soportes telemáticos, entran en contacto; bien indirectamente, si los agentes

[19] Al respecto *vid*. Rey Guanter, S. del y Lázaro Sánchez, J. L.: «La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT : Iniciativa privada y nuevas tecnologías», Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica, 2000, vol. I, págs. 695-725.

intermediadores no incorporan estos instrumentos y procesos como herramientas propias de trabajo [20].

Los servicios públicos de empleo [21] como las agencias de colocación [22], han de contemplar además los principios de organización y funcionamiento previstos en el artículo 8 de la citada Ley de Empleo; siendo uno de estos axiomas la colaboración «en la creación, explotación y mantenimiento de un sistema de información común que se organizará con una estructura informática integrada y compatible (…) —artículo 8.2 a)— y otro, la «existencia de un sitio común en red telemática que posibilite el conocimiento por los ciudadanos de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo (…)» —artículo 8.2 b)—. Se fomenta e incentiva así desde los Poderes Públicos la utilización y expansión de la sociedad del conocimiento y de las TICs y, de manera concreta en relación con el empleo [23].

Los servicios públicos de empleo, en su calidad de Administración Pública, actúan como responsables de los ficheros de titularidad pública —arts. 20 a 24— con pautas que comprenderían desde el tipo de datos exigidos por los oferentes a los aspirantes (arts. 6.2 y 7) hasta la observación del cumplimiento de los requisitos procedimentales para la recopilación, tratamiento, cesión y protección de datos y ficheros (arts 25 a 32) y el principio de no discriminación —artículo 22.2 de la Ley 56/2003—. Ahora bien, al margen de ello se situaría la problemática de las agencias privadas de colocación. A éstas, aun siendo entidades independientes de la Administración Pública —ya sean de titularidad pública o privada— les resultan de aplicación las obligaciones genéricas como el deber de garan-

---

[20] En este sentido y de acuerdo a los previsto en el artículo 21 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre de Empleo «son agentes de intermediación los servicios públicos de empleo (por sí o a través de de entidades colaboradoras), las agencias de colocación debidamente autorizadas, y los servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior».

[21] Apuntamos que se utiliza el plural porque existe tanto un Servicio Público de Empleo Estatal como Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas en tanto que estas cuentan con competencia de gestión de la intermediación laboral transferida al amparo del artículo 149.1.7 de la Constitución Española y del artículo 5 de la Ley 56/2003.

[22] Esta fórmula de intermediación laboral se preveía ya desde el Convenio de la OIT núm. 96 de 1972. Con posterioridad el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabadores —producto de la modificación llevada a cabo en 1994 puso fin al monopolio estatal en esta materia estando desarrollado por el RD 735/1995, de 5 de mayo que regula las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo.

[23] Otros ejemplos de aliento a la sociedad de formación desde los Poderes Públicos resultan las Ordenes TAS/3371/2006, de 30 de octubre, por la que se regula la composición y funciones de la Comisión Ministerial de Administración Electrónica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; la Orden TAS/423172006, de 26 de diciembre, por la que se unifican, crean, modifican y suprimen ficheros de datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Orden TAS/503/2007, de 28 de febrero que extiende al Servicio Público de Empleo Estatal la utilización de nuevas tecnologías en la presentación de escritos y tramitación de procedimientos susceptibles de tramitación telemática.

tizar en su actuación el principio de igualdad en el acceso al empleo antes enunciado y, en consecuencia, las disposiciones de la LO 15/99 relacionadas. Así las cosas, a las agencias privadas de colocación también les serían exigibles funciones de control y seguimiento respecto de los datos utilizados por o en sus respectivos soportes telemáticos.

Pero no es menos cierto que, cada vez con mayor frecuencia, aparecen empresas de intermediación poniendo en contacto vía Internet oferta y demanda. Se trata de entidades y empresas que presentan ofertas de empleo y seleccionan a los candidatos atendiendo a los datos que les han sido solicitados. El problema radica en conocer quién ejercerá control sobre el tipo de datos pedidos[24] puesto que la Ley Orgánica 15/99 guarda silencio al respecto. A nuestro entender, esta función de policía en las empresas privadas habría de corresponder a los representantes de los trabajadores, debiéndose producir la correlativa ampliación del derecho de información relativa a la contratación laboral previsto por el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, así como otras medidas ya señaladas con anterioridad y que tienen en este punto plena virtualidad, como la regulación por la negociación colectiva del uso de estas empresas, para qué puestos, tipos de contratos, cualificación, etc.

V. CONCLUSIONES

La aparición y expansión de las TICs a una velocidad muy superior a la que ha sido habitual para los cambios socio-económicos y la mutación de la sociedad industrializada en la sociedad de la comunicación, incide transversalmente en la materia de la contratación y ello, por varios motivos: Primero por la adaptación, sólo en parte, de la legislación a este fenómeno. Segundo, por la aparición de nuevos enfoques, nuevas formas en la gestión de recursos humanos que requieren el uso de las TICs, lo que, a su vez, ha supuesto una nueva visión de viejos o tradicionales problemas del Derecho Social. En este sentido, cuestiones como la discriminación en el empleo adquiere un nuevo relieve de más difícil control por cuanto los instrumentos de vigilancia se desdibujan en la red. Si se tienen en cuenta, a este respecto las previsiones que la Ley Orgánica 7/2007 para la Igualdad efectiva entre hombres y mujeres ha introducido en esta materia y la inversión de la carga de la prueba que consagra en los supuestos de discriminación, pueden observarse, cómo precisamente, es el elemento probatorio el que se dificulta en procesos en los que no se garantice la identidad o responsabilidad de las partes. Pero es más, la propia Administración incentiva, en los procesos relacionados con el empleo, el uso de las nuevas tecnologías y, desde el proceso de intermediación en el em-

[24] En lo referente a la recopilación, tratamiento, cesión, protección y consentimiento la Ley Orgánica 15/99 sería de aplicación íntegra puesto que se trataría de ficheros de titularidad privada regulados en los artículos 25 a 32.

pleo, se alcanza la fase de contratación, en el que soportes como Gescontrat@ o el Sistema Red, permiten una gestión del momento de la contratación diametralmente distinta de aquella que se apoyaba en la presentación en papel a través de la oficina correspondiente; pero, atendiendo al hecho de que se transmite una información que es de carácter personal, ésta se ve amparada por el Derecho de Protección de Datos y el Derecho al Honor y a la intimidad. Bien es cierto, que en estos casos, operan mecanismos de control, seguridad y autentificación que deberían extenderse a cualquier proceso relacionado con el acceso al empleo. En este sentido, la firma electrónica, los instrumentos de encriptación y clave para emisor y receptor y las medidas para garantizar la validez del comercio electrónico y su normativa reguladora deberían ser las pautas que actuaran como denominadores comunes en cualquier proceso de selección o intermediación. Más aún en la medida en que las nuevas tecnologías —sobre todo Internet— han eliminando barreras geofísicas y temporales, y suponen la directa puesta en contacto de las dos partes implicadas en la relación laboral, convirtiéndose trabajador y empresario en sus propios intermediarios con la consiguiente potencial reducción de la función de los tradicionalmente reconocidos como agentes de intermediación.

Ante esta magnanimidad, los ordenamientos jurídicos español y comunitario responden instintivamente protegiendo el objeto de circulación en las nuevas tecnologías que son los datos de los individuos, en tanto que estos —los datos— resultan la materialización de uno de los derechos fundamentales del ser humano: el derecho a su intimidad. A través de su vulneración podría prevalerse para escoger a los candidatos, no en función de criterios objetivos —como la formación, la pericia, la efectividad o la resolución en el desempeño del puesto de trabajo— sino atendiendo a criterios absolutamente subjetivos, arbitrarios y discriminatorios. El problema se aviva a la hora de buscar un garante de este derecho fundamental mutilable por el abuso de las TICs, puesto que en las normas disponibles nada se prevé. La solución propuesta pasa por otor gar funciones de policía al respecto a: los propios servicios públicos de empleo cuando ejercen funciones de intermediación y a los representantes de los trabajadores cuando no actúan los citados agentes sino que son las propias partes las que se ponen en contacto, con la consiguiente ampliación del derecho de estos a ser informados y del deber del empresario de informar sobre la contratación laboral, en concreto sobre las técnicas de contratación. Esta problemática que planteamos sin embargo y, a pesar de la ya arraigada utilización de las TICs en los preliminares de la contratación, aún no ha hecho su aparición en los juzgados, al menos no nos consta, lo que no implica que no exista o que no haya sujetos que estén siendo objeto de vulneraciones en este sentido; sino que se tratará más bien de que quizás, aún desde el Derecho, no se haya aprendido a reconocer o detectar este nuevo tipo de trasgresión de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (Coord.): Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo, Bomarzo, Albacete, 2004.

APARICIO SALOM, J.: Estudio sobre la Ley Orgánica de protección de Datos de Carácter Personal, Aranzadi, Pamplona, 2000.

BELZUNEGUI ERASO, A.: Teletrabajo: estrategias de flexibilidad, CES, Colección de Estudios, Madrid, 2002.

CARDONA RUBERT, M. B.: Informática y contrato de trabajo. Aplicación de la Ley 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter Personal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DE VICENTE PACHÉS, F.: El derecho del trabajador al respeto de su intimidad, CES, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Utilización y control de datos laborales automatizados, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ VILLALÓN, L.A.: «Los derechos de los trabajadores frente al tratamiento de datos personales (Comentario a la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación)», Relaciones Laborales, 1996-II.

FRONSINI, F.: «Diritto alla riservatezza e calcolatori elettonici», en AA. VV.: Banche dati telematica e diritti della persona, Edizioni Cedam-Padova, Bologna, 1984.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo» en ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (Coord.): Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Editorial Bomarzo, Alicante, 2004.

GOÑI SEIN, J. L.: «Vulneración de derecho fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos» en ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (Coord.): Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Editorial Bomarzo, Alicante, 2004.

LOPE PEÑA, A.: Innovación tecnológica y cualificación (La polarización de las cualificaciones en la empresa), CES, Colección Estudios, Madrid, 1996.

LUCAS MURILLO, P.: El derecho a la autodeterminación informativa, Tecnos, Madrid, 1990.

MARTÍNEZ FONS, D.: El poder de control del empresario en la relación laboral, CES, Madrid, 2002.

MERCADER UGUINA, J. R.: Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información, Lex Nova, Valladolid, 2002.

ORTÍZ LALLANA, M.ª C.: «El derecho del trabajador a la intimidad informática y respeto a su libertad sindical» en AA.VV.: Trabajo y libertades públicas, La Ley, Madrid, 1999.

PÉREZ AMORÓS, F.: Derechos de información sobre empleo y contratación, Bosch, Barcelona, 1993.

REY GUANTER, S. del: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo», Relaciones Laborales, 1993-II.

REY GUANTER, S. del y LÁZARO SÁNCHEZ, J. L.: La transformación de la intermediación en el mercado de trabajo a la luz del Convenio 181 OIT : iniciativa privada y nuevas tecnologías, *Relaciones Laborales*. *Revista Crítica de Teoría y Práctica,* 2000.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (autor), PÉREZ DOMÍNGUEZ, F. y FERNÁNDEZ VILLARINO, R. (colab.): Las nuevas tecnologías en la empresa, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: Nuevas tecnologías y relaciones laborales, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

SOBRINO GONZÁEZ, G. M.: «Las empresas de outplacement y la intermediación laboral», Relaciones Laborales, 7/2006.

SYLOS LABINI, P.: Nuevas tecnologías y desempleo, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

Relación de Sentencias citadas sobre derecho o la libertad informática:

STC núm. 202/1999 (Sala Segunda), de 8 noviembre.
STC núm. 186/2000 (Sala Primera), de 10 julio.
STC núm. 290/2000 (Pleno), de 30 noviembre.
STC núm. 11/1998 (Sala Primera), de 13 enero.
STC núm. 60/1998 (Sala Segunda), de 16 marzo.
STC núm. 94/1998 (Sala Segunda), de 4 mayo.
STC núm. 254/1993 (Sala Primera), de 20 julio.
STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 12 septiembre 2006.
STSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1) de 16 mayo 2006.
STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 1619/2003 (Sala de lo Social), 9 de mayo.
STJS Comunidad de Madrid, Madrid, núm. 400/2002 (Núm. 33), de 21 octubre.

Relación de Sentencias citadas sobre discriminación en los preliminares del contrato de trabajo:

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxembur go (Sala Sexta), de 2 octubre 1997 Asunto núm. C-100/1995.
Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxembur go (Sala Sexta), de 6 julio 2000 Asunto núm. C-407/1998.
Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/1994 (Sala Primera), de 7 junio.
Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/2004 (Pleno), de 1 1 marzo.
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 mayo 2000.

Comunicación a la Ponencia Temática I

EL TELETRABAJO COMO ELEMENTO DE POLÍTICA ACTIVA

JORDI GARCIA VIÑA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universitat de Barcelona

SUMARIO:

I. LA PRESENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL MERCADO DE TRABAJO.—II. EL TELETRABAJO COMO ELEMENTO NOVEDOSO. 1. Cuestiones generales. 2. El teletrabajo como herramienta de creación de empleo.—III. LOS TELECENTROS COMO UNA HERRAMIENTA MÁS.

I. LA PRESENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL MERCADO DE TRABAJO

Continuamente aparecen nuevas formas de organización del trabajo. Estos cambios obligan a revisar de manera periódica las categorías teóricas sobre las que se ha construido el concepto de trabajo para poder dar una respuesta rápida a estos avances. Así, de las grandes empresas que asumían todo el empleo y que estaban or ganizadas en organigramas en forma de pirámide, de los trabajadores que confiaban en trabajar en la misma empresa durante toda la vida, se ha pasado a conceptos como la flexiguridad [1].

Pero no se acaba aquí la gran transformación, ya que aún faltaba por incorporarse otra realidad que ha supuesto un cambio, tanto o más importante que esta flexibilidad: la introducción de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC).

La introducción de estos recursos ha sido decisiva para la or ganización de un mercado globalizado, principalmente en lo que se refiere a la estructuración por parte de las empresas de sus actividades en diferentes emplazamientos geográficos. De esta manera, la estrategia de las empresas deja de ser local y pasa a ser mundial.

La universalización de las tecnologías de la información y de la comunicación permite estos procesos de flexibilidad con una facilidad inimaginable hace unos pocos años, bien porque eran inviables por motivos técnicos o porque eran concebidos como integrantes del núcleo del negocio, por lo tanto formaban parte de la actividad central y estratégica de la empresa.

Ahora bien, este concepto no sólo comprende el fenómeno concreto de la posibilidad de cesión de la gestión del servicio informático dentro de una empresa, sino algo más general: la incorporación del procesamiento telemá-

[1] Sobre este concepto véase el Documento de título «Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos de siglo XXI», Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 22 de noviembre de 2006. COM (2006) 708 final.

tico de datos en todas las actividades empresariales, con el añadido que esta tecnología permite realizar procesos fuera de los centros de trabajo.

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación permiten introducir técnicas de transmisión de datos en el acto y fórmulas de control de resultado aún más eficientes que las anteriores. De esta manera, se pueden controlar el conjunto de procesos del trabajo y la ejecución concreta de cada uno de los trabajadores que participan sin que haga falta la presencia de estos en el centro de trabajo.

Además, la universalización de estas nuevas tecnologías permite que la flexibilidad afecte a grupos de trabajadores que hasta la actualidad eran ajenos a este proceso. Así, surge el teletrabajo [2]. De la misma manera, se incrementan notablemente las actividades profesionales cuyo contenido consiste directamente en la manipulación y transmisión de datos informáticos, que no requiere que se realicen dentro de la empresa. Así, las grandes autopistas de la comunicación están permitiendo la dislocación entre el trabajo y el centro de trabajo. El caso más paradigmático puede ser la ejecución de determinadas tareas de procesamiento de datos informáticos que se llevan a cabo desde telecentros ubicados en el continente asiático [3]; por supuesto, sin que se plantee ningún problema con respecto a falta de coordinación o de retraso en la recepción de los resultados [4].

II. EL TELETRABAJO COMO ELEMENTO NOVEDOSO

1. Cuestiones generales

Aunque el teletrabajo se considera como una especie de renacimiento del trabajo a domicilio, no significa que ambos términos sean

---

[2] Sobre esta cuestión véase la ponencia sobre el teletrabajo de E SCUDERO RODRÍGUEZ, así como las comunicaciones presentadas a la misma bajo el epígrafe «Descentralización productiva y nuevas formas or ganizativas del trabajo», en el X Congreso Nacional de Trabajo y de la Seguridad Social de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, celebrado en Zaragoza los días 28 y 29 de mayo de 1999 y publicadas por el Ministerio de Trabajo en la Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 28, 1999. De la misma manera, S ÁNCHEZ MANGAS, «Productividad y nuevas formas de organización del trabajo en la sociedad de la información», Documento de trabajo número 81/2005, Fundación Alternativas, pág. 44.

[3] Claro ejemplo de esta afirmación son los datos recientes sobre India de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Informáticos (Nasscom) según los cuales el crecimiento del empleo es exponencial: WNS tiene 10.500 empleados; Genpact, 22.000; Wipro, 14.000. Concretamente se ha pasado de un número global de trabajadores de 220.000 trabajadores en 2003 a más de 410.000 en 2006 y los ingresos de las empresas se han duplicado.

[4] Sobre el futuro véase el documento de título « *Is teleworking sustainable? An analysis o its Economic, Environmental and Social impacts*», realizado por la Consultora Empirica dentro del Proyecto Sustel, pág. 39.

la misma cosa; puesto que no todo el trabajo a domicilio es teletrabajo, ni todo el teletrabajo es trabajo a domicilio. Además, no es una moda, ni tampoco está fundamentado exclusivamente en razones económicas o estratégicas, sino que es una tendencia que pone de manifiesto el hecho que la sociedad quiere cambiar los mecanismos de trabajo, por lo que es capaz de aportar soluciones innovadoras que mejoren su vida y que potencien su capital intelectual en cantidad, pero sobre todo en calidad, y que esto repercuta en una mejora de la sociedad en general.

El teletrabajo no es una nueva categoría legal, sino que se trata de una nueva forma de organización del trabajo que se desarrolla fuera de las instalaciones de la empresa y que se puede llevar a cabo de muchas maneras. Concretamente el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de 16 de julio de 2002, lo define como « *forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en el cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular* [5]».

En la actualidad, el mercado laboral todavía es demasiado rígido por lo que no favorece el teletrabajo y hace que su implantación sea un proceso lento y no falto de múltiples problemas. Ahora bien, las previsiones de crecimiento son muy favorables. En Europa se prevé un crecimiento del teletrabajo de un 50 % anual y en Estados Unidos se prevé que el año 2010 habrá más de 33 millones de teletrabajadores [6].

La incidencia del teletrabajo puede consultarse en la siguiente tabla [7].

---

[5] Sobre este Acuerdo véase, THIBAULT ARANDA y JURADO SEGOVI, «Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo», Temas Laborales, número 72, 2003, págs. 37 y ss; M ELLA MÉNDEZ, «Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo», Relaciones Laborales, número 1, 2003, págs. 24 y 25; S ERRANO GARCÍA, «Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002», Relaciones Laborales, número 21, 2002, págs. 35-37 y HERNANDO DE LARRAMENDI, «Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Europeo sobre teletrabajo», Relaciones Laborales, número 21, 2003, págs. 85 a 87. Asimismo, véase el Primer Informe sobre este Acuerdo presentado el 11 de octubre de 2006.

[6] Sobre estos datos véase el documento de título «eW ork in Europe: Results from the EMERGENCE 18-Country Employer Survey», IES, Report 380, 2001.

[7] Proyecto SIBIS, Measuring the information Society in the EU, the EAAccession Countries, Switzerland and the US, Statistical Indicators Benchmarking the Information Society , Pocket Book, 2002/03.

País	*% sobre el total de trabajadores*
Alemania	16,6
Austria	13,8
Bélgica	10,6
Bulgaria	5,5
Dinamarca	21,5
España	**4,9**
Finlandia	21,8
Francia	6,3
Holanda	26,4
Irlanda	10,9
Italia	9,5
Polonia	8,4
Portugal	3,4
Reino Unido	17,3
República Checa	4,7
Suecia	18,7

Sin embargo, el teletrabajo no es una solución masiva o generalizada, puesto que hay empresas y trabajadores que no podrán aprovecharse de las ventajas que supone este método de trabajo.

Es evidente que las nuevas condiciones laborales que se están generando alrededor de la economía de la información encuentran su forma más evolucionada en el teletrabajo, ya que esta práctica laboral aprovecha todas las posibilidades or ganizativas y tecnológicas propias de este tipo de economía [8]. En este sentido, el teletrabajo es un producto claramente del tiempo que nos ha tocado vivir. Ahora bien, no parece que vaya a ser un elemento definidor de clases sociales, puesto que se refiere a todo tipos de trabajos. En todo caso, el objeto que lo distingue es el sector económico en el que se encuentra, aunque es posible que dentro de no mucho tiempo también se extienda a otros sectores.

[8] Sobre esta cuestión véase G ALA DURÁN, «Teletrabajo y sistema de Seguridad Social», Relaciones Laborales, número 15-16, 2001. págs. 1 15-140; ALIAGA, «El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal», Revista General de Derecho, número 682-683, 2001, págs. 6657 ss y M ARTÍN FLOREZ, «Outsourcing y teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de or ganización del trabajo», Revista Española de Derecho del Trabajo, número 71, 1995, págs. 401 ss.

En todo caso, el significado de teletrabajo como contexto social de relación es el que puede tener mayor interés por las peculiaridades del medio que marcan elementos claros de diferenciación. En este escenario se da una combinación de las relaciones laborales clásicas con el mundo de la comunicación telemática. Estos objetos generan el desarrollo de las pautas de acceso al mercado de trabajo, de control de la información, de conflicto y de comunicación de la or ganización con varias especialidades.

En este contexto, el papel de la Administración en el tema del teletrabajo varía muchísimo según el país que se trate, y evidentemente se encuentra más desarrollado en aquellos países dónde más tradición hay y por lo tanto con mayor número de teletrabajadores cuentan. Así, en Estados Unidos existe una denominada Infraestructura Global de la Información, que consiste en una serie de ayudas al establecimiento de este sistema. En el Reino Unido, las ayudas consisten en subvenciones públicas cuando el teletrabajo sirve como herramienta de desarrollo de la economía local de determinadas regiones aisladas. En Francia el apoyo de la Administración se fundamenta principalmente en el impulso de las autopistas de la información. En Alemania existen subvenciones y proyectos, tanto federales como en los diversos Länders. Finalmente en España se suele limitar a determinados programas europeos.

No se puede perder de vista la extrema importancia de tipo de medidas. Si en la actualidad un Estado se plantea el desarrollo de una región o zona deprimida, resulta más económico y socialmente más rentable promover infraestructuras de comunicaciones de banda ancha y servicios múltiples y formar adecuadamente a los ciudadanos para que se incorporen a la gestión de productos y servicios de valor añadido.

El resultado será toda una serie de consecuencias positivas al descentralizar los puestos de trabajo y favorecer una planificación más razonable de equilibrio entre el centro y la periferia de las ciudades y entre el medio urbano y el rural, intentando solventar los desajustes que se dan entre estos territorios. Así se puede favorecer la descentralización del desarrollo económico y la reducción de las diferencias socioeconómicas entre las diferentes zonas, siendo una fórmula que permite solventar , especialmente en países muy extensos y de población muy diseminada, los problemas derivados de las específicas dificultades de comunicación entre los diferentes lugares.

Las autopistas de la información que permiten la transmisión de datos y multimedia con gran velocidad requieren grandes inversiones, que no son siempre igual de rentables en todos los territorios. Si los únicos parámetros con los que se actúa son de tipo económico, este proceso de implantación puede excluir a mucha gente, sobre todo en las zonas menos desarrolladas. Por esto hace falta que la Administración tome conciencia del tema y asuma su obligación de garantizar ciertos niveles de

igualdad. Además, de manera más básica, es imprescindible facilitar el acceso a la tecnología más elemental mediante apoyo económico de las Administraciones, así como intentar abaratar determinados gastos, todavía muy altos principalmente para los teletrabajadores a domicilio, cómo pueden ser las tarifas telefónicas.

Son varias las iniciativas que desde las Administraciones públicas autonómicas pretenden lograr el doble requisito de ser motor del empleo y reequilibrar el territorio, entre las que cabe citar las tres siguientes [9].

En primer lugar, el Gobierno de Aragón, a través del Instituto Tecnológico de Aragón (ITA) puso en marcha el Proyecto L ABORA, con la creación específica de un centro de servicios, que pretende acercar el uso de las TIC para fomentar la creación de empleo y empresas, principalmente en zonas rurales y periurbanas.

En segundo lugar, en Extremadura existe el programa Vivernet destinado a facilitar la creación de nuevos negocios y especialmente para que las pymes se adapten a las TIC. Los centros de negocio vivernet ponen a disposición recursos logísticos, equipamiento tecnológico y servicios para la puesta en marcha de negocios. Además, existe el vivernet itinerante que está especializado en las zonas rurales de la región.

En tercer lugar, El Ayuntamiento de Madrid está desarrollando distintas iniciativas a través de las nuevas tecnologías en el ámbito de la conciliación familiar, protección del medio ambiente, etc, como el programa «Madrid Tecnología». Además, y fruto del libro Blanco elaborado en el Foro Mar -Madrid.Red, ha adoptado tres estrategias básicas, entre las que se incluye el impulso de las nuevas formas de trabajo en red.

2. El teletrabajo como herramienta de creación de empleo

El teletrabajo no es la panacea para resolver los problemas del desempleo, ya que no es una profesión ni un puesto de trabajo, sino sólo una forma de hacer un trabajo de manera diferente, pero siempre y cuando éste ya exista[10]. Si no hay trabajo, tampoco habrá teletrabajo; pero esto no quiere decir que el teletrabajo no pueda ser una herramienta de creación de empleo, ya que, por ejemplo, elimina parte de los costes de la creación de puestos de trabajo. No obstante, esto no debe significar que deba ser sinónimo de precariedad, puesto que no consiste en la explotación del trabaja-

---

[9] Véase, para mayor información, la Comunidad de Telecentros, como grupo permanente de trabajo y colaboración, compuesto por entidades en su mayoría españolas, cuya actividad está relacionada con la gestión y actividad de telecentros (www .comunidadetelecentros.net).

[10] DI MARTINO, «El teletrabajo en América Latina y el Caribe», Proyecto número 102374, «Puesta en marcha del teletrabajo», págs. 25-26.

dor. En todo caso, sí que puede haber abusos, pero del mismo modo que también se pueden producir en los centros de trabajo [11].

No es nada fácil intentar adivinar qué profesiones tendrán más futuro en los años venideros. Ahora bien, todos los estudios coinciden que las profesiones relacionadas con determinadas áreas de servicios son las que más pueden prosperar, como se observa, en el ámbito de la Unión Europa, y en desarrollo del Libro Blanco de Crecimiento, Competitividad y Ocupación, la Comisión Europea realizó un Informe sobre Iniciativas Locales de Desarrollo y de Empleo en el que establecía los diferentes yacimientos de empleo agrupados en cinco grandes áreas: 1) Servicios sociales cómo pueden ser la tele-asistencia, las residencias, los centros de día, especialistas médicos, así como todo un círculo de profesionales que ayuden a estas personas mayores a tener más gran calidad de vida. 2) Los especialistas en nutrición. 3) Los trabajos relacionados con el mundo del turismo, y especialmente en todas aquellas actividades que se pueden incluir dentro la hostelería. 4) Todos aquellos trabajos que tengan como fundamento la informática y 5) Tareas relacionadas con el medio ambiente, cómo pueden ser protección y mantenimiento de las zonas rurales.

Como se puede observar, estos servicios se pueden realizar directamente por las empresas desde sus propios centros de trabajo, pero también pueden llevarse a cabo por medio de teletrabajadores [12], tanto en su vertiente de trabajo a casa o como itinerante, puesto que según las circunstancias hará falta un sistema u otro [13].

Ahora bien, no sólo habrá nuevas profesiones, sino también nuevas empresas. Según estudios realizados, en el futuro el 90 % de las empresas subcontratarán la mayoría de sus servicios, por lo tanto, hará falta que sean las pymes, o incluso aquel concepto nuevo de microempresas los que se encarguen de responder a estas necesidades [14].

De la misma manera, el desarrollo tecnológico ha permitido a las personas con discapacidad el acceso a sectores de conocimiento y actividad que hasta poco tiempo les estaban vedados. El teletrabajo les ha abierto

---

[11] Sobre la necesidad de combinar la flexibilidad para las empresas y la seguridad para los trabajadores véase el apartado tercero de título «Flexibilidad y seguridad. Reestructuraciones. Observatorios. Absentismo», recogido en el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007, publicado por Resolución de 9 de febrero de 2007.

[12] Sobre la situación de los call-centers en Cataluña véase el Informe «Els call-centers a nivell internacional: factors diferencials de Catalunya en l'àmbit dels centres d'atenció telefònica», elaborado por el Grupo de Investigación Factor Humà Or ganitzacions i Mercats de la Universidad Rovira i Virgili por encargo del CIDEM.

[13] Sobre las diversas prácticas claves en el teletrabajo véase el documento de la Or ganización Internacional del Trabajo titulado *Conditions of Work Digest on Telework*, Volumen 9, 1, 1990.

[14] Sobre estas cuestiones véase el Anuario de la Pime Catalana 2006 elaborado por la patronal PIMEC y presentado el 23 de febrero de 2007.

importantes expectativas de ocupación al permitir obviar los inconvenientes derivados de la necesidad de trasladarse al lugar habitual de trabajo. En tanto que puede realizarse también en forma colectiva, en un lugar especialmente equipado (centro de teletrabajo), ha abierto también nuevas vías para la organización de cooperativas y empresas de economía social para estos trabajadores[15].

Las nuevas tecnologías contribuyen a crear nuevos productos, y por lo tanto, nuevas demandas y nuevos puestos de trabajo que sustituyen a los desaparecidos. Probablemente el principal problema no sea tanto la supresión de lugares de trabajos, puesto que se crean de nuevo, sino las dificultades estructurales del sistema económico y laboral y la formación de los trabajadores.

En este contexto, el teletrabajo es un sistema muy interesante, puesto que posibilita la creación de empresas con proyectos creativos e innovadores aunque no tengan excesivos recursos iniciales. Por esta razón, es en el teletrabajo autónomo dónde más esperanzas se ponen a la hora de considerarlo como mecanismo de creación de empleo; y por otra parte, dónde más incertidumbres existen por la situación jerárquica de las grandes empresas clientes a estas microempresas. El nuevo teletrabajador tendrá que contar con los siguientes fundamentos: una gran competencia profesional, absolutamente solvente; del mismo modo, una competencia tecnológica, dado que debe saber usar perfectamente las herramientas telemáticas; una competencia como empresario, y finalmente, una gran preparación psicológica, puesto que en este mercado tan competitivo no se le permitirán incumplimientos ni trabajo deficiente [16].

Por esta razón, los diferentes países se han preocupado de desarrollar estas nuevas posibilidades, y entre las acciones más innovadoras tienen que remarcarse la creación de telecentros, puesto que facilitan a estos trabajadores autónomos la entrada dentro de este nuevo mercado de empleo. Concretamente los ayudan, forman y actúan como promotores y protectores para estas personas que empiezan, a la vez que les permiten el uso de equipos e infraestructuras. Así, por ejemplo, son varias las compañías de seguros de Estados Unidos que subcontratan la gestión de las declaraciones de los usuarios en empresas de teletrabajo irlandesas que reciben los archivos escaneados al final de la jornada americana y los procesan durante la jornada irlandesa, de forma que los datos están disponibles al día siguiente en el continente americano.

---

[15] Sobre esta cuestión véase el Proyecto Disc@pnet, cofinanciado por la Fundación ONCE y Feder. En relación a las oportunidades para las personas mayores véase P ATRICKSON, «Teleworking: potential employment opportunities for older workers?», International Journal of Manpower, Volumen 23, 2002, págs. 8 ss.

[16] Sobre estas condiciones véase DI MARTINO, «The high road to teleworking», ILO, (Ginebra), 2001, págs. 88 ss.

Además, el teletrabajo puede servir para que las empresas cuando se encuentren en determinados momentos de crisis económica, los puedan superar sin prescindir de un valioso equipo humano [17]. Los trabajadores podrán disfrutar de todos los derechos que tenían cuando realizaban su prestación en los diferentes centros de trabajo, pero permitirán que las empresas puedan reducir determinados gastos fijos, sobre todo en bienes inmuebles[18].

También es cierto que la implantación del teletrabajo puede tener efectos negativos, entre los que se puede destacar el peligro que supone para las empresas tradicionales. Es muy probable que muchas empresas que por no usar las herramientas informáticas, no puedan abaratar sus costes ni aumentar la calidad de servicio a los clientes. En estos casos, puede que sectores económicos enteros o empresas desaparezcan; ahora bien, siempre les queda la posibilidad de renovarse.

De hecho, en países que han entendido este mensaje, como por ejemplo en Alemania, el número de teletrabajadores ha crecido de manera sostenida en los últimos años o en Argentina, con la creación de la Comisión de Teletrabajo en el Ministerio de Trabajo. Además, parte de los proyectos para que colectivos determinados puedan incorporarse al mundo del trabajo mediante el teletrabajo son, total o parcialmente, subvencionables mediante dinero europeo, por ejemplo, del Fondo Social Europeo.

En relación a la Unión Europea, en julio de 1997, la Comisión Europea adoptó una serie de recomendaciones políticas sobre la dimensión social y del mercado de trabajo en la sociedad de la información. Dichas recomendaciones incluían el compromiso de fomentar el teletrabajo en Europa y de estudiar el teletrabajo dentro de la Comisión. Posteriormente, en 1998, la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades y la Dirección General de la Sociedad de la Información lanzaron un proyecto piloto. Dicho proyecto comprendía tres formas de teletrabajo a tiempo parcial: el teletrabajo que alterna entre la oficina normal y un despacho-domicilio; el teletrabajo móvil durante misiones oficiales y el trabajo puntual en otro edificio de la Comisión. En la actualidad, la actuación de la Unión Europea deriva de la estrategia definida en el Consejo Europeo de Lisboa y al paso a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento [19].

Entre los programas específicos cabe citar el Informe «Opportunites for applications off information and communication Technologies in rural

---

[17] Buen ejemplo de esta cuestión es el Plan Renault 2009 de nombre «Nuevos entornos de trabajo».

[18] Sobre esta cuestión véase O RTIZ CHAPARRO, «¿Crea empleo el teletrabajo», Trabajo y empleo. Blog sobre modalidad laboral de tendencias.

[19] Sobre las políticas activas de empleo en el marco de la Unión Europea véase ALUJAS RUIZ, Políticas activas de mercado de trabajo en España», Madrid, (CES), 2003, pág. 312.

areas» (1990), el progama MIR TI coordinado por el European Institute of Social Studies - European Association (1996-1998), el Documento de título «Telework (Telecommuting): Benefits», ACT Programme, DG XIII (1997) o el denominado «Euro-T elework Project Report (www .euro-telework.org).

En este campo, la actuación de los países ha de ser muy clara. Las administraciones han de tener una actuación decidida en favor de la creación de estos puestos de trabajo mediante programas subvencionados, Han de apostar, porque representa una oportunidad para personas del entorno rural, que en muchos casos en la actualidad están incluidas dentro del sector primario, y que su futuro no es demasiado claro. Los obstáculos que debe vencer son importantes, puesto que aunque se promulguen medidas legislativas para incentivar el auto-empleo, culturalmente aún cuesta asumir esta figura. Por lo tanto, una de las prioridades es cambiar esta mentalidad.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, quizás uno de los principales conflictos surge respeto si la relación que vincula a este tipo de trabajadores y al empresario debe ser por cuenta ajena o por cuenta propia[20]. Es cierto que esta es una discusión siempre presente, pero, quizás por las específicas características de este tipo de or ganización, todavía más en este ámbito.

De hecho, la mayor parte de las cualidad que se requieren para ser teletrabajador pueden adaptarse perfectamente tanto al trabajo por cuenta propia como al trabajo por cuenta ajena. En principio, esta relación puede ubicarse donde las partes decidan, pero hay dos elementos que desdibujan esta realidad:

> En general, a la gente no le gusta ser empresario. Dentro de la mentalidad latina se prefiere la comodidad de ser trabajador .
>
> Las situaciones ilegales. Los conflictos no lo generan las personas que voluntariamente aceptan una de las dos opciones, sino aquellas que deseando ser trabajador por cuenta ajena, no tienen más remedio que aceptar las condiciones que se les imponen, sobre todo relacionadas con el traslado de costes y de riesgo empresarial.

El teletrabajo se puede realizar , en primer lugar , en régimen de trabajador por cuenta ajena. Si se da esta circunstancia la regulación a aplicar es el Estatuto de los Trabajadores[21]. Ahora bien, en este sistema de

---

[20] Sobre la «descolocación» de la legislación laboral actualmente en vigor véase R ODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «Aproximación al teletrabajo», Negociación colectiva y sectores emergentes, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, (MTAS), 2005, pág. 20.

[21] Sobre el desarrollo de este régimen jurídico en la negociación colectiva véase el apartado sobre teletrabajo del capítulo III. Otros contenidos de la negociación colectiva en el Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2005-2007. Resolución TRI/2520/2005, de 7 de julio.

producción se complementan los modelos de producción personales y profesionales con un nuevo modo de dirección que se podría definir como subordinación informática o virtual. Su característica principal es que el ordenador funciona en conexión con los correspondientes programas informáticos como instrumentos para el ejercicio de la facultad de dirección del empresario. De esta manera, el concepto clásico de subordinación o dependencia queda difuminado[22]. No existe, al menos en un primer momento, un control sobre el modo y la duración de la prestación, que son los parámetros más clásicos del control empresarial. El teletrabajo supone, por tanto, un mayor grado de independencia y autonomía en el cumplimiento de la prestación laboral en la medida que el teletrabajador deja de estar sometido, por ejemplo, a un horario estricto de trabajo.

En segundo lugar, el teletrabajador también podrá realizar su trabajo en régimen autónomo. Probablemente, ésta sea la figura más adecuada para esta clase de trabajo, sobre todo por la libertad que da al trabajador, elemento esencial del teletrabajo: se adapta bien a muchos tipos de actividades; los jóvenes actuales son menos dados a la fidelidad a una empresa y menos respetuosos con las jerarquías, suelen ser más independientes y no se sienten tan comprometidos con un empresario. Estos dos factores de la personalidad inducen en el aumento de las actividades que se pueden subcontratar con personas que puedan hacer estos trabajos desde su casa o desde una oficina móvil.

La descentralización productiva ha originado también nuevas formas de trabajo en las que el trabajador dispone de un amplio mar gen de libertad para organizar su prestación. Puede, entre otras cosas, elegir el tipo de contrato, su contenido, así como controlar su ejecución, donde se pone de manifiesto esta tendencia a reconocer una mayor autonomía al trabajador. En principio, se trata de nuevas formas de trabajo que suponen una zona gris y que se sitúan a medio camino entre el trabajo subordinado y el trabajo por cuenta propia, hasta el punto que, en muchas ocasiones surge la figura de la microempresa. Al desarrollo de esta clase de actividades profesionales han contribuido principalmente este fenómeno descentralizador, así como la introducción masiva de las tecnologías informáticas, las nuevas formas de empresas en red, los procesos de *re-engineering* y la expansión de los trabajadores «intelectuales».

III. LOS TELECENTROS COMO UNA HERRAMIENTA MÁS

En este contexto se encuentra las denominadas redes de telecentros que pueden encontrarse en la mayoría de las Comunidades Autónomas

[22] Thibau Aranda lo califica como «telesubordinación», El Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral, Madrid, (CES), 2001, págs. 44 ss.

que constituyen una infraestructura con una amplia base territorial adscrita a compartir recursos y explotar las múltiples sinergias que se pueden dar[23]. Esta red ordena y presenta una oferta conjunta de propuestas con el fin de obtener una mejor racionalización y aprovechamiento de los recursos existentes desarrollados por administraciones locales y departamentos de los gobiernos autonómicos.

El objetivo de estas redes es evitar la fractura digital, poniendo al alcance de todo el territorio, pero especialmente de las áreas rurales y de montaña, las tecnologías de la información y de la comunicación. Además, y esto es fundamental, pueden llegar a ser la puerta de acceso de todos los ciudadanos a toda una serie de servicios electrónicos.

Es evidente que estas tecnologías de la información y de la comunicación pueden hacer una tarea fundamental como elemento de las políticas activas de empleo, desde varios puntos de vista:

— Modernizar y diversificar su estructura productiva.

— Retener la población en el territorio, en aquellos casos que se haya producido una huida del capital humano hacia otras zonas, especialmente urbanas.

— Facilitar el retorno de aquellas personas que se vieran obligadas a emigrar por falta de oportunidades de trabajo.

— Estimular la aparición de oportunidades de negocio.

— Difundir estas tecnologías entre la población en general.

Por lo tanto, es necesario convertir estas redes en mecanismos dinamizadores de las políticas activas de empleo.

Hay que tener en cuenta que se entiende por políticas activas de empleo, según el artículo 23.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, Ley de empleo, el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social.

---

[23] Sobre esta cuestión véase Las redes de telecentros en España. Una historia por contar, editado por la Fundación CTIC y promovido por el Gobierno del Principado de Asturias en el marco de la estrategia para el desarrollo de la sociedad de la información en Asturias, e-Asturias 2007. En especial referencia para Cataluña, véase Vilaseca Requena, El teletreball a Catalunya. Conceptes, tipologies, mètriques i polítiques, Barcelona, (Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya), 2004, págs. 96-98.

Este conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas tiene por finalidad, entre otras, según el artículo 1 de esta norma, «*el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo» y «la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo*[24]».

Por esta razón se marcan unos objetivos generales relativos a la igualdad de oportunidades en el acceso, el mantenimiento de un sistema eficaz de protección, la adopción de un enfoque preventivo frente al desempleo, el mantenimiento de la unidad de mercado y el aseguramiento de la libre circulación.

De esta manera, este concepto de «políticas activas de empleo» queda definido como un conjunto de programas y medidas de orientación, ocupación y formación que tienen alguna de las siguientes finalidades:

— Mejorar las posibilidades de inserción de los desempleados en el mercado de trabajo, tanto como trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena.

— Adaptar la formación y recalificación para el empleo.

— Fomentar el espíritu empresarial.

Es precisamente, con respecto a la primera finalidad, donde se incluye la intermediación laboral, que tiene como objetivo proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado y facilitar a los empresarios los trabajadores que necesiten y donde puede participar de manera decisiva las diversas redes de telecentros.

La tarea de intermediación laboral debe estar acompañada por un sistema de detección de necesidades que permitan avanzarse a las futuras demandas de las empresas. Esta actividad, que pueden hacerla los observatorios de empleo, bien autonómicos o locales, preferentemente por su proximidad, permite evitar que se produzcan situaciones en las que las ofertas quedan sin ocupar por que no hay personas calificadas para el puesto de trabajo que se demanda. De la misma manera se pueden establecer observatorios relacionados con la formación permanente de las personas durante toda su vida laboral. Su finalidad es establecer itinerarios formativos continuos en función de las características básicas de la po-

[24] Concretamente, la letra b) del número 1 del artículo 170 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, Ley Orgánica 6/2006, regula que corresponde a la Generalitat de Cataluña la competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales se refiere a las políticas activas de empleo, que incluye la formación de los solicitantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de les subvenciones correspondientes. De la misma manera, concluye, la Generalitat participa en los planes o las actividades de formación que superen el ámbito territorial de Cataluña.

blación, de manera que la planificación concreta de las acciones formativas se realice sobre la base de los resultados obtenidos.

Es evidente que esta doble tarea de observación puede ser realizada bien directamente o en conexión con otras entidades, por las redes de telecentros.

Además, dentro de estas redes se pueden implantar toda una serie de programas que preferentemente deben ser programas de pequeña dimensión, diseñados de manera particular y dirigidos a colectivos muy específicos, ya que son los más efectivos.

En la actualidad, se pueden mencionar los siguientes programas:

— Acciones de orientación profesional para el empleo [25].

— Acciones de asistencia para el autompleo [26].

— Subvenciones para la realización de acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo.

— Ayudas de promoción del empleo autónomo.

— Programas de apoyo a las migraciones interiores.

— Ayudas y subvenciones al fomento de la economía social que pretenden fomentar el empleo en cooperativas y sociedades laborales mediante el desarrollo de proyectos empresariales, la difusión y fomento de la economía social, la formación de sus socios y dirigentes, así como el fomento del asociacionismo [27].

En conclusión, fruto de la actuación de las redes de telecentros como herramientas de políticas activas de empleo, se deben tener en cuenta las siguientes cuestiones:

— Es necesario desarrollar medidas que permitan la eliminación de las dificultades de integración de determinados colectivos.

— Hay que incluir algunos aspectos de la política de inmigración, por ejemplo, cuestiones relativas a contingentes máximos, coordinación de contratación de trabajadores en origen o distribución de excedentes.

---

[25] Véase, como ejemplo, el certificado IT Txartela creado en el País Vasco por la red de centros KZgunea.

[26] Véase, como ejemplo, el programa conjunto entre la Red de Telecentros de Cantabria y la Asociación de Mujeres Emprendedoras o el Programa Tierra de la Red de Telecentros Rurales en Murcia.

[27] Véase, como ejemplo, el Taller de Ideas que se realiza en La Rioja en las salas Fundarco.

— No es suficiente que se fomente la entrada en el mercado de trabajo, si no que se ha de tratar que ésta sea de la máxima calidad.

Se han de tener siempre presentes los yacimientos de empleo.

Son muy importantes las referencias a la inserción en el mercado de trabajo, no sólo como trabajadores por cuenta ajena, si no también como empresarios, bien como trabajadores por cuenta propia o formando parte de una persona jurídica. Por resta razón, las diferentes Administraciones públicas han de hacer una apuesta clara hacia la creación y apoyo, especialmente, de las pequeñas empresas, que son en la actualidad, las que más índice de empleo generan.

Anexo

Páginas de las principales redes de telecentros en España (www.telecentros.es)

Andalucía	www.guadalinfo.net
Aragón	www.ita.es/ita
Asturias	www.asturiastelecentros.com
Cantabria	www.emcanta.es
Castilla-La Mancha	www.ibarataria.org/revision.index.html
Castilla y León	www.cibercentroscyl.es
Cataluña	www.xarxa365.net
Extremadura	www.nccextremadura.org
La Rioja	www.fundarco.org
País Vasco	www.kzgunez.net

Comunicación a la Ponencia Temática I

EL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO. EL PROCESO DE CREACIÓN Y LA GESTIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

CAROLINA SERRANO FALCÓN
Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO.—III. EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO AUTONÓMICOS.—IV. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CREACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO.—V. LA GESTIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO POR EL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO.—VI. PUNTOS CRÍTICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO. PROPUESTAS DE REFORMA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La política de empleo ha sido poco tratada por la doctrina laboralista, no sólo en España sino también a nivel internacional. Sin embar go empieza a despertar interés el tratamiento jurídico de esta materia, en un momento en el que se están produciendo nuevos acontecimientos normativos iniciados en la década de los noventa y que han culminado —por el momento— con la entrada en vigor de la Ley de Empleo 56/2003 de 16 de diciembre (en adelante, LE), que ha fijado el sistema or ganizativo vigente al crear el Sistema Nacional de Empleo formado por el Servicio de Empleo Estatal y por los Servicios de Empleo Autonómicos y ha pretendido reforzar también las políticas de empleo frente a las políticas pasivas.

La presente Comunicación se puede dividir en dos partes claramente diferenciadas: en primer lugar, se va a poner en conocimiento el proceso de creación del Sistema Nacional de Empleo, analizando sus antecedentes, y la fundamentación constitucional de su creación, así como la situación actual de los Servicios Autonómicos de Empleo. Y, en segundo lugar , se va a analizar la gestión de las políticas de empleo por el Sistema Nacional de Empleo, teniendo en cuenta la dificultad que ello conlleva pues no existe un título competencial único en materia de política de empleo. Debido a que el conjunto de políticas de empleo es muy amplio y de diversa naturaleza, es necesario mantener cautela para la atribución de competencias a los Servicios Públicos de Empleo en esta materia. La creación de éstos no conlleva simultáneamente la gestión de todas las políticas de empleo, sino que hay que tener en cuenta numerosas limitaciones jurídicas que aquí se van a analizar . Por último, se hará finalmente una crítica a la situación actual del Sistema Nacional de Empleo.

II. ANTECEDENTES DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

Para comprender el proceso de formación del Sistema Nacional de Empleo, es imprescindible acudir al recurso histórico para que facilite la

comprensión de la normativa vigente. Hay que tener en cuenta que una de las características del Derecho del Trabajo en general es su *historicidad,* que conforma de manera decisiva su propia esencia [1].

Se puede afirmar que no ha existido como tal un Sistema Nacional de Empleo como queda estructurado actualmente. La técnica de los «Sistemas Nacionales» se viene utilizando en la actualidad con frecuencia, siendo pionero el *Sistema Nacional de Salud* [2] que ha servido de referencia a otros creados posteriormente [3] como el *Sistema Nacional de Empleo* o el reciente *Sistema Nacional de Dependencia* [4].

Sin embargo, a pesar de la ausencia de un antecedente similar al Sistema Nacional de Empleo, la aparición de los Servicios Públicos de Empleo remonta a los orígenes del Derecho del Trabajo, en el que primero las organizaciones sindicales, y posteriormente el propio Estado pretenden poner fin a los constantes abusos de agentes que se encargaban de establecer remedios «abusivos y lucrativos» frente al paro.

Pero el antecedente de un Sistema Nacional de Empleo —aunque con numerosas diferencias con respecto al Sistema actual— data de la II República, al crearse el Sistema Nacional de Colocación por Ley de 27 de noviembre de 1931 desarrollado por el Decreto de 6 de agosto de 1932, organizado por el Estado con el carácter nacional, público y gratuito, en el que se organizó una importante red descentralizada de oficinas públicas de colocación con representación obrera y patronal en sus órganos, admitiendo junto al Sistema Nacional de Colocación agencias de colocación públicas y privadas sin fines lucrativos [5]. Sin embargo, durante el Régimen Franquista se produjo un cambio en el modelo de Servicio Público de Empleo, al crearse un organismo paritario y no público. Y aunque la Ley de Colocación obrera de 1943 y su Reglamento de 1959 crearon en la Administración organismos consultivos y deliberantes para que actuasen en colaboración con la Organización Sindical, no pasó a formar parte de la Administración hasta crearse el Servicio de Empleo y Acción Formativa por Decreto 2357/1975, de 12 de septiembre. Este modelo empieza a sufrir transformaciones durante el período de la transición democrática al crearse el Instituto Nacional de Empleo (INEM) por Real Decreto-Ley 36/1978 sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la

---

[1] Montalvo Correa, J.: *Fundamentos del Derecho del Trabajo,* Ed. Civitas, Madrid, 1975, pág. 234.

[2] Regulado por Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad.

[3] Véase Molina Navarrete, C.: «Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencia en las «materias» de «empleo», «trabajo» y «protección social», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 283, (2006), pág. 66.

[4] Regulado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

[5] Un estudio completo del Sistema Nacional de Colocación se puede consultar en Valdés Dal-Ré, F.: El Derecho del Trabajo en la Segunda República», *RL,* núm. 8, abril (2006).

salud y el empleo, como órgano legislativo dotado de personalidad jurídica propia para el cumplimiento de sus fines y adscrito al Ministerio de Trabajo. Uno de los cambios con respecto a los modelos de Servicios Públicos de Empleo anteriores, es que se gestionaron a partir de este momento en el mismo organismo las funciones de ejecución de la política de empleo, de control de las ayudas de fomento al empleo y de las prestaciones y subsidios por desempleo, y de organización de los servicios estatales de colocación, formación profesional no reglada y orientación ocupacional, con carácter público y gratuito [6]. El INEM se mantuvo en la Ley Básica de Empleo 51/1980 de 8 de octubre (LBE) como el organismo encargado de la gestión de las políticas de empleo, manteniendo un fuerte carácter intervencionista al atribuirle al INEM importantes funciones de control, que se van suavizando tras la reforma del mercado de trabajo llevada a cabo en el año 1994.

Así, desde la creación del INEM se viene gestionando en un mismo organismo tanto las políticas activas de empleo como las pasivas, novedad con respecto a los Servicios de Empleo anteriores, pues aunque el origen de todo Servicio Público de Empleo ha sido la función de colocación de la mano de obra [7], es totalmente necesario que se gestionen de forma conjunta todas las políticas de empleo ya que intervienen de forma decisiva para lograr una mejor organización del empleo [8]. Así pues, a pesar de que siempre se ha considerado como actividad central de los Servicios de Empleo la actividad de colocación [9], la función que asumen a partir de este momento es la completa «regulación del mercado de trabajo» [10].

Por otra parte, con la creación del INEM no se produjo aún un proceso de «territorialización»[11] (es decir, de gestión por parte de las Comunidades Autónomas de las políticas activas de empleo), aunque la actividad descentralizada de los Servicios de Empleo ha estado presente desde épocas pasadas, destacando que el antiguo INEM contaba con una importante de de Oficinas de Empleo en todo el territorio español.

Pero la necesidad de una gestión de las políticas de empleo por parte de las Comunidades Autónomas estuvo presente desde la tramitación parlamentaria de la LBE, aunque finalmente no se llevó a cabo, y no fue

---

[6] Véase Alvarellos Galve, C.: *Ley Básica de Empleo. Textos y comentarios,* Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981, pág. 166.

[7] MTSS.: *La Reforma de la Política de Empleo y de los Servicios Públicos de Empleo en España,* MTSS, Madrid, 1991, pág. 44.

[8] Olveria Ascensao, M. de: «Los servicios nacionales de empleo», *RT,* núm. 1, enero-febrero, (1960).

[9] OCDE.: *Los Servicios Públicos de Empleo,* MTSS, Madrid, 1986, pág. 1 1.

[10] Muller, M.: *Control o colocación. Historia del Servicio Público de Empleo francés,* Madrid, MTSS, 1994, pág. 21.

[11] Valdés Dal-Ré, F.: «Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma socialmente invisible y normativamente provisional», *RL,* núm. 19, octubre (2006), pág. 7.

porque jurídicamente no se pudiera efectuar , sino porque políticamente pareció más oportuno no realizarlo, debido a que el Estado de las Autonomías aún no estaba consolidado para la creación de Servicios Autonómicos de Empleo [12]. Pasaron muchos años para que estas cuestiones ya planteadas desde el inicio de la creación del INEM, se les diera una solución por medio de la creación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, creación que no fue uniforme en el tiempo ni en el modo de realizarla, cuestiones que se pasan a analizar .

III. EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO AUTONÓMICOS

Cuando se creó el INEM —como ya se ha analizado— éste tenía carácter estatal, y no existían los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Sin embargo, la creación de éstos no se ha producido a partir de la Ley de Empleo, sino que se han ido creando a partir de la década de los noventa, en un proceso de cambio que no se ha producido de manera simultánea en todas las Comunidades Autónomas. Es necesario aclarar que la LE no ha venido a crear los Servicios Autonómicos de Empleo, sino que se ha encargado de plasmar en una ley los cambios que ya se venían efectuando unas décadas atrás [13].

Por regla general, en todas las Comunidades Autónomas el proceso de gestión de las políticas de empleo y la creación de Servicios Autonómicos no se ha realizado al mismo tiempo, sino que el proceso comenzó en los años noventa y ha finalizado recientemente (a excepción del País Vasco, como ahora se comprobará). Esto se ha debido principalmente a cuestiones políticas fruto de enfrentamientos entre el Gobierno de la Nación y las respectivas Comunidades Autónomas[14].

En la mayoría de las ocasiones, y antes de crear los Servicios Autonómicos como órganos gestores de las políticas de empleo, lo primero que se llevó a cabo fue el *traspaso de la gestión de la formación profesional ocupacional*. Faltaba por tanto la gestión de numerosas políticas de empleo, que se traspasaron posteriormente. Por el contrario, en materia de intermediación laboral no se utilizó desde un primer momento la

---

[12] Para un análisis de los debates parlamentarios, véase el Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria núm. 67 (extraordinaria), celebrada el miércoles 23 de julio de 1980; y Sesión Plenaria núm. 68 (Extraordinaria), celebrada el jueves 24 de julio de 1980.

[13] Para un análisis más detallado del proceso de formación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, véase SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo e intermediación laboral en las Comunidades Autónomas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 37 y ss.

[14] LÓPEZ PARADA, R.: «Transferencia y privatización del servicio público de colocación», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 212, noviembre, (2000), pág. 124.

vía del traspaso de competencias. De este modo, Cataluña, Asturias, Galicia, Castilla y León, Madrid, Navarra y Andalucía —aunque en ésta última no llegó a ponerse en funcionamiento— utilizaron la vía de las agencias de colocación sin fines lucrativos reguladas en el RD 735/1995 para gestionar la actividad de colocación; es decir , se utilizaron cauces indirectos creando «Servicios Autonómicos de Colocación», creando una Agencia de Colocación cuya titularidad correspondía a la Comunidad Autónoma, pero esta técnica no convertía a las Comunidades Autónomas en gestoras de todas las políticas de empleo, pues su actividad se reducía a gestionar una agencia de colocación sin fines lucrativos dependiente del INEM, aunque en la mayoría de las ocasiones no respetaron la normativa vigente sobre las Agencias de Colocación, extralimitándose en sus funciones. Lo correcto hubiera sido utilizar la vía del traspaso de las competencias como se contempla en la Constitución y en los propios Estatutos de Autonomía. El resto de Comunidades Autónomas que no utilizaron la vía de las Agencias de Colocación tampoco realizaron el proceso de traspaso de las competencias en materia de intermediación con anterioridad, sino que durante todos esos años la gestión de la intermediación laboral se realizó directamente por el Estado.

Es decir, las Comunidades Autónomas contaron inicialmente con el traspaso de competencias en materia de formación profesional ocupacional, siendo más complicado el traspaso de competencias de otras políticas de empleo, que se ha ido produciendo muy posteriormente por los *Decretos de traspaso de la gestión en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación*, que comprende el traspaso en materia de intermediación [15], funciones de gestión y control de políticas de empleo [16], la gestión y control de los programas nacionales de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo (que no fueron traspasados en el Decreto de traspaso de la gestión

[15] La materia de intermediación en el mercado de trabajo comprende las funciones de inscripción y registro de los demandantes de empleo y la obligación de los trabajadores de comunicar la terminación del contrato de trabajo; las funciones relativas a la comunicación de los contratos de trabajo por parte del empresario, la autorización de las agencias de colocación, y las funciones relativas a la Red EURES. Como se ha comprobado, no todas las funciones aquí incluidas están incluidas en un concepto de intermediación en el sentido de poner en contacto ofertas y demandas de mano de obra. Véase LÁZARO SÁNCHEZ, J. L.: «El Servicio Andaluz de Empleo», *TL*, núm. 68, (2003); *La intermediación en el mercado de trabajo,* CARL, Sevilla, 2003, pág. 13; SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo…*, *op. cit*., pág. 95.

[16] Comprende las actuaciones de gestión y control de las subvenciones y ayudas públicas de la política de empleo; la organización y articulación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de los convenios con las entidades asociadas de los Servicios Integrados para el Empleo (SIPEs), hoy denominadas centros colaboradores de Orientación para el Empleo y el Autoempleo (OPEA), que son Entidades con personalidad jurídica propia que carecen de fines lucrativos, y colaboran con el Servicio Público de Empleo Estatal o el Autonómico en la realización de acciones para facilitar al usuario las herramientas que hagan posible la búsqueda de empleo por cuenta ajena o por cuenta propia.

de la formación profesional ocupacional), y las funciones relativas a los Fondos de Promoción de Empleo. Una vez que la mayoría de las Comunidades Autónomas tenían traspasadas la gestión de las políticas activas de empleo, se necesitaba por tanto un organismo que se encargara de gestionar todas estas políticas de empleo traspasadas, y para ello se fueron creando en las Comunidades Autónomas los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, modelo que posteriormente ha confirmado la LE.

Como no se produjo este proceso de creación de forma simultánea en todas las Comunidades Autónomas, es necesario hacer un resumen de la situación actual de las Comunidades Autónomas en relación a la gestión de las políticas de empleo —es decir, si tienen o no traspasadas las políticas activas de empleo— y en relación a la creación de los Servicios Autonómicos de Empleo.

1. El primer grupo comprende las Comunidades Autónomas en las que antes de que entrara en vigor la Ley de Empleo ya contaban con Servicios Autonómicos de Empleo y con Decretos sobre traspaso de competencias de gestión de la formación profesional ocupacional y sobre traspaso de gestión en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación. Dentro de este grupo están, por un lado, las Comunidades Autónomas en las que se produjo primero el traspaso de competencias, y una vez que tenían atribuidas competencias en materia de gestión de las políticas activas de empleo crearon los Servicios Públicos Autonómicos de Empleo como órganos gestores de las políticas activas. Se incluyen aquí Cataluña, Valencia, Canarias, Navarra, Madrid, La Rioja, Cantabria, Castilla La-Mancha, Castilla y León y Asturias. Por otro lado, están las Comunidades Autónomas en las que se produjo primero el traspaso de competencias de gestión de la formación profesional ocupacional, posteriormente la creación del Servicio de Empleo y en último lugar se ha producido el traspaso en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación. Ha sido el caso de Extremadura Andalucía, Murcia e Islas Baleares.

2. Un segundo grupo está formado por aquellas Comunidades Autónomas que no han creado un Servicio Público de Empleo Autonómico, aunque sí gestionan la totalidad de las políticas activas de empleo. En este caso, como en el primer grupo ya analizado, quien gestiona las políticas activas es la propia Comunidad Autónoma pero no a través del Servicio Público de Empleo Autonómico sino a través de la Consejería de Empleo de la Comunidad Autónoma correspondiente. Lo que sí está claro es que una vez que tienen traspasadas tales competencias no es competente el Servicio Público de Empleo Estatal. Es el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, en la que actualmente funciona un Servicio Gallego de Colocación adscrito a la Subdirección General de Formación y Colocación de la Consejería de Familia y Promoción de Empleo, Mujer y Juventud. Esta es una de las Comunidades Autónomas que se apar-

ta de las reglas generales que se aplican a las demás, según lo establecido en la normativa vigente.

Al haber entrado en vigor la Ley de Empleo en el que se ha or ganizado el Sistema Nacional de Empleo en el Servicio Público de Empleo Estatal y en los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, es necesario que esta Comunidad Autónoma se ajuste a lo establecido en la LE y se cree un Servicio Público de Empleo Autonómico con las características atribuidas a éstos en la LE y como prácticamente todas las Comunidades Autónomas lo han realizado.

3. El tercer grupo está formado por aquellas Comunidades Autónomas en las que no se ha creado un Servicio Público de Empleo ni se ha producido el traspaso de competencias de las políticas de empleo. La única Comunidad Autónoma en esta situación es el País Vasco. En ésta se ha creado un Servicio de Colocación (LANGAI) como Agencia de Colocación sin fines lucrativos según el RD 735/1995, y que ha sido creado por el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social y está gestionado directamente por la Sociedad Pública EGAILAIN, siendo sus objetivos básicos los de ofrecer a las empresas los candidatos adecuados para cubrir sus necesidades y ponerlos en contacto con los demandantes de empleo[17]. Sería conveniente, una vez que ya ha entrado en vigor la Ley de Empleo 56/2003 y creado entonces el Sistema Nacional de Empleo, que se culmine el proceso de creación de los Servicios de Empleo, creando el Servicio Vasco de Empleo, así como proceder al traspaso de competencias en la materia.

4. El cuatro grupo, es el más diferente con respecto a los otros tres. Es el caso de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla en el que no hay creado ni un Servicio de Empleo ni se han traspasado las competencias en la materia. Esta ausencia no responde a cuestiones políticas, sino a cuestiones jurídicas. Si se analizan las Leyes Or gánicas 1 y 2/1995, de 13 de marzo, de Estatutos de Autonomía de las Ciudades de Ceuta y Melilla, se puede comprobar que en su articulo 21, respectivamente, ambas Ciudades ejercerán competencia sobre el «fomento del desarrollo económico de la Ciudad dentro de los objetivos, planes y programas aprobados por el Estado» y también de «Asistencia Social». Pero, sin embar go, en su artículo 22, al determinar qué materias pueden ejecutar estas Ciudades, no incluye la ejecución en materia laboral, y por lo tanto no tiene competencia en materia de gestión de las políticas activas de empleo, que le corresponde al Servicio Estatal de Empleo.

---

[17] El funcionamiento del Servicio Vasco de Colocación (Langai) está de una forma muy completa explicado en López Parada, R.: «Transferencia y privatización del servicio público de colocación», *op. cit*., págs. 122-123; y Arrúe Mendizábal, M.: «El Servicio Vasco de Colocación/Langai», VV. AA. (Goñi Sein, J. L.; L anda Zapirain, J. P. Directores): *Derecho Social Vasco,* Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1999, pág. 103.

IV. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CREACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

La competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1. CE) justifica la creación de un Sistema Nacional de Empleo —creado por la LE— considerado como un conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover la política de empleo. La fundamentación constitucional de crear un Sistema Nacional de Empleo (formado por Servicios Públicos de Empleo) se encuentra en el artículo 40 CE —encuadrado dentro del capítulo II que trata «de los principios rectores de la política social y económica»— al señalar que los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo», y de este modo los Servicios Públicos de Empleo —en representación de los poderes públicos en los que también están representadas las Comunidades Autónomas—[18] van a tener como finalidad la gestión de las políticas de empleo y la consecución del pleno empleo. Además, la creación del Sistema Nacional de Empleo representa una de las manifestaciones «del derecho social al trabajo en su dimensión de derecho a un empleo y por tanto se podría fundamentar también la creación de tales servicios en el derecho constitucional del derecho al trabajo, «en el que se justifican todos los medios que el Estado tiene que utilizar para poner en funcionamiento una eficaz política de empleo»[19].

Ahora bien, el Sistema Nacional de Empleo respeta las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia de políticas de empleo, y de este modo ha creando el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. Se ha pretendido establecer un modelo basado en la coordinación y cooperación de todas las Comunidades Autónomas. Al estar formado el Sistema Nacional de Empleo por el Servicio Público de Empleo Estatal y por los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, se va a fundamentar su creación desde un enfoque constitucional.

---

[18] Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.: «Artículo 40.1 CE. El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo», VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M. N. Dirección): *Comentario a la Constitución Socio Económica de España,* Comares, Granada, 2002, pág. 1341.

[19] Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.: «Artículo 35 CE. El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo», VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M. N. Dirección): *Comentario… op. cit.,* pág. 1324.

a) Son varias las argumentaciones de peso para mantener el Servicio Público de Empleo Estatal a pesar de la creación de Servicios de Empleo Autonómicos. En primer lugar, porque la Constitución Española (art. 149.1.17 CE) atribuye la gestión de la prestación por desempleo al Estado y no a las Comunidades Autónomas, al mantenerse la reserva estatal de la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

En segundo lugar, el Servicio Público de Empleo Estatal va a realizar una labor de coordinación entre todos los Servicios Públicos de Empleo existentes, y además se está poniendo en marcha el sistema informático adecuado para poder eliminar la posible violación de la libre circulación de trabajadores (establecida en el artículo 131 CE). Es totalmente necesario que el Estado siga contando con un nivel administrativo propio que realice las tareas de coordinación.

En tercer lugar, tiene las funciones atribuidas de gestión de las políticas de empleo en el caso de que alguna Comunidad Autónoma no la tenga traspasada —en este caso únicamente es el País Vasco—. Esta función queda justificada por el propio Tribunal Constitucional al señalar que el Estado puede tener facultades de ejecución cuando estas facultades tengan alcance inter o supranacional [20], y se corrobora además en la Disposición Transitoria Segunda de la LE.

b) La fundamentación constitucional de la creación de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos se basa en el artículo 148.1. CE, en el que indica que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en la «organización de sus instituciones de autogobierno». Sin embargo, este poder de autoorganización que va implícito en el concepto de autonomía tiene que ser matizado y limitado, pues hay que tener en cuenta la materia en concreto que se trata y el reparto de competencias constitucionales y las normas del propio Estatuto de de Autonomía. Así, la fundamentación constitucional se encuadra dentro de la materia económica[21]. De este modo se encuadra en el artículo 149.1.13 CE al señalar que «El Estado tiene competencia exclusiva sobre… las bases y coordinación de la planificación económica» y el artículo se complementa con el artículo 148.1.13, al indicar que las «Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en… el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional». De estos dos preceptos se puede deducir que se pueden crear Servicios Autonómicos de Empleo pues a las Comunidades Autónomas les corresponde fomentar su propio desarrollo económico «dentro de los objetivos marcados por la política nacional», lo que significa que la ins-

[20] García de Enterría, E.: *Estudios sobre autonomías territoriales,* Civitas, Madrid, 1981, pág. 331.

[21] López Gandía, J.: «La política de empleo de la Generalitat Valenciana», *Revista de Treball,* núm. 9, (1989), págs. 43-45.

tauración de Servicios Públicos de Empleo Autonómicos sirven para fomentar el desarrollo económico en las Comunidades Autónomas.

No sólo hay que mencionar la Constitución Española para fundamentar la creación de los Servicios Autonómicos de Empleo, sino que también la mayoría de los Estatutos de Autonomía incluyen entre los objetivos básicos que tiene que ejercer la Comunidad Autónoma la «consecución del pleno empleo en todos los sectores de la producción», y en otros Estatutos de Autonomía son más precisos aún, pues además de la atribución a las Comunidades Autónomas de la consecución del pleno empleo, atribuyen expresamente competencias en materia de trabajo «en especial los Servicios de Empleo y Acción Formativa», terminología utilizada para or ganizar la intermediación laboral en el final del período franquista. Los nuevos Estatutos de Autonomía reformados garantizan a todas las personas el acceso gratuito a los servicios públicos de empleo [22].

Ahora bien, la posibilidad de creación de los Servicios Autonómicos de Empleo no deja la puerta abierta a la gestión de las políticas activas de empleo en el modo en que la Comunidad Autónoma estime oportuno. Y ello porque la posibilidad de creación del «armazón» de las políticas de empleo no deja de plantear otra cuestión y es qué contenido se le puede atribuir a los Servicios Autonómicos de Empleo creados. Así pues, la segunda cuestión que hay que resolver , es determinar la fundamentación constitucional de cada una de las políticas de empleo, y así conocer qué políticas de empleo se pueden gestionar .

V. LA GESTIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO POR EL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

Una vez que se ha analizado el proceso de creación del Sistema Nacional de Empleo y su fundamentación constitucional, es necesario determinar cuál es la situación actual de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en relación a la gestión de las políticas de empleo. La Constitución Española no incluye un título competencial en materia de «empleo», por lo que hace más difícil determinar la distribución de competencias en esta materia, más aún cuando las políticas de empleo sobrepasan el límite de lo estrictamente laboral.

— Comenzando por las prestaciones por desempleo (como política pasiva de empleo), no hay lugar a dudas que se mantiene la reserva estatal de la legislación básica y régimen económico de Seguridad Social (149.1.17 CE)

[22] Se puede destacar el Artículo 25.1 Ley Or gánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía; y el Artículo 26.1 Ley Or gánica 2/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

— Y en cuanto a las políticas activas de empleo[23], el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado al respecto (STC 195/1996, de 28 de noviembre, antecedente 4.º), y ha encuadrado la colocación, el fomento del empleo y la formación profesional ocupacional en el artículo 149.1.7 CE, al indicar que «colocación, fomento del empleo, formación profesional ocupacional son «estadios previos» al contrato de trabajo o a la relación laboral, que deben o pueden preceder a ésta, cuya constitución en todo caso, favorecen. Las leyes laborales regulan todos estos estadios previos (por ejemplo, arts. 12.5, 16.1 y 3 y 17.3 ET), que, desde el punto de vista constitucional, han de encuadrarse en la norma de competencia del artículo 149.1.7 CE: «legislación laboral». Es decir, se ha querido que fuese el Estado el que legisle para todo el territorio nacional y establezca uniformidad en todo el territorio para esta materia. La ejecución de estas políticas activas se ha llevado a cabo a través de los Decretos de traspaso de competencias ya analizados.

Y también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en relación a la formación profesional continua y determina como encuadramiento adecuado de esta materia el de la legislación laboral (STC 95/2002, 230/2003)[24].

Sin embargo, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que encuadran en el título competencial de la legislación laboral la colocación, el fomento del empleo, y la formación profesional ocupacional y continua, no resuelven los problemas que se plantean en su aplicación. Y ello por varias razones:

— Las políticas de empleo son más de las estrictamente laborales, es un término muy amplio en el que sería necesario determinar la distribución competencial de cada una de ellas.

— Las políticas de empleo no se aplican solamente —como así parece deducirse de la doctrina del Tribunal Constitucional— al trabajador por cuenta ajena, por lo que existen otros instrumentos, como es el fomento del autoempleo, en el que es necesario también determinar cuál es su título competencial.

---

[23] Para un análisis detallado de las políticas de empleo, véase VV. AA (Saragosà i Saragosà, J. V. Coord.): *Derecho del Empleo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; Molina Hermosilla, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo: el derecho del empleo como nueva categoría sistemática,* CARL, Sevilla, 2005; VV. AA. (Rodríguez-Piñero Royo, M.): *Lecciones de Derecho del Empleo,* Tecnos, Madrid, 2006; García Gil, M.: *los instrumentos jurídicos de la política de empleo,* Aranzadi, 2006.

[24] Aguilera Izquierdo, R.; Cristóbal Roncero, R.; García Piñeiro N.: *El régimen jurídico de la formación continua,* Civitas, Madrid, 2005, pág. 53.

— Además, indicar por ejemplo que el fomento del empleo está incluido dentro de la «legislación laboral» no es del todo completo, pues al ser tal amplio el término fomento del empleo, hace que determinadas materias incluidas en éste sean competencia de las Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, las Comunidades Autónomas llevan a cabo medidas de carácter estrictamente económico, mediante el otorgamiento de subvenciones a tanto alzado, encuadrándose en el «fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma» (148.1.13 CE).

Todos estos ejemplos ponen de manifiesto la dificultad que presenta el encuadramiento de las políticas de empleo en un único título competencial. Hubiera sido un momento oportuno para que los Estatutos de Autonomía reformados hubieran realizado un tratamiento diferenciado de las políticas activas de empleo [25].

VI. PUNTOS CRÍTICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO. PROPUESTAS DE REFORMA

Aunque era necesario modificar una Ley de Empleo que ya estaba desfasada con respecto a la situación actual, se está produciendo una fuerte descompensación entre la creación «teórica» del Sistema Nacional de Empleo en la LE, y la realidad «práctica» en este momento, y se puede justificar de forma suficiente en algunos puntos críticos que se detallan a continuación:

— A pesar de que uno de los pilares del Sistema Nacional de Empleo es la coordinación entre las Administraciones implicadas[26], existe una clara falta de coordinación entre el Servicio Público de Empleo Estatal (que gestiona las prestaciones por desempleo) y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos (que gestionan las políticas activas de empleo) y en ocasiones se agrava porque ni siquiera se ha firmado un Convenio de Colaboración entre el Servicio Público de Empleo Estatal y la Comunidad Autónoma para la coordinación de la gestión del empleo y la gestión de las prestaciones por desempleo. Es absolutamente necesaria una adecuada coordinación, pues las políticas activas y pasivas de empleo no

[25] Véase, en este sentido, Molina Navarrete, C.: «Los nuevos Estatutos de Autonomía…», *op. cit*.

[26] Así, indica Alujas Ruiz, J. A.: (*Políticas activas de mercado de trabajo en España .Situación en el contexto europeo*, CES, Madrid, 2003), pág. 310) señala que «el peligro de desconexión entre las funciones de colocación y el control de las prestaciones es mayor cuando la primera se traspasa a las regiones, mientras la segunda continúa administrada a nivel nacional. La cooperación y la coordinación entre ambos niveles deviene entonces imprescindible».

constituyen dos bloques totalmente diferenciados, agravado además por la tendencia actual marcada desde la Unión Europea de orientar la prestación por desempleo hacia las políticas activas de empleo de lucha contra el paro, otorgándose un mayor papel al aspecto formativo y a las políticas de recolocación [27].

— Todavía falta por completar el Sistema Nacional de Empleo, y ello porque alguna Comunidad Autónoma no tiene creado un Servicio Autonómico de Empleo como ór gano que se le encomienda la gestión de las políticas activas de empleo —es el caso de Galicia— y en el caso del País Vasco ni tiene creado un Servicio Público de Empleo Autonómico ni tampoco tiene traspasadas la gestión de las políticas activas de empleo. Esto conlleva a una mayor diversidad de la función que desempeñan las Comunidades Autónomas en el marco de las políticas de empleo.

— A ello se le añade además, que existen también numerosas diferencias incluso en las Comunidades Autónomas que tienen creados los Servicios Autonómicos de Empleo y traspasadas las competencias en materia de políticas activas de empleo. Un ejemplo clave es el de la regulación y funcionamiento de las Entidades Colaboradoras del Servicio Público de Empleo [28], que cuentan con características muy diferentes de unas Comunidades a otras, y ello puede ser debido también a una falta de legislación a nivel estatal que se pueda posteriormente «ejecutar» por las Comunidades Autónomas. Es decir, falta en algunos aspectos un régimen jurídico general que a nivel estatal determine la legislación a aplicar .

— Por último, aunque la Administración Local está teniendo una importante participación en materia de políticas de empleo, todavía requiere una mejor articulación —y que el Sistema Nacional de Empleo deja prácticamente olvidado— para ajustarla a las Directrices marcadas desde la Unión Europea, en la que cada vez se da más importancia al empleo local al estar más aproximada a las necesidades sociales.

Así pues, el proceso de «territorialización» se ha realizado, pero no se ha conseguido un verdadero Sistema Nacional de Empleo. En conclusión,

---

[27] MONEREO PÉREZ, J. L.: *El sistema de protección por desempleo en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

[28] Para una crítica del funcionamiento de las Entidades Colaboradoras, véase VALLECILLO GÁMEZ, M.ª R.: «El modelo «real» de gestión del Servicio Andaluz de Empleo (SAE): ¿Dualismo o indefinición?, VV. AA. (MOLINA NAVARRETE, C. Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*. *XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* CARL, Sevilla, 2005; SOBRINO GONZÁLEZ, G.: *La política de colocación,* Bomarzo, Alicante, 2006.

se ha producido una «falta de toda perspectiva de conjunto» [29]. Las últimas reformas en materia laboral, que han culminado con la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, se comprometen en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la citada Ley a poner en marcha un «Plan Global de Modernización del Servicio Público de Empleo Estatal que garantice la modernización y mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de Oficinas». Pero no es ni mucho menos suficiente para cubrir todas las carencias del Sistema Nacional de Empleo, en la que es necesaria una regulación de determinadas materias —y sobre todo, que se desarrolle reglamentariamente la LE—, pero también la voluntad política de coordinar este «Sistema», manteniendo, por supuesto, la diversidad, que es lo que precisamente trata de garantizar el régimen autonómico, pero siempre respetando los límites establecidos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R.; CRISTÓBAL RONCERO, R.; GARCÍA PIÑEIRO N.: *El régimen jurídico de la formación continua,* Civitas, Madrid, 2005.

ALUJAS RUIZ, J. A.: *Políticas activas de mercado de trabajo en España .Situación en el contexto europeo,* CES, Madrid, 2003.

ALVARELLOS GALVE, C.: *Ley Básica de Empleo. Textos y comentarios,* Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981.

ARRÚE MENDIZÁBAL, M.: «El Servicio Vasco de Colocación/Langai», VV. AA. (GOÑI SEIN, J. L.; L ANDA ZAPIRAIN, J. P. Directores): *Derecho Social Vasco,* Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Estudios sobre autonomías territoriales,* Civitas, Madrid, 1981.

GARCÍA GIL, M.: *los instrumentos jurídicos de la política de empleo,* Aranzadi, 2006.

LÁZARO SÁNCHEZ, J. L.: «El Servicio Andaluz de Empleo», *TL,* núm. 68, (2003).

La intermediación laboral en el mercado de trabajo, CARL, Sevilla, 2003.

LÓPEZ GANDÍA, J.: «La política de empleo de la Generalitat Valenciana», *Revista de Treball,* núm. 9, (1989).

LÓPEZ PARADA, R.: «Transferencia y privatización del servicio público de colocación», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 212, noviembre, (2000).

MOLINA HERMOSILLA, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo: el derecho del empleo como nueva categoría sistemática,* CARL, Sevilla, 2005.

MOLINA NAVARRETE, C.: «Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencia en las «materias» de «empleo», «trabajo» y «protección social», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 283, (2006).

[29] VALDÉS DAL-RÉ, F.: Intermediación..., *op. cit.*, pág. 7.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *El sistema de protección por desempleo en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.: «Artículo 40.1 CE. El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo», VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N. Dirección): *Comentario a la Constitución Socio Económica de España,* Comares, Granada, 2002.

— Artículo 35 CE. El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo», VV. AA. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N. Dirección): *Comentario a la Constitución Socio Económica de España,* Comares, Granada, 2002.

MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos del Derecho del Trabajo,* Ed. Civitas, Madrid, 1975.

MULLER, M.: *Control o colocación*. *Historia del Servicio Público de Empleo francés,* Madrid, MTSS, 1994.

MTSS.: *La Reforma de la Política de Empleo y de los Servicios Públicos de Empleo en España,* MTSS, Madrid, 1991.

OCDE.: *Los Servicios Públicos de Empleo,* MTSS, Madrid, 1986.

OLVERIA ASCENSAO, M. de.: «Los servicios nacionales de empleo», *RT,* núm. 1, enero-febrero, (1960).

SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo e intermediación laboral en las Comunidades Autónomas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SOBRINO GONZÁLEZ, G.: *La política de colocación,* Bomarzo, Alicante, 2006.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: El Derecho del Trabajo en la Segunda República», *RL,* núm. 8, abril (2006).

— «Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma socialmente invisible y normativamente provisional», *RL,* núm. 19, octubre (2006).

VALLECILLO GÁMEZ, M.ª R.: «El modelo «real» de gestión del Servicio Andaluz de Empleo (SAE): ¿Dualismo o indefinición?, VV. AA. (MOLINA NAVARRETE, C. Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*. *XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* CARL, Sevilla, 2005.

VV. AA (SARAGOSÀ I SARAGOSÀ, J. V. Coord.): *Derecho del Empleo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VV. AA.(RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.): *Lecciones de Derecho del Empleo,* Tecnos, Madrid, 2006.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS QUE CONDENAN AL CUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES SOBRE BOLSAS DE EMPLEO

MARGARITA TARABINI-CASTELLANI AZNAR
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social de la Universidad de las Islas Baleares

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.–1. La experiencia negocial en materia de bolsas de empleo. Algunos ejemplos. 2. Reacciones posibles frente al incumplimiento.—II. LA EJECUCIÓN DE LAS CONDENAS A UN HACER PERSONALÍSIMO. 1. Aclaraciones previas. 2. Las disposiciones sobre ejecución específica en la LPL y su doble inspiración durante la vigencia de la LEC-1881. 3. La ejecución de las obligaciones de hacer personalísimo en la nueva LEC. 4. Algunas aclaraciones sobre determinadas obligaciones. 5. Especialidades del proceso de ejecución laboral.—III. LA EJECUCIÓN IN NATURA.–1. Las posibles actuaciones del magistrado. 2. Los problemas que se plantean.—IV. LA EJECUCIÓN POR EQUIVALENTE. 1. El cálculo de la indemnización en las reclamaciones individuales. 2. El cálculo de la indemnización en las reclamaciones por la vía de conflicto colectivo. 3. Los daños morales. Contenido y sujetos afectados. 4. Los daños morales. Su cuantificación.—V . CONCLUSIONES.–1. Los límites en la articulación ley-convenio respecto del Derecho Administrativo Sancionador. 2. Las limitaciones de la LEC. 3. Algunas propuestas para la negociación de las cláusulas sobre bolsas de empleo.

RESUMEN

La presente comunicación analiza la problemática que suscita la ejecución judicial de las obligaciones derivadas de las bolsas de empleo. Para ello, tras una introducción en la que se muestran algunos ejemplos de la experiencia negocial sobre la constitución y funcionamiento de las mismas, así como las reacciones que caben frente a su incumplimiento, se presenta el panorama que se abre tras la nueva LEC y su engarce con el artículo 239 LPL en materia de ejecución de sentencias en sus propios términos. A continuación se trata de las dificultades que entraña la ejecución *in natura* de estas obligaciones y las correspondientes a la ejecución por equivalente. Finalmente, en el apartado de conclusiones, se tiene la ocasión de señalar las deficiencias de nuestro ordenamiento jurídico en este punto y de realizar algunas recomendaciones para la negociación de cláusulas sobre bolsas de empleo.

I. INTRODUCCIÓN

1. La experiencia negocial en materia de bolsas de empleo. Algunos ejemplos

No es ajena a la negociación colectiva la constitución de bolsas de empleo por medio de las cuales se disciplina el acceso al empleo en las empresas sometidas al ámbito de aplicación del convenio. El objeto de las mismas es disponer de trabajadores que tengan la formación apropiada o la experiencia exigida para poder incorporarse al puesto de trabajo con la mayor brevedad posible [1]. La mayoría de los convenios que las establecen son de ámbito

[1] En esta línea, el artículo 16 del Convenio colectivo de la empresa «Unión Española de Explosivos» y otras empresas de su grupo, (BOE de 3 de febrero de 2006), considera que con la bolsa de empleo se busca disponer de un conjunto de trabajadores, suficientemente formados para los procesos industriales de la fábrica a la que están adscritos, que estén disponibles para su inmediata incorporación bajo la modalidad contractual adecuada.

empresarial o para el personal laboral de determinadas Administraciones Públicas[2]. Ejemplo de regulación puede serlo el artículo 16 del Convenio colectivo de la empresa «Unión Española de Explosivos» y otras empresas de su grupo (BOE de 3 de febrero de 2006) [3] y los arts. 25 y 28 del IV Convenio colectivo del ente público Aeropuertos españoles y navegación Aérea, AENA (BOE 18 de abril de 2006) [4]. El primero de ellos determina que la incorporación a la bolsa se producirá teniendo en cuenta los criterios establecidos en cada centro de trabajo, de acuerdo con la Comisión de empleo y contratación, así como los de aprovechamiento de la formación recibida que deberá ser previa a la entrada en la empresa, la experiencia demostrada, no haber rechazado dos ofertas de empleo de las empresas y no haber sido sancionado durante la vigencia de los anteriores contratos ni haber sido rescindido su contrato durante el período de prueba. La dirección de cada centro procurará rotar entre los miembros de las bolsas las posibilidades de empleo que surjan, atendiendo a criterios profesionales y con la participación de los representantes sindicales firmantes y presentes en el centro de trabajo. Además, se indica que cualquier baja que se produzca deberá ser cubierta por otro demandante de empleo. Los artículos 25 y 28 del IV Convenio colectivo de AENA, introdu-

---

[2] En los convenios del personal laboral de las Administraciones Públicas o de algunas empresas públicas, el compromiso de constituir una bolsa de trabajo acompaña a la cláusula que establece la jubilación forzosa a los 65 años. En estos convenios las Administraciones o empresas en cuestión se comprometen a constituir bolsas de empleo con las vacantes que se produzcan por esta causa. Véase, artículo 38 del Convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Seguridad Nuclear (BOE de 18 de mayo de 1998); artículo 59 del Convenio colectivo para el personal laboral del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (BOE de 24 de noviembre de 1998; artículo 72 del Convenio colectivo del personal laboral del Ministerio de Sanidad y Consumo y del Organismo Autónomo Instituto Nacional de Consumo (BOE de 22 de abril de 1998). Véase también, artículo 64 del IX Convenio colectivo de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (BOE de 27 de febrero de 2003).

[3] A su tenor los centros de mayor volumen industrial han de crear bolsas de trabajo de 75, 45 y 20 trabajadores aproximadamente, según sus dimensiones; aunque podrán establecerse de mutuo acuerdo en otros, siempre que la decisión cuente con la aprobación de una Comisión de Empleo de carácter paritario, cuya creación está prevista en el artículo 10 del Convenio.

[4] El artículo 25. 3 del IV Convenio colectivo de AENA, distingue entre bolsas de candidatos de reserva de carácter fijo y las de personal no fijo, estas últimas de naturaleza excepcional y al respecto, señala: « *Excepcionalmente y con carácter extraordinario, la Comisión Paritaria de Promoción y Selección, podrá autorizar la constitución de bolsas de trabajo para contrataciones de personal no fijo. Dichas bolsas permanecerán vigentes hasta que, con motivo de una nueva convocatoria de plazas de carácter fijo, se constituya una nueva bolsa de la misma ocupación.*

4. En caso de simultanearse bolsas de candidatos en reserva, se atenderá al siguiente orden de prelación:

a) En primer lugar, a la bolsa de candidatos en reserva constituida para contrataciones de personal fijo.

b) En segundo lugar, a la bolsa de candidatos en reserva para contrataciones de personal no fijo.

5. En el supuesto de vigencia de más de una bolsa de candidatos para contrataciones de personal no fijo, tendrá prioridad la bolsa más antigua».

cen criterios más sencillos. Las bolsas estarán constituidas, a tenor de los mismos, por trabajadores que han superado las pruebas pero no han obtenido plaza y la contratación se producirá a través de dicha bolsa, salvo en casos excepcionales previstas en el propio convenio colectivo [5]. En particular, la contratación del personal no fijo deberá seguir *«estrictamente el orden de puntuación obtenido en el proceso selectivo y con independencia de que estén o hubieran estado ya contratados; siempre que la naturaleza de la nueva modalidad contractual ofertada no sea incompatible con la vigente o anteriores contrataciones y no se oponga a la legislación en vigor (…)»* [6].

2. Reacciones posibles frente al incumplimiento

Pues bien, una vez incluidas estas cláusulas en el convenio colectivo el empresario puede cumplir con lo dispuesto en las mismas, hacerlo de forma defectuosa o desobedecerlas. En estos dos últimos casos la reacción frente al incumplimiento sólo puede canalizarse a través de la reclamación judicial puesto que la vía administrativa no resulta aplicable. En efecto, parto de la base de que las disposiciones sobre bolsas de empleo que establezcan claramente el sistema de inclusión y prelación en la contratación son de carácter normativo [7], como los preceptos señalados

---

[5] En caso de no existir bolsa de trabajo para una determinada ocupación, previo acuerdo con la representación laboral, se podrá recurrir a un nuevo proceso selectivo, al INEM u otros servicios de Empleo o bolsas de candidatos de reserva pertenecientes a otros centros de Aena (art. 28. 2 c) del IV Convenio colectivo de AENA).

[6] También contempla los motivos de exclusión de la bolsa. Es lo que sucede, en primer término, cuando se renuncia a la contratación. Si la misma era de carácter fijo, el candidato queda automáticamente eliminado de la bolsa. Si, por el contrario, se rechaza sucesivamente tres ofertas de contratación temporal pasará a ocupar el último lugar de la bolsa de candidatos en reserva «*salvo que mantenga, en ese momento, relación laboral con AENA»*. El artículo 28. 2 c) advierte de que no se tendrán en cuenta estos efectos cuando se trate de renuncias a contrataciones para aquellos centros de trabajo en los que el candidato no se ha presentado. Por otra parte, no será considerada renuncia la que venga derivada de la imposibilidad de aceptación de la contratación por encontrarse el candidato en situación de Incapacidad Temporal o baja por maternidad, que deberá ser acreditada en las 48 horas siguientes al ofrecimiento de la contratación. Este mismo candidato mantendrá, para contrataciones de carácter fijo, la posición que hubiere obtenido como resultado del proceso selectivo si la bolsa se hubiera constituido como consecuencia de un proceso de selección externa de plazas fijas. En segundo término, el artículo 25. 2 advierte lógicamente que los candidatos que, una vez superado el proceso selectivo, obtengan plaza fija, serán excluidos automáticamente de las bolsas de candidatos de reserva de que formen parte. En tercer y último término, según el artículo 25. 6, en los casos en los que se declare la procedencia del despido, así como en aquellos en que sea declarada la improcedencia y el trabajador opte por la indemnización, éste quedará excluido de todas las bolsas de candidatos en reserva de las que forme parte.

[7] Para determinar la naturaleza jurídica de las disposiciones sobre bolsas de trabajo habrá que atender a los sujetos obligados por el precepto convencional en cuestión en relación con el ámbito del convenio. La literalidad de las cláusulas no debe llevar a engaño, no será necesariamente lo que indique su adscripción a uno u otro contenido. Éstas forma-

anteriormente. Ello abriría, en línea de principio, la posibilidad de aplicar sanciones administrativas por cuanto a tenor del artículo 5 LISOS «*son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias (...) a las cláusulas normativas de los convenios, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional ocupacional y de trabajo temporal tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente Ley*». Sin embargo, los arts. 14 y ss. LISOS relativos a las infracciones en materia de empleo, no mencionan a los convenios colectivos como fuente cuyo incumplimiento puede ser sancionado, por lo que las cláusulas sobre bolsas de empleo no están tipificadas como materia sancionable [8].

Cerrada la vía administrativa, la demanda judicial podría presentarse tanto por los concretos trabajadores que han visto truncada su expectativa de ser contratados [9], como por los representantes de los mismos por el incumplimiento del convenio[10]. Tras el proceso y si así lo estima el órgano jurisdiccional competente, el empresario será condenado a dar cumplimiento a la obligación convencional. En este punto se abren las mismas posibilidades que antes del inicio del proceso, que el empresario cumpla voluntariamente la condena, que lo haga de modo incompleto o que desobedezca la sentencia. Las dos últimas abrirán la vía de ejecución de condenas a un hacer personalísimo o infungible.

---

rán parte del contenido normativo o del obligacional del convenio según sean los destinatarios de su mandato. Será una cláusula obligacional cuando vaya dirigida a los firmantes del convenio y necesite de acuerdos ulteriores entre ellos para perfeccionarse. Se tratará de cláusulas normativas, como son la mayoría de las analizadas, cuando sus destinatarios sean los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o terceros siempre que contengan un mandato preciso de aplicabilidad inmediata.

[8] ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «*El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la administración en el orden social*», RL, núm. 11, 1988, pág. 59 y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «*Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos*», DL, núm. 25 1988, pág. 51, advirtieron de este vacío en los arts. 25 y ss. LISOS-88, antecedentes de los arts. 14 y ss. actuales.

[9] Los trabajadores que se consideren perjudicados deberán, por una parte, solicitar la nulidad de la contratación efectuada *ex* artículo 6.3 Cc, como lo ha señalado el TS respecto de la contratación de trabajadores externos en contra de las normas sectoriales de promoción de internos. Véanse por todas, STS de 21 de octubre de 1992, RJ: 7664; STS de 20 de noviembre de 1992, RJ: 8224; STS de 26 de enero de 1993, RJ: 272; STS de 26 de abril de 1993, RJ: 3364; STS de 12 de mayo de 1993, RJ: 4092; STS de 20 de septiembre de 1993, RJ: 6886. Véase también STSJ de Andalucía / Sevilla de 25 de febrero de 2000, AS: 3999. Por otra, podrán solicitar su contratación o, lo que es lo mismo, utilizando los equívocos términos de la LEC solicitar la condena del empresario a la emisión de una declaración de voluntad, declaración en la que todos los elementos están determinados, o el resarcimiento de daños por cuanto quizá no merezca la pena solicitar la efectiva contratación, como se verá más adelante.

[10] Las dimensiones de la presente comunicación impiden que me detenga en la problemática anudada a la modalidad procesal de conflicto colectivo. Aún así, merece la pena destacar que son perfectamente admisibles las demandas de condena a un hacer al empresario. La dificultad estribará en que la pretensión de los sujetos colectivos sea generalizable, que no necesite el análisis de situaciones individualizadas. Véase STC 92/1988, de 23 de mayo,

II. LA EJECUCIÓN DE LAS CONDENAS A UN HACER PERSONALÍSIMO

1. Aclaraciones previas

Las obligaciones de hacer de carácter personalísimo son aquéllas cuyo cumplimiento requiere de un hacer del deudor en el que no puede ser sustituido por otro. Dentro de éstas se encuentran los llamados precontratos, considerados hoy en día mayoritariamente como contratos propiamente dichos, por los que las partes se obligan a cumplir en el futuro el contrato proyectado o, lo que es lo mismo, a realizar las actividades necesarias para dejarlo concluso. No hay , como en un principio se señaló, una obligación futura de emitir una declaración de voluntad[11], sino que a lo que se obligan los contratantes es a poder exigir del otro la efectividad del contrato [12]. Pues bien, los compromisos derivados de la constitución de bolsas de empleo constituyen obligaciones de hacer personalísimo o precontratos según el grado de definición de los mimos.

2. Las disposiciones sobre ejecución específica en la LPL y su doble inspiración durante la vigencia de la LEC-1881

El artículo 239 LPL advierte de que la ejecución de las sentencias sobre obligaciones de dar, hacer o no hacer se llevará a cabo en sus propios términos. A estos efectos, el artículo 239.2 LPL permite al juzgado o Tribunal imponer apremios pecuniarios al deudor de la obligación con el fin de obtener el cumplimiento de la misma mientras no proceda a ello o no acredite la imposibilidad de su cumplimiento específico. Hasta hace bien poco, en el proceso de ejecución laboral concurría una doble inspiración[13]: el principio de ejecución de sentencias en sus propios

---

STC 178/1996, de 12 de noviembre; entre la doctrina, C RUZ VILLALÓN, J.: «*Los procesos de conflicto colectivo y de impugnación de convenios*» en AA. VV.: *la Ley de Procedimiento Laboral*. *Experiencias aplicativas y evolución crítica*. CGPJ, Madrid, 1993, págs. 129 y ss.; ALFONSO MELLADO, C.: *El proceso de conflicto colectivo*. *Sistemas alternativos de solución y autonomía colectiva*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 300; B AYLOS GRAU, A.: «*Obligaciones de hacer: las multas coercitivas (análisis del artículo 239 LPL)*» en *Puntos críticos en ejecución de sentencias,* Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1998, págs. 339-340. Y entre la jurisprudencia, STS —ud— de 9 de mayo de 1997, RJ: 4228, a lo que cabe añadir doctrina judicial, como la recaída en las STSJ Andalucía/Sevilla de 7 de mayo de 1996, AS: 1587, STSJ Asturias de 7 de marzo de 1997, AS: 523.

[11] Por todos, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* Ed Tecnos, Madrid, 1970, pág. 205; PARDO IRANZO, V.: *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pág. 244.

[12] Por todos, PARDO IRANZO, V.: *Ejecución de sentencias..., op. cit*., pág. 272.

[13] BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: *Instituciones de Derecho procesal Laboral,* Ed. Trotta, Valladolid, 1995, pág. 495.

términos[14] y el derivado del carácter supletorio que la LEC-1881, cuyos arts. 924 y ss. dejaban en manos del deudor la elección entre el cumplimiento *in natura* del hacer personalísimo al que había sido condenado o su sustitución por un equivalente pecuniario [15]. Esta tensión quedó reflejada en las posiciones doctrinales. Mientras un sector consideró que el artículo 239 LPL hacía inaplicable el artículo 924 LEC-1881, salvo en los casos de imposibilidad de cumplimiento específico [16], otro señaló, quizá con más realismo, que el artículo 239 LPL introdujo sólo un cambio de tratamiento que reforzaba el intento de lograr la ejecución específica, pero al final había de acudirse, supletoriamente a la LEC-1881 [17]. Buena muestra de ello es el carácter facultativo de los apremios del artículo 239.2 LPL y la escasa utilización del precepto por los Tribunales que han optado, invariablemente, por la indemnización de daños y no por el cumplimiento específico por medio de la imposición de aquellos[18].

---

[14] Blasco Pellicer. A.: en AA. VV., *Derecho Procesal Laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 683.

[15] Como destacan, entre otros, Tapia Fernández, I.: *Las condenas no pecuniarias. (ejecuciones de sentencias de dar, hacer o no hacer)*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Serie Ensayos, 3, 1984, págs. 21 y ss.; Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J. y Fernández López, M.ª F.: *Instrituciones …, op. cit.,* pág. 492; Pardo Iranzo, V.: *Ejecución de sentencias ..., op. cit*., pág. 300.

[16] Salinas Molina, F.: «*De la ejecución definitiva. Disposiciones de carácter general»* en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral (Análisis y Comentarios del RD - Legislativo 521/1990, de 27 de abril*. Bilbao, 1990, pág. 507 y del mismo autor, «*Principios básicos de la nueva regulación de la ejecución»* en AA. VV., *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1991. La STSJ Castilla la Mancha de 29 de enero de 1998, AS: 199, comparte este mismo criterio.

[17] Montero Aroca, J.: *Introducción al Proceso Laboral,* Ed. Bosch, Barcelona, pág. 287.

[18] Un ejemplo de ello es la STS Extremadura de 14 de noviembre de 2002AL: 316/2002, en la que se considera que el incumplimiento del precontrato da lugar a una indemnización de daños y perjuicios porque «no se puede constreñir a la celebración de un contrato de trabajo que conlleva la prestación de un consentimiento que no se puede sustituir». Esta argumentación refleja hasta qué punto se ha interiorizado la incoercibilidad de las obligaciones de hacer. Un repaso a la jurisprudencia y doctrina judicial al respecto nos devuelve un resultado pobre de sentencias y sólo de los tribunales superiores de justicia y juzgados de lo social. Véase, STSJ Galicia de 22 de noviembre de 1997, AS: 4355; STSJ Castilla la Mancha de 29 de enero de 1998, AS: 199; STSJ Cataluña de 28 de abril de 1998, AS: 5592; STSJ Cataluña de 18 de octubre de 1999, AS: 4388; STSJ Castilla la Mancha de 19 de mayo de 2000, AS: 1782; STSJ Cataluña de 20 de octubre de 2001, JUR: 10865; STSJ Cataluña de 8 de mayo de 2001, AS: 750; sentencia del juzgado de lo social núm. 2 de Navarra, de 11 de abril de 1998, AS: 5473. Sobre el carácter facultativo de los apremios se pronuncia Salinas Molina, F.: «*Principios ..., op. cit*., pág. 339 y corroboran esta interpretación, STSJ Castilla La Mancha de 29 de enero de 1998, AS: 199 y STSJ Cataluña de 18 de octubre de 1999, AS: 4388. Sin embar go, Baylos Grau, A. P.: Comentario al artículo 239, en AA. VV., *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Tomo II, Ed. Comares, Granada, 2001, págs. 1534-1535, considera que el «podrá» del artículo 239. 2 LPL debe interpretarse como que la norma no le obliga a adoptar esta medida en todos los supuestos en que se acredite el incumplimiento de la obligación de hacer o de no hacer a que la parte ha sido requerida, no que el juez pueda negarse a imponer los apremios cuando la parte ejecutante así le inste.

3. La ejecución de las obligaciones de hacer personalísimo en la nueva LEC

La entrada en vigor de la nueva LEC [19] permite celebrar la desaparición casi generalizada de nuestro ordenamiento jurídico de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer , aunque se trate de una desaparición con algunas imperfecciones. Su engarce con el proceso laboral se observa en dos preceptos, el artículo 4 LEC por el cual en defecto de disposiciones en las leyes que regulen los procesos laborales, la LEC será de aplicación[20]. Y, sobre todo, el artículo 235 LPL, modificado por la DA 11.ª LEC, por el que en materia de ejecución la LEC será la ley aplicable salvo en lo que la LPL sea especial[21]. El Capítulo III del Título V del Libro III LEC se refiere, entre otras, a la ejecución de las obligaciones de hacer y no hacer y dentro del mismo se encuentran las equívocamente denominadas condenas a emitir una declaración de voluntad y las condenas de hacer personalísimo, que son las que interesan para hacer efectivo el cumplimiento de lo establecido en las bolsas de empleo.

Respecto de las condenas a emitir una declaración de voluntad, esto es a dar efectividad a un precontrato, el artículo 708 LEC distingue tres situaciones para el caso de que el condenado no cumpla en el plazo de veinte días desde la firmeza de la sentencia o el laudo, situaciones que dependen de la determinación de los elementos esenciales o accidentales del negocio o contrato sobre el que debe emitirse la declaración de voluntad. La primera es que estén predeterminados todos los elementos del negocio, en cuyo caso, el tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad. La segunda se refiere a la indeterminación de algunos de los elementos no esenciales, en este caso el tribunal, oídas las partes, tendrá por emitida la declaración en cuestión y establecerá dichos elementos que faltan conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico. Por último, cuando la indeterminación afecte a los elementos esenciales, sólo podrá procederse a la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante.

En materia de condenas a un hacer personalísimo, el artículo 709 LEC exige que el condenado alegue dentro del plazo que fije el tribunal los motivos por los que se niega a proceder conforme al título ejecutivo y lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no de la prestación debida. Tras ello, si el ejecutado no procede a cumplir la condena, el

---

[19] Ley 1/2000, de 7 de enero, BOE de 8 de enero.

[20] Véase sobre ello PEDRAJAS MORENO, A.: «*Un nuevo enfoque de la supletoriedad normativa, no exento de problemática: la Ley de Enjuiciamiento Civil como aspirante a ley procesal común*», AL, núm. 12, 2001.

[21] Sobre ello, GIL SUÁREZ, L.: «*Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso laboral. Algunos puntos críticos*», AL, núm. 12, 2001, pág. 260-261; PEDRAJAS MORENO, A.: «*Un nuevo enfoque de la supletoriedad normativa...», op. cit*., pág. 289.

ejecutante podrá optar entre la ejecución por equivalente pecuniario o por la ejecución específica para lo que podrá solicitar que se apremie el ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal tendrá la posibilidad de adoptar tres decisiones por medio de auto: de un lado que la obligación no es personalísima, por lo que se continuará por la vía de ejecución de estas obligaciones prevista en el artículo 706 LEC; de otro, que se acuerde la ejecución genérica de la obligación, para lo que habrá que acudir al artículo 711 LEC y, por último, que se apremie al ejecutado. En este caso se reiterará trimestralmente los requerimientos. Y si al cabo de un año desde el primero el deudor no cumple, podrán suceder dos cosas, que el ejecutante opte por la ejecución genérica o que se adopten cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante, a petición de éste[22]. En el artículo 709. 4 LEC se advierte que si los títulos ejecutivos prevén disposiciones expresas para el supuesto de incumplimiento del deudor, habrá que estar a las mismas y no serán de aplicación las disposiciones anteriores.

4. Algunas aclaraciones sobre determinadas obligaciones

Visto el sistema contemplado en la LEC, conviene antes de seguir aclarar una cuestión que tiene que ver con la ejecución de lo que el artículo 708 LEC considera un negocio o contrato sin sus elementos esenciales definidos. El precontrato para ser calificado como tal ha de contener todos los elementos esenciales del contrato, puesto que únicamente fijados éstos puede exigirse su efectividad, su indeterminación implica su no exigencia, fuera de la responsabilidad derivada del artículo 1902 Cc. Con otras palabras, si el precontrato no configura los elementos esenciales de ese contrato exigible a posteriori, probablemente es que no hay tal. Lo que sí puede haber es, precisamente, una obligación a emitir una declaración de voluntad[23] así como a fijar los elementos del futuro negocio. Podría, en consecuencia, calificarse como una obligación de hacer personalísimo puesto que, para darle efectividad debe perfeccionarse y su cumplimiento no puede exigirse de otra forma. Así calificada, puede conminarse al deudor a su cumplimiento específico a través de los apremios pecuniarios *ex* artículo 709 LEC[24].

---

[22] Medidas que, por su parte, no se contemplan en la LEC.

[23] Y es que como señala Pardo Iranzo, V.: *Ejecución de sentencias..., op. cit.*, pág. 271 y Nadal Gómez, I.: Comentario al Título V LEC en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, Ed. Aranzadi, Pamplona, pág. 613, en los dos primeros casos previstos en el artículo 708 LEC no puede hablarse de tal obligación, porque dicha declaración de voluntad ya está emitida.

[24] En contra de esta posibilidad se manifiesta Nadal Gómez, I.: Comentario..., *op. cit.*, pág. 617.

Resulta, en efecto, un contrasentido que cuando lo que llama la LEC una obligación a emitir una declaración de voluntad no tenga definidos sus elementos esenciales no pueda imponerse el apremio al deudor y sí en cambio cuando se trate de una obligación de hacer personalísimo. Renunciar a la imposición de apremios ante la indeterminación de aquellos, significa el retorno a un sistema de incoercibilidad de las obligaciones del que la doctrina había destacado su falta de sentido [25]. Considerar incoercible la prestación del consentimiento implicaría estar en presencia de una obligación sometida a un querer, es decir, sometida a la condición dimanante de la mera voluntad del obligado, que tendría que ser nula por aplicación de la regla general de la nulidad de las obligaciones sometidas a condición puramente potestativa o dejadas en su cumplimiento al arbitrio del deudor[26].

Más argumentos confirman dicha posibilidad. Uno es de orden sistemático, el otro teleológico. Así, parece evidente que las obligaciones a emitir una declaración de voluntad son un subtipo de las obligaciones de hacer[27], tanto más si las de no contratar son obligaciones de no hacer [28]. Ello se deduce con claridad del capítulo de la LEC dedicado a todas ellas que se titula «de la ejecución de las obligaciones de hacer y de no hacer». En esta línea, el artículo 699 LEC, relativo al despacho de la ejecución de las obligaciones no dinerarias, prevé la posibilidad de imponer estos apremios genéricamente lo que permitiría entender aplicable la imposición de los mismos a lo que el artículo 708 LEC llama contrato sin sus elementos esenciales definidos[29]. El segundo argumento tiene que ver con la razón de ser de este precepto. El artículo 708 LEC incorpora la elaboración doctrinal y jurisprudencial que para dar cumplimiento a los precontratos tuvo lugar ante el silencio de la LEC-1881 [30], sin caer en la cuenta de la contextualización de las tres posibilidades que plantea, que

---

[25] Por todos, Díez-Picazo, L.: *Fundamentos ..., op. cit.,* págs. 207.

[26] *Ibidem*.

[27] Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J. y Fernández López, M.ª F.: *Instituciones..., op. cit*., pág. 500; Pardo Iranzo, V.: *Ejecución de sentencias..., op. cit*., pág. 230. Aunque el hecho de que la voluntad del deudor sea sustituida por la del juez ha hecho dudar del carácter no fungible de la obligación, véase Domínguez Luelmo, A.: Comentario al artículo 708 LEC en AA. VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3694; Franco Arias, J.: «*Ejecución no dineraria: disposiciones generales; ejecución por deberes de entregar cosas y por obligaciones de hacer y no hacer»* en *Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentario sistemático a la Ley 1/2000,* Vol. III, Ed. Economist & Jurist, Barcelona 2000, pág. 493.

[28] Díez-Picazo, L.: *Fundamentos..., op. cit*., pág. 445.

[29] En este sentido se pronuncia Franco Arias, J.: «*Ejecución no dineraria...» op. cit*., págs. 511 y ss. De hecho, como se ha visto anteriormente, este artículo se trae a colación para permitir la imposición de apremios a las obligaciones de no hacer que no lo tienen previsto expresamente: Véase Pardo Iranzo, V.: *Ejecución de sentencias..., op. cit*., pág. 352; Nadal Gómez, I.: Comentario..., *op. cit*., pág. 626.

[30] Pardo Iranzo, V.: *Ejecución de sentencias..., op. cit*., pág. 270; Nadal Gómez, I.: Comentario..., *op. cit*., pág. 612.

fueron diseñadas en un momento en el que las obligaciones de hacer eran incoercibles. La hipótesis en la que el precontrato no tenía determinados sus elementos esenciales, amén de no constituir un precontrato, no admitía otro medio de ejecución que el previsto en la LEC-1881 para las obligaciones de hacer personalísimo: la indemnización de daños y perjuicios.

En consecuencia, es plenamente defendible que, cuando el tribunal no pueda concretar una obligación de contratar del empresario, el cumplimiento de la misma podrá exigirse a través de la imposición de apremios pecuniarios conforme al artículo 709 LEC, salvo que el cumplimiento resulte imposible.

5. Especialidades del proceso de ejecución laboral

Los vacíos en materia de ejecución de condenas de hacer en el en el procedimiento ordinario laboral conllevan la aplicación de la LEC, ya que la LPL sólo dedica a ello el artículo 239 y no prevé cuál es el *iter* procedimental. De hecho, si antes de la LEC el artículo 239 LPL no podía significar un procedimiento alternativo al de la LEC-1881 para la ejecución de condenas de hacer y no hacer, ahora los arts. 708 y ss. LEC constituyen la normativa aplicable en materia de ejecución de las condenas no dinerarias de las que se trata. Pero debe analizarse el encaje del artículo 239. 2 LPL en este nuevo diseño, pues diverge en los que se refiere a la cuantía de los apremios y los criterios para imponerlos [31]. Por lo pronto este precepto distingue entre apremios pecuniarios dirigidos a las partes del proceso y multas coercitivas que pueden imponerse a terceros. La LEC, en cambio, maneja indistintamente estos términos como equivalentes a la coerción de carácter económico sobre el deudor. Pero, más allá de esta cuestión terminológica, la determinación del precepto aplicable es importante a dos efectos. Primero, porque la LPL configura los apremios como potestativos, configuración que, sin embargo, deja de serlo en la LEC habida cuenta de que se convierten en una de las claves de la ejecución *in natura* de las obligaciones de hacer personalísimo. Segundo, porque los mismos se cuantifican de distinta forma en el artículo 239. 2 LPL y en el artículo 711 LEC. Y tercero, porque el artículo 239 LPL no distingue entre obligaciones a emitir una declaración de voluntad y obligaciones de hacer y, mientras el artículo 708 LEC no permite apremiar al deudor cuando faltan los elementos esenciales del negocio sobre el que debe emitirse dicha declaración sino que sólo se permite la reposición de los daños y perjuicios, la LPL, al no distinguir, posibilitaría la aplicación de apremios pecuniarios a los incumplimientos de las condenas a emitir estas declaraciones. Ahora bien, esta tercera razón quedaría desvirtuada a la luz de lo que se ha señalado en líneas anteriores al respecto.

---

[31] Sí lo es a juicio de Blasco Pellicer, A.: en AA. VV., *Derecho Procesal Laboral, cit*., pág. 536.

Ha de concluirse que el cambio de marco en el que se incardina el artículo 239 LPL es lo suficientemente relevante para no considerarlo especial en su totalidad. El carácter potestativo de sus apremios combinan mal con un sistema que tiene en ellos la base; porque, si no se imponen los apremios *ex* artículo 239 LPL ¿qué sistema de ejecución se seguiría, el de la sustitución por equivalente? Parece que los arts. 708 y ss. LEC serán la normativa aplicable[32] y dichos apremios se impondrán a cualquiera de las obligaciones de hacer o no hacer de carácter personalísimo, aunque el artículo 708 LEC parezca excluir algunos de ellos, como ya se ha visto. En lo que el artículo 239 LPL resultará especial y por tanto a él habrá que estar es, entre otras y por lo que aquí interesa, en la cuantía de los apremios [33], en los criterios para imponerlos, en los que especialmente se menciona a la voluntad de cumplimiento o no del deudor y a su capacidad económica [34], y en la posibilidad de continuar imponiéndolos pasado el año del que trata el artículo 709 LEC, relativo a las obligaciones de hacer personalísimo.

III. LA EJECUCIÓN *IN NATURA*

1. Las posibles actuaciones del magistrado

Las previsiones que obligan a contratar a los trabajadores inscritos en una bolsa de empleo tienen los elementos esenciales de la contratación determinados y, aunque pueden faltar algunos elementos accidentales del contrato, el juez puede perfectamente considerarlos concertados. La sentencia que se va a ejecutar actualiza un pacto anterior que contenía todos los elementos necesarios para su existencia y que únicamente precisaba que se dieran determinadas circunstancias para entenderlo exigible[35]. Si el convenio colectivo no ha establecido las bolsas de empleo sino la obligación de crearlas, ésta constituye un hacer de carácter personalísimo en que, tras la sentencia, se procederá al despacho de la ejecución (art. 548 LEC) conforme al artículo 709 LEC, lo que significa la posibilidad de imposición de apremios siempre que el ejecutante no opte por el equivalente. Habrá que estar , además, a las consecuencias del incumplimiento que eventualmente se haya establecido en el convenio colectivo. Recuérdese que si éste las prevé, el juez quedará vinculado por ello. Aunque en al LEC los apremios tienen un año de duración, dado

---

[32] Ríos Salmerón, B.: «*La incidencia de la nueva ley de enjuiciamiento civil en la ejecución laboral»,* RDS, núm. 10, pág. 31, considera que las condenas que se traducen en un hacer o no hacer se llevarán a la práctica con las indicaciones procedimentales de la LEC. En contra, Baylos Grau, A. P.: Comentario al artículo 239, cit., pág. 1527.

[33] Véase al respecto Tascón López, R.: *Las obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción*, Granada, 2005, págs. 133 y ss.

[34] Sobre ello y los problemas que se suscitan tras la aprobación del nuevo Código Penal, Baylos Grau, A. P.: Comentario al artículo 239, *cit*., pág. 1540.

[35] Pardo Iranzo, V.: *Ejecución de sentencias..., op. cit*., pág. 272.

que los previstos en el procedimiento laboral no tienen un plazo marcado y conforme se ha argumentado anteriormente sobre la especialidad del artículo 239. 2 LPL en este punto, cabe la posibilidad de entender que la imposición de los mismos puede continuar .

2. Los problemas que se plantean

La ejecución específica de los precontratos y de las obligaciones de hacer personalísimo presentan ciertos problemas. El primero es la incidencia del período de vigencia del convenio en el cumplimiento de la obligación. Pasado dicho período puede que la misma sólo pueda ser ejecutada por su equivalente [36]. Sin embargo, cuando se trata de disposiciones que ya implican la constitución y funcionamiento de las bolsas de empleo, en algunas ocasiones se les asigna una vida diferente de la del convenio, como por ejemplo en el artículo 25 del convenio de AENA que tienen una vigencia de cinco años. E estos casos habrá que estar a dicha duración. El segundo tiene que ver con la imposibilidad de la ejecución *in natura*. Entra dentro de lo posible que el precontrato o el deber de contratar a uno de los trabajadores inscritos en la bolsa de empleo lo sea para una contratación temporal y que en el momento de la ejecución no concurra la necesidad temporal de mano de obra. En estos casos el único camino es el de la indemnización de daños y perjuicios. El tercer problema se relaciona con la inconveniencia de solicitar la ejecución específica. No sólo la no celebración del contrato puede ser indicativa de la inconveniencia de celebrarlo[37] y que, por tanto, carezca de sentido su ejecución *in natura*, sino que con ésta no se asegura la continuidad del mismo. El empresario puede proceder a la efectiva contratación tras el auto de ejecución y extinguir el contrato inmediatamente después asumiendo un coste mínimo por dicha extinción improcedente o ni siquiera eso cuando se haya concertado un período de prueba [38]. En este sentido, la inexistencia de garantías de la continuidad de la relación laboral nacida de la ejecución de las obligaciones en sus propios términos, que como obligación de tracto sucesivo no se cumple de una sola vez, sino a lo largo del tiempo, aconseja en ocasiones que se opte por la ejecución por equivalente.

---

[36] Esta parece ser la solución de la STS de 21 de julio de 2000, RJ: 7210.

[37] Sempere Navarro, A. V.: «*La preparación del contrato de trabajo»,* DL, núm. 34, pág. 64.

[38] Alfonso Mellado, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 47; Thibault Aranda, X. y Riera Vayreda, C.: «*Tratos preliminares, precontrato e incumplimiento ab initio del contrato de trabajo»*, La Ley, núm. 4234, 1997, D-51, pág. 2027; Alzaga Ruiz, I.: «*Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo*. *Un estudio sobre su concepto, las consecuencias derivadas de su incumplimiento y la jurisdicción competente para conocer de los litigios nacidos de las actividades precontractuales del Derecho del Trabajo»,* DL, núm. 65, pág. 81.

Parece que no es posible optar por una solución general y única a este último problema. Todo dependerá de las circunstancias que concurran y de las razones que existan para justificar la exigencia de cumplimiento específico o equivalente, que deberán tenerse en cuenta en sede judicial [39]. En este sentido, tras veinte días de la sentencia firme de condena, el juez tendrá por emitida la declaración de voluntad. Por ello, dadas las dificultades anteriores, quizá el demandante deba valorar si el nacimiento de la relación laboral cuyo cumplimiento exige tiene visos de continuidad y si no fuera así, no deberá pedir la condena a dar cumplimiento a dicha obligación sino una indemnización por equivalente. Opción que, por su parte, tiene otros problemas, como se verá seguidamente.

IV. LA EJECUCIÓN POR EQUIVALENTE

1. El cálculo de la indemnización en las reclamaciones individuales

En efecto, la ejecución por equivalente tampoco está exenta de problemas. Por lo pronto se produce una confluencia entre la misma y indemnización de daños y perjuicios [40]. Pero, sin perjuicio de lo anterior , en este punto nos podemos encontrar con dos órdenes de dificultades. En primer término, cuando el trabajador individual opte por la indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento del precontrato, la cuantía de los mismos deberá regirse por lo dispuesto en el Derecho Civil ya que el Derecho del Trabajo no contempla las indemnizaciones para estos supuestos[41]. No obstante, si el mismo precontrato la contiene a sus condiciones habrá que estar[42]. Si así no fuera, la indemnización, atendiendo a dicho régimen, deberá cubrir el daño emer gente y el lucro cesante y para valorar ambos habrán de utilizarse los criterios establecidos en las normas laborales en materia de resoluciones contractuales [43] y en la aplicación analógica del incumplimiento de la readmisión en los casos de excedencia[44]. No puede olvidarse en esta materia la reparación del eventual daño moral de la que me ocupo más adelante. En cualquier caso, la jurisprudencia y la doctrina judicial advierten de la necesidad de demostrar los daños sufri-

---

[39] Alfonso Mellado, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios..., op. cit.*, pág. 48. Este autor señala que los incumplimientos de estas obligaciones en el sector público o mediando una violación de derechos fundamentales podrán justificar una condena al cumplimiento específico.

[40] Pardo Iranzo, V.: *Ejecución de sentencias ..., op. cit.*, págs. 385 y 386.

[41] Alfonso Mellado, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios..., op. cit.*, pág. 49.

[42] Es lo que sucede en la STSJ Cantabria de 4 de marzo de 2004, AS: 899.

[43] Alfonso Mellado, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios..., op. cit.*, pág. 49.

[44] STS de 14 de marzo de 1995, RJ: 2170; STSJ País Vasco de 21 de septiembre de 1995, AS: 3467, STSJ Cataluña de 29 de julio de 1996, AS: 4199; STSJ Cantabria de 15 de noviembre de 2001, JUR 2002\42012.

dos y el lucro no obtenido. Se ha de probar que se dejaron de obtener ganancias sin que éstas aparezcan como dudosas o contingentes y sólo fundadas en simples apariencias. Así, se exige: 1) la realidad de una situación generadora de daños y perjuicios; 2) su cabal acreditación en el proceso que se inicie instando su reconocimiento; 3) un probado incumplimiento de la contraparte determinante de aquella situación y 4) la relación causal, clara y directa entre el incumplimiento y aquel daño [45].

La determinación de la concreta indemnización por daños y perjuicios remite al caso concreto y a la discrecionalidad judicial que deberá establecer una indemnización razonable. Para ello únicamente pueden ofrecerse una serie de criterios a los que habrá de atender , como, respecto del daño emergente, los daños que efectivamente haya sufrido el trabajador, entre los que se encuentran los salarios dejados de percibir[46], que se cuantifican de acuerdo con los que percibió el propio trabajador en virtud de sus contratos anteriores[47] o el que fue contratado en su lugar[48], pero tomando en consideración el salario prometido, no el que efectivamente percibió este último[49]. Cuando el contrato que no se ha celebrado era por tiempo indefinido, el cálculo de los salarios planteará problemas[50] y la indemnización será determinada discrecionalmente por el juez [51]. En cualquier caso, a estos salarios habrá que descontar los salarios percibidos por servicios a otras empresas [52]. Más dudoso es, en cambio, que haya de

---

[45] STS de 18 de abril de 1980, RJ: 1636; STS de 23 de noviembre de 1989, RJ: 8243; STS de 20 de noviembre de 1990, RJ: 8590; STSJ Andalucía/ Málaga de 6 de abril de 1993, AS: 2070; STSJ La Rioja de 23 de noviembre de 2000, Base de Datos de AL: 272545/2002; STSJ Madrid de 14 de octubre de 2004, AS: 2845. Si no los prueba, no habrá lugar a los mismos: STSJ Madrid de 28 de junio de 2005, JUR: 201818.

[46] STSJ País Vasco de 21 de septiembre de 1995, AS: 3467; STSJ Cantabria de 15 de noviembre de 2001, JUR 2002\42012; STSJ Asturias de 18 de febrero de 2005, JUR: 201329; STSJ Castilla y León/Burgos de 2 de febrero de 2006, JUR: 73293. Son fáciles de determinar cuando el contrato incumplido era de naturaleza temporal, pues estará constituida por los salarios que hubieran correspondido al trabajador por el período inicialmente pactado: sentencia del juzgado de lo social núm. 25 de Madrid de 30 de enero de 2003, AS: 810.

[47] STSJ Andalucía/Sevilla de 19 de febrero de 2003, AS: 2365. Cuando se trate de obligaciones de readmisión se podrá tomar como salario el que sirvió para calcular la indemnización del la extinción anterior , STSJ Valencia de 28 de octubre de 1999, AS 2000\619. La sentencia del Juzgado de lo social núm. 25 de Madrid e 16 de septiembre de 1999, AS: 3108, toma en consideración los salarios que percibiera el trabajador si fue contratado anteriormente por la empresa, considerando por proximidad los más cercanos a la contratación no realizada y haciendo una interpretación no restrictiva, esto es, si de los años anteriores en uno trabajo menos meses que en otro, se tomará el período mayor .

[48] STSJ Andalucía/ Málaga de 6 de abril de 1993, AS: 2070; STSJ Cataluña de 7 de mayo de 1997, AS: 2209; STSJ País vasco de 28 de octubre de 1997, AS: 4644; STSJ Galicia de 15 de junio de 2000, AS: 1701; STSJ Cataluña de 28 de febrero de 2001, AS: 1594; STSJ Canarias/ Las Palmas de 15 de septiembre de 2001, JUR: 17310.

[49] STSJ Castilla La Mancha de 14 de febrero de 2000, AS: 1206.

[50] Alfonso Mellado, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios..., op. cit*., págs. 50-51.

[51] Alfonso Mellado, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios..., op. cit*., pág. 52.

[52] STSJ Castilla León/ Burgos, de 17 de mayo de 1999, AS: 2459.

descontarse la prestación por desempleo disfrutada [53], pues lo cierto es que, además de ser una prestación de naturaleza distinta, el trabajador que ha pasado a la situación subsidiada de desempleo está consumiendo una prestación que podría haber acumulado para lucrarla en un futuro y que no podrá volver a disfrutar hasta que cumpla con el período de carencia correspondiente. Pero junto a ello, en el daño emergente habrá que incluir la pérdida de un empleo anterior, el traslado que haya efectuado ante la inminente contratación[54], además de los gastos ocasionados al trabajador con motivo del proceso. El momento a partir del cual se comienzan a contar los salarios dejados de percibir es desde que debió formalizarse el contrato, si estos términos estaban fijados [55], o sino la conciliación, entendida esta como el momento en el que se tiene un título para ejecutar el derecho[56].

Entre el lucro cesante se tendrá en cuenta la indemnización de despido que le hubiera correspondido por el tiempo de duración del contrato que no llegó a celebrarse, que también será problemática en los casos de contrataciones indefinidas[57], o que se rechazaron otros empleos de la misma empresa[58] o el no haber podido obtener la prestación por desempleo por haber desistido de un anterior empleo para optar al prometido. Aparte de ello, aunque hay sentencias que han considerado que no cabía incrementar los salarios dejados de percibir en virtud de las cotizaciones sociales que se debieron por el período de contratación [59], lo cierto es que habría que considerarlas entre el lucro cesante por cuanto perjudican la carrera de seguro del trabajador.

2. El cálculo de la indemnización en las reclamaciones por la vía de conflicto colectivo

Pero, en segundo término, no puede olvidarse que también el cumplimiento podía exigirse por la vía colectiva, con la dificultad de solicitar la indemnización de daños y perjuicios por parte de los representantes de los trabajadores. Como quiera que no son sujetos de la obligación

---

[53] Así lo consideran las STSJ País vasco de 28 de octubre de 1997, AS: 4644; STSJ Cataluña de 21 de febrero de 2001, AS: 1594.

[54] Como sucede en el caso enjuiciado por la STSJ Galicia de 15 de junio de 2000, AS: 1701, en la que, sin embargo, se califican estos daños de daños morales.

[55] STSJ Castilla y León/ Burgos de 17 de mayo de 1999, AS: 2549.

[56] STSJ Cataluña de 29 de julio de 1996, AS: 4199.

[57] Doctrina principalmente del TCT, véase sobre ello Alfonso Mellado, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios..., op. cit.*, págs. 49 y ss; aunque la STSJ Andalucía/ Granada de 24 de septiembre de 2002, AS: 3950, parece pronunciarse en contra de esta opción.

[58] STSJ Cataluña de 21 de febrero de 2001, AS: 1594; STSJ Andalucía/Sevilla de 19 de febrero de 2003, AS: 2365.

[59] STSJ Castilla La Mancha de 14 de febrero de 2000, AS: 1206.

contenida en dichas cláusulas, salvo que se trate de disposiciones de naturaleza obligacional, no pueden ser indemnizados por incumplimiento de contrato. Así, no podrá indemnizarse conforme a, por ejemplo, los sacrificios que ha supuesto la inclusión de la cláusula de empleo en el convenio ni será posible considerar el enriquecimiento injusto de la empresa al incumplir la misma, porque, en realidad, estos no son daños y perjuicios propios de los demandantes. Sólo cabría solicitar los mismos si se tratase de cláusulas obligacionales.

3. Los daños morales. Contenido y sujetos afectados

Ahora bien, lo que en todo caso podrá solicitar el banco social de la negociación es la reparación del daño moral que como tal se le irroga con el incumplimiento ya que para introducir la disposición quebrantada habrán sacrificado otras garantías de los trabajadores y en esa medida se habrá dañado su labor representativa [60]. Del mismo modo, y como se ha señalado, cuando se trate de la ejecución por equivalente en reclamaciones individuales, es posible que haya de compensarse también el daño moral producido. Esta afirmación requiere, sin embar go, sortear las dificultades que vienen aparejadas a la reparación del daño moral[61] que, como tal no tiene prevista su reparación en norma alguna, sino que deriva del deber de reparación de los perjuicios causados *ex* arts. 1101 y 1902 Cc; razón a la que debe seguramente su carácter difuso, tanto en cuanto a su caracterización como a los sujetos afectados, ya que se emplea en múltiples sentidos[62]. Precisamente por ello desde un sector doctrinal se ha defendido la restricción de los daños morales al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona y en modo alguno por perturbaciones de este tipo derivados de incumplimientos contractuales. Esto es, se propugna para la limitación del daño moral en su ámbito material y en su ámbito subjetivo sólo a las personas físicas [63]. No obstante daño moral no puede identificarse con daño psicofísico sino con un daño

---

[60] Serrano Olivares, R.: *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 136, 142 y 144. Una evidencia de la contraprestación aparejada a la inclusión de determinadas cláusulas de empleo puede verse en SAN de 12 de mayo de 1999, AL 1612/ 1999 y la STS de 24 de octubre de 2002, RJ: 2003\458 y AL núm. 3, 2003, ref. 155. El caso enjuiciado por estas sentencias es el de un acuerdo de empresa por el que se convierte un número de contratos temporales en fijos a cambio de que los nuevos contratados indefinidos tengan una cláusula de variabilidad de jornada por la que se pueda reducir la misma cuando concurran determinadas circunstancias.

[61] *In extenso*, por todos, Pascual Estevill, L.: *Derecho de daños*. Tomo II, Ed. Bosch, Madrid, 1995, págs. 886 y ss; Díez-Picazo, L.: *Derecho de daños*. Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 95 y ss; Marcos Oyarzun, F. J.: *Reparación integral del daño. El daño moral*. Ed. Bayer, Barcelona, 2002.

[62] Marcos Oyarzun, F. J.: *Reparación integral..., op. cit*., págs. 67, 90 y principalmente 119 y ss.

[63] Díez-Picazo, L.: *Derecho de daños*, *cit*., págs. 328-329.

que se provoca a la integridad moral del sujeto, que es un bien distinto a la salud psicológica o física.

En esta línea, la opción de la jurisprudencia tanto civil como social parece ir en otra dirección. La primera, acompañada de la doctrina judicial, admite daños morales derivados de incumplimientos contractuales y extracontractuales, pero que no necesariamente consisten en sufrimientos de carácter psicofísico. Se admite como daño moral, entre otros, la lesión o deterioro del prestigio profesional[64], artístico[65] o el sufrimiento psíquico que puede originar la pérdida de bienes materiales [66]. En un ámbito más propio y respecto de los sujetos colectivos, viene reconociéndose una obligación de reparar daños morales cuando se lesionan derechos fundamentales, en particular los de libertad sindical y huelga por el desprestigio que se puede causar al sindicato o al sujeto convocante de la huelga con conductas vulneradoras del derecho[67]. Podría pensarse que en la medida en la que el convenio fuese negociado por sindicatos o secciones sindicales de empresa, el incumplimiento de una de sus cláusulas supone una vulneración del derecho a la negociación colectiva y , en consecuencia, de la libertad sindical, ya que aquél forma parte de su contenido esencial, pero el Tribunal Supremo ha señalado que no puede considerarse vulneración de la libertad sindical el incumplimiento de lo convenido [68].

En cualquier caso, aunque la jurisdicción social se haya pronunciado sobre los daños morales en procedimientos de vulneración de derechos fundamentales[69], aquellos no deben circunscribirse a estos supuestos[70]. La propia ontología de este daño moral, que, como se ha visto,

---

[64] STS (civil) de 28 de febrero de 1995, RJ: 686.

[65] STS (civil) de 21 de octubre de 1996, RJ: 7235.

[66] STS (civil) de 19 de octubre de 1996, RJ: 7508. También se considera indemnizable por esta vía el haber sido privado por negligencia profesional del derecho que le asiste a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo (STS (civil) de 1 1 de noviembre de 1997, RJ: 7871; STS (civil) de 23 de mayo de 2001, RJ: 3372).

[67] STS de 8 de junio de 2001, RJ: 5503; STSJ Comunidad Valenciana de 26 de enero de 1999, AS: 731; STSJ Extremadura de 16 de abril de 2002, AS: 1826; STSJ Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2002, AS: 3252; SAN de 7 de enero de 2003, AS: 43.

[68] STS de 24 de enero de 1996, RJ: 193; STS de 26 de junio de 1998, RJ: 5536.

[69] Donde se suscitó la cuestión de la automaticidad de los mismos o la exigencia de una mínima actividad probatoria. Tras un primer pronunciamiento del Tribunal Supremo (STS de 9 de junio de 1993, RJ: 4553 y STS de 8 de mayo de 1995, RJ: 3752) en el que se aducía su automaticidad cuando se juzgaba existente la vulneración del derecho, posteriores sentencias matizaron esta posición (por todas STS de 22 de julio de 1996, RJ: 6381; STS de 20 de enero de 1997, RJ: 620; STS de 28 de febrero de 2000, RJ: 2242).

[70] Como, por otra parte, puede deducirse de algún pronunciamiento obiter dicta en suplicación, como la STSJ Canarias/ Las Palmas de 23 de abril de 2002, AS: 3998, cuando señala que no es posible exigir la prueba del daño moral con los mismos medios que se requiere para el daño emer gente y lucro cesante, porque ello provocaría que dejara de existir la indemnización por daños morales, algo inadmisible y más en materia de derechos fundamentales, dando a entender que fuera de ésta es posible exigir su reparación.

deriva del deber de reparar todo perjuicio causado, lo confirma. Por otra parte, habida cuenta de la amplitud de ámbitos en los que puede exigirse su reparación en la jurisprudencia civil, ha de concluirse que cabe en los casos de incumplimiento de lo convenido respecto de los negociadores del convenio por el desprestigio frente a sus representados por las contrapartidas que la inclusión de la cláusula incumplida haya podido implicar. Estos daños pueden ser reclamados tanto por el sindicato [71] como persona jurídica privada[72] como por el comité de empresa o delegados de personal que, a pesar de carecer personalidad jurídica, pueden ostentar la condición de sujeto pasivo de un daño, como lo son de los de carácter patrimonial[73].Y ello porque perjudicado es aquel que sufre un daño en su propio interés privado directamente tutelado[74] y el comité de empresa tiene un claro interés en que se cumpla lo convenido.

4. Los daños morales. Su cuantificación

La cuantificación de los daños morales es compleja por cuanto su caracterización extrapatrimonial implica que su concreción debe atender a parámetros distintos de los de la indemnización por daños y perjuicios patrimoniales. No pueden establecerse conforme a criterios de valoración empíricamente verificables sino conforme a criterios de razonabilidad social. La eficacia reparadora de la cuantía indemnizatoria sólo puede precisarse a través de parámetros valorativos difusos al momento de su concreción cuantitativa [75]. Debe ser apreciado por aproximación y por la finalidad de cumplir el fin social del derecho que es evitar la injusticia y cumplir el principio de « *alterum non laedere»*[76]. En ocasiones

---

[71] STS de 8 e junio de 2001, RJ: 5503; STSJ Cataluña de 28 de septiembre de 1994, AS: 3522; STSJ Galicia de 24 de octubre de 1998, AS: 3599; STSJ Comunidad Valenciana de 26 de enero de 1999, AS: 731; STSJ Cantabria de 26 de julio de 1999, AS: 3506; STSJ Cataluña de 4 de octubre de 2001, AS: 889; STSJ Comunidad de Madrid de 29 de abril de 2002, AS: 2501; STSJ Aragón de 28 de enero de 2002, AS: 412; STSJ Extremadura de 16 de abril de 2002, AS: 1826; STSJ Castilla y León/ Valladolid de 22 de octubre de 2002, AS: 3380; STSJ Canarias/ Las Palmas de 23 de abril de 2002, AS: 3998; S.A.N de 7 de enero de 2002, AS: 43; STSJ Canarias/ Tenerife de 26 de diciembre de 2002, AS 2003\292.

[72] Como tal lo define VERDIER J. M.: «*La Constitución española, los sindicaos y el derecho sindical»* en AA. VV., *Los trabajadores y la Constitución*, Sevilla, 1979, pág. 43. Las personas jurídicas son sujetos posibles de la indemnización por daño moral, PASCUAL ESTEVILL, L.: *Derecho de daños*, *cit*., pág. 966; MARCOS OYARZUN, F. J.: *Reparación integral..., op*. *cit*., págs. 113 y ss.

[73] STSJ Cataluña de 10 de enero de 2001, AS: 33; STSJ Comunidad Valenciana de 11 de diciembre de 2002, JUR: 267461; STSJ Aragón de 29 de julio de 2002, AS: 2415. Por su parte, PASCUAL ESTEVILL, L.: *Derecho de daños*, *cit*., pág. 968, admite con gran amplitud los sujetos pasivos de estos daños.

[74] PASCUAL ESTEVILL, L.: *Derecho de daños*, *cit*., pág. 962.

[75] STS de 22 de julio de 1996, RJ: 6381; STS de 20 de enero de 1997, RJ: 620; STS de 28 de febrero de 2000, RJ: 2242; STSJ Comunidad de Madrid de 29 de abril 2002, AS: 2501.

[76] STSJ Cataluña 11 de mayo de 1999, AS: 2225.

se ha señalado que no se requiere una prueba directa de aquéllos por las dificultades que ello entraña, sino demostrar la existencia del acto que, necesariamente, conlleva aquel daño[77]. Sin embargo, esta afirmación tiene sentido para la vulneración de ciertos derechos fundamentales, por ejemplo, la integridad moral en los casos de «*mobbing*», pero en supuestos en los que no hay una vulneración de un derecho fundamental es necesario, por una parte, que se acrediten indicios o puntos de apoyo suficiente en los que pueda asentarse una condena de tal clase. Por otra, que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trata y dando pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión[78].

El juez está obligado a cuantificar los daños discrecionalmente, fijará una cantidad en la que calibrará todos los aspectos de la lesión producida[79], en función de los datos fácticos puestos en relación con la dimensión moral del sufrimiento ocasionado [80] y con la actuación de la empresa[81], como por ejemplo, el tiempo durante el cual se resiste a dar cumplimiento a la obligación[82], la trascendencia del incumplimiento o el clima antisocial que el mismo ha generado. En esta línea, deberá atenderse al repudio social que merece la trasgresión, considerando para ello las peculiaridades personales de los sujetos implicados. Pero también habrá de atenderse a la eficiencia precisa de la medida indemnizatoria adoptada para satisfacer adecuadamente a la víctima en el daño causado; y al carácter ejemplarizante de la misma para comportamientos futuros del incumplidor, para que sirva de freno real a la toma de decisiones de esta naturaleza[83].

---

[77] STSJ Cataluña 11 de mayo de 1999, AS: 2225, y la jurisprudencia y doctrina judicial que en ella se cita.

[78] Aunque esta doctrina es en materia de derechos fundamentales, vale para cualquier exigencia de daños morales, véase, STS de 12 de julio de 1996, RJ: 6381; STS de 20 de enero 1997, RJ: 620; STSJ Comunidad Valenciana de 26 de enero de 1999, AS: 731; STSJ Cantabria de 26 de julio 1999, AS: 3506; STSJ Asturias de 23 de julio de 2000, AS: 1903; STSJ Cataluña de 4 de octubre de 2001, AS: 889; STSJ Extremadura de 16 de abril de 2002, AS: 1826; STSJ Comunidad de Madrid de 29 de abril de 2002, AS: 2501.

[79] Goñi Sein, J. L.: *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*. Ed. Tecnos, 1996, Madrid, págs. 24-25.

[80] STS de 20 de abril de 1992, RJ: 2662; STSJ Galicia de 24 de octubre de 1998, AS: 3599; STSJ Murcia de 4 de septiembre de 2000, AS: 2813; STSJ Cataluña de 4 de octubre de 2001, AS: 889; STSJ Canarias/ Las Palmas de 23 de abril de 2002, AS: 3398. Véase también, Goñi Sein, J. L.: *La indemnización ..., op. cit.,* pág. 24.

[81] STSJ Cataluña de 10 de mayo de 1999, AS: 6062; STSJ Comunidad de Madrid de 29 de abril 2002, AS: 2501.

[82] STSJ Aragón/ Zaragoza de 28 de noviembre de 2001, AS: 4579; STSJ Canarias/ Las Palmas de 23 de abril de 2002, AS: 3398.

[83] STS de 22 de julio de 1996, RJ: 6381; STS de 20 de enero de 1997, RJ: 620; STS de 28 de febrero de 2000, RJ: 2242; STSJ Comunidad de Madrid de 29 de abril 2002, AS: 2501.

También existen pronunciamientos que advierten de que no pueden imponerse indemnizaciones superiores a las que nuestro derecho establece para casos en los que la persona sufre daños irreparables en su salud e integridad física[84]. Del mismo modo, se ha advertido respecto de los sujetos colectivos que en su imposición debe cuidarse la distinción de los perjuicios que pueden causarse a los trabajadores por ellos representados y lo que es el daño propio de la institución representativa que es la que ha sido sujeto pasivo de daños morales[85]. Por último, ha de señalarse que la discrecionalidad del juez no es susceptible de impugnación, salvo que se manifieste una desproporción entre el daño realmente inferido y la retribución satisfactoria establecida[86]. Sobre la base de estos parámetros habrá de indemnizarse el eventual daño moral de los trabajadores individuales y el desprestigio de los representantes del banco social de la negociación ante el incumplimiento del convenio. Lo que es claro es que la reparación de los daños morales en este último caso dista mucho de ser el equivalente al cumplimiento de la cláusula.

V. CONCLUSIONES

1. Los límites en la articulación ley-convenio respecto del Derecho Administrativo Sancionador

Una de las primeras conclusiones de este trabajo tiene que ver con la articulación entre ley y convenio, en particular los límites de esta relación respecto del Derecho Administrativo Sancionador. A medida que la ley abre más caminos a la intervención de la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales, los tipos infractores de la LISOS se quedan cortos. Como quiera que el protagonismo de dicha intervención incrementa, existen dos vías para solucionar el desfase entre las materias que puede regular el convenio colectivo y la sanción de su incumplimiento. La primera consistiría en introducir tipos infractores relacionados con la vulneración de las disposiciones convencionales que fueran desarrollo de habilitaciones legales. Tarea titánica por cuanto obligaría al legislador a adaptar la LISOS ante cada llamada a la negociación colectiva que realicen las sucesivas reformas. Además, parece difícil elaborar un elenco de todas las conductas que pueden ser objeto de sanción cuando la negociación colectiva es la fuente principal de las relaciones laborales. Ya en su momento algunos de los autores que analizaron la entonces recién promulgada LISOS, señalaron que el principio de tipicidad en materia laboral y en particular en materia negocial no exigía determinar taxativamente cada una de las conductas sancionables. En primer lugar , porque ya la propia normativa social

---

[84] STSJ Aragón/ Zaragoza de 28 de noviembre de 2001, AS: 4579.

[85] STSJ Cataluña de 4 de octubre de 2001, AS: 889.

[86] STSJ Cataluña 11 de mayo de 1999, AS: 2225; STSJ Aragón de 4 de noviembre de 2002, JUR 2003\3228; STSJ Aragón de 13 de enero de 2003, JUR: 44674.

determina los deberes y derechos de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación y en segundo lugar , porque las normas laborales se modifican con frecuencia y en particular los convenios colectivos, de carácter esencialmente dinámico[87]. Del mismo modo, se preveía que la rigidez del tipo con el paso del tiempo no alcanzase a conductas que podrían constituir verdaderos incumplimientos[88]. Incluso, respecto del tema específico de las cláusulas de empleo, dentro de las que se encuentran las bolsas de empleo, se adujo que la falta de previsión en la LISOS de una norma aplicable al incumplimiento de las mismas era un ejemplo claro de los inconvenientes derivados de un estricto principio de tipicidad, que dejaba impunes conductas atentatorias contra las normas laborales [89].

A la luz de lo anterior , probablemente haya que adoptar una segunda vía que consistiría en crear tipos más abiertos en los que se haga referencia a las transgresiones de las materias que regula ésta, sin que fuera necesaria una habilitación legal para ello. De hecho, no son extrañas al Derecho laboral sancionador las cláusulas generales como la contenida en el artículo 6.6 LISOS o el artículo 7.10 LISOS.

2. Las limitaciones de la LEC

Aunque la nueva LEC ha introducido importantes novedades en la ejecución de las obligaciones de hacer personalísimo y en los precontratos, permitiendo llevar a cabo la ejecución *in natura*, hay cuestiones que resultan insolubles. Su regulación resulta incompleta para las obligaciones de hacer personalísimo de tracto sucesivo en las que consisten las cláusulas sobre contratación a través de las bolsas de empleo. Como se ha visto, ante un precontrato respecto del que en fase de ejecución se solicite el cumplimiento en sus propios términos, al empresario le asiste la posibilidad de extinguir la relación al momento siguiente de que el juez tenga por emitida la declaración de voluntad o de que él mismo la emita, ante la imposición de apremios pecuniarios. En estos casos el despido se calificará de improcedente sin que el trabajador tenga derecho a indemnización alguna. Esta posibilidad inclina a los trabajadores a solicitar la indemnización de daños y perjuicios cuya cuantificación, que se deja a la discrecionalidad judicial, tampoco sigue parámetros claros.

---

[87] Del Rey Guanter, S.: «*Infracciones laborales y cumplimiento de los convenios colectivos» (y II),* RL, I/1988, págs. 306-307. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «*Nueva regulación de las infracciones y sanciones en el orden social*», RL, II/1988, pág. 91. García Blasco, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*. Ed. Civitas, 1989, págs. 46-47.

[88] García Blasco, J.: *Infracciones y sanciones ..., op. cit*., págs. 46-47.

[89] Sala Franco, T., y Pérez de los Cobos, F.: «*El incumplimiento empresarial de las cláusulas convencionales de empleo (a propósito de la STCT de 21 de agosto de 1988)*», Poder Judicial, núm. 12, 1988, pág. 178.

3. Algunas propuestas para la negociación de las cláusulas sobre bolsas de empleo

En atención a todo lo anterior han de hacerse una serie de recomendaciones con el fin de corregir los efectos de alguno de los límites antes indicados:

1. La primera de ellas es la necesidad de una literalidad clara de las cláusulas, de suerte que se desprenda de ellas un mandato preciso y , salvo que se considere indispensable, den poca entrada a condiciones de valoración subjetiva. Es cierto que la ambigüedad es el precio que ha de pagar la inclusión de determinados compromisos en el cuerpo convencional, pero lo que se soluciona en el presente con una literalidad oscura, se complica en el futuro ante las diver gentes interpretaciones a las que puede dar lugar la cláusula en cuestión.

2. En segundo lugar , el convenio debería prever expresamente las consecuencias del incumplimiento de las cláusulas.

3. Se recomienda, en tercer lugar , que las cláusulas de empleo de las que, como se ha dicho, forman parte las disposiciones sobre bolsas de empleo, lleven aparejadas determinadas contraprestaciones de suerte que a su incumplimiento acompañe el de la contraprestación[90]. De esta forma, la vulneración de la misma conlleva la ineficacia del sacrificio correlativo efectuado por los trabajadores para incluirla en el convenio. No es ajena a nuestra negociación este tipo de disposiciones por las que a cambio de empleo estable se admite una cláusula de variación de jornada o que no se incremente el salario[91]. Si el empresario no cumpliera con la cláusula en cuestión, quedaría sin efecto la contraprestación que se anudara a la misma. El desarrollo del uso de contrapartidas en los convenios colectivos pone en primer plano al Derecho Civil de los contratos[92], cuya aplicación es desconocida en nuestro Derecho del Trabajo y requerirá de un análisis cauteloso[93], pero que puede abrir caminos donde el Derecho del Trabajo parece no encontrarlos[94].

---

[90] GAUDU, F.: «*Le contrôle de l'execution des engagements en matiére démploi»,* Droit Social, núm. 4, 1998, pág. 368; RA Y, J. E.: «*Du collectif al'individuel les oppositions possibles*», Droit Social, núm. 4, 1998, pág. 381.

[91] Véase, por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «*Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma»,* RL, I, 1997, págs. 250 y ss.

[92] GAUDU, F.: «*Le contrôle de l'execution...», op. cit*., pág. 368; COUTURIER, G.: «*La meconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi (Á propos de l'arret Briou, Cass. Soc. 22 janvier 1998)»,* Droit Social, núm. 4, 1998, pág. 377.

[93] SOURIAC-ROTSCHILD, M. A.: «*Engagements et arrangements sur l'emploi: quelle efficacité juridique?»*Droit Social, núm. 12, 1997, pág. 1067

[94] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «*La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil»*, RL, II/1996, ejemplar de la Base de Datos de RL en Internet, págs. 1 y ss.

4. En relación con esto cabe, en cuarto lugar , que las partes firmantes declaren la eficacia obligacional de alguna de las cláusulas de empleo, por ejemplo, las que no puedan individualizarse porque los destinatarios están indeterminados[95]. Atribuyéndole esta eficacia se posibilitaría que su incumplimiento diera lugar a la indemnización de daños y perjuicios *ex* artículo 1101 Cc. Lo que sucede es que la cuantificación de los mismos sería problemática, aunque más sencilla y relevante que la de los daños morales.

5. En quinto lugar, contemplar un período de tiempo para dar cumplimiento a la obligación contenida en la cláusula de empleo permitiría que, caso de ser incumplida, éste pudiera exigirse antes del fin de la vigencia del convenio.

6. En sexto lugar, ha de insistirse en la previsión de sistemas de solución extrajudicial o en la adhesión a los ya existentes [96]. Éstos constituyen el cauce adecuado para dar solución a la problemática que rodea las cláusulas de empleo de una forma muy distinta a la que se ofrece en sede judicial. Por medio de ellos podría solventarse el desequilibrio del convenio que puede provocar el incumplimiento de aquéllas. El convenio colectivo es el resultado de un procedimiento negociador en el que cada una de las partes ha tenido que renunciar a alguna de sus pretensiones para llegar al acuerdo final. El diseño de un sistema de solución extrajudicial ante el incumplimiento de determinadas cláusulas de empleo o ante la declaración de ilegalidad de las mismas, posibilitará un nuevo acuerdo reparador de la inarmonía convencional que el incumplimiento provoca.

---

[95] Souriac-Rotschild, M. A.: «*Engagements et arrangements...*», *op. cit.*, pág. 1067.

[96] Serrano Olivares, R.: *Los compromisos...*, *op. cit.*, págs. 163 y ss trata del protagonismo de las Comisiones paritarias de los convenios en esta materia.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA CREACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE COLABORACION EN LA GESTIÓN DEL EMPLEO: DE LA UNIDAD DE LOS SIPES A LA POSTERIOR DISGREGACION

JORGE TORRENTS MARGALEF
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO:

I. LA UNIDAD DE LOS SERVICIOS INTEGRADOS PARA EL EMPLEO.–1. Entrevista ocupacional. 2. Clasificación profesional. 3. Las acciones IOBE. 4. La adquisición de experiencia profesional. 5. Otras nuevas acciones.—II. LA DISGREGACION DE LOS SIPES

La Disposición Transitoria Primera de la vigente Ley de Empleo (Ley 53/2003) establece que las entidades que colaborasen hasta entonces con los servicios públicos de empleo mantendrían tal condición de acuerdo con la normativa en virtud de la cual se estableció la colaboración, «en tanto no se desarrolle reglamentariamente un nuevo régimen de colaboración». Como aún dicho desarrollo no se ha producido, conviene destacar las contrariedades e incoherencias que desde un principio se presentaron en este marco regulador.

I. LA UNIDAD DE LOS SERVICIOS INTEGRADOS PARA EL EMPLEO

[1] Entre los fines que desde 1980 la Ley Básica de Empleo (LBE) encomendaba a la política de colocación se encontraba la colaboración en la información, orientación, calificación y clasificación profesional de los trabajadores (art. 39.h. LBE) [1]. En un principio, la ejecución de esta previsión legal se llevó a cabo por acciones desarrolladas en la red de oficinas del INEM, con sus propios medios. Sin embar go, el conjunto de recursos humanos, técnicos y materiales disponibles resultaban claramente insuficientes para atender a la totalidad del gran volumen de acciones precisas a fin de cubrir las necesidades de los demandantes de empleo.

[1] Se trata de la derogada Ley 51/80, de 8 de octubre (BOE del 17). Aunque ni este artículo 39, ni el 38 que exponía el concepto y principios básicos determinaban un destinatario concreto de este mandato, pueden integrarse con dos matizaciones. En primer lugar, se encomendarían estas funciones al INEM, ya que la Política de Colocación se desarrolla en el Título III de la LBE: «De la colocación y servicios del INEM». En segundo lugar, podría acudirse al Título Preliminar, en el que se establecía que «las medidas de política de empleo previstas en la presente Ley se adoptarán en el marco de la política económica del Gobierno» (art. 1.2), así como que la ejecución de la política de empleo es misión del Gobierno (art. 3). Se opte por uno u otro destinatario, debe tenerse en cuenta que se produjo un proceso de transferencia de estas competencias a las Comunidades Autónomas. Por todo ello, puede aceptarse que el destinatario del mandato legal eran, en una consideración amplia, los Poderes Públicos.

Por esta razón, el vigente R.D. 735/95, de 5 de mayo [2] reconoce que la actuación prioritaria de la lucha contra el desempleo obliga a potenciar la organización e instrumentación y desarrollo de políticas activas de empleo, además de la optimización de los recursos del INEM para primar su eficacia y evitar una excesiva burocratización. Para ello, y como solución adecuada, el RD recurrió a la corresponsabilización de la sociedad en la consecución de los mencionados fines de la política de colocación de la LBE. Lo intentará lograr a través de la colaboración en todo un conjunto de acciones encaminadas a la inserción de los demandantes en el mercado laboral, mediante el establecimiento de un Plan de Servicios Integrados para el Empleo (SIPE).

Pero el INEM ya contaba con experiencia previa en la búsqueda de colaboración de entidades externas que aportaran todos los recursos necesarios para realizar las acciones que no podía acometer con sus propios medios. Concretamente, la Orden de 9 de marzo de 1994 venía regulando la concesión de ayudas a entidades e instituciones para la realización de acciones de comprobación de la profesionalidad, de información y orientación profesional y de búsqueda activa de empleo.

Con el aval de esta experiencia positiva anterior , el RD 735/95 decidió extender la colaboración a un número mayor de acciones, integradas en los SIPEs. Estos Servicios comprenden la or ganización y articulación de las políticas activas de empleo relativas al proceso completo de acompañamiento del demandante en su búsqueda de empleo a través de entidades asociadas. El RD 735/95, al igual que la citada norma del año anterior, deja claro que deben ser entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, y que deben poseer los medios propios adecuados para participar en las actuaciones tendentes al incremento de la capacidad de ocupación de los demandantes de empleo (arts. 18 y 19).

[2] Como requisito esencial de los SIPEs, la participación de las entidades asociadas se articula a través de la suscripción de los oportunos convenios con el INEM. El contenido, o lo que es lo mismo, las materias objeto de convenio, se agrupan en dos bloques: A) Análisis del mercado de trabajo, y B) Procesos para el incremento de la capacidad de ocupación de los demandantes de empleo. Debe quedar claro, con base en el artículo 20.2 del RD 735/95, que las entidades asociadas no están obligadas a asumir toda y cada una de estas materias, sino tan sólo aquellas acciones concretas que se haya acordado realizar en el convenio.

El artículo 20.2 señala que los procesos de aquel segundo bloque comprenderán, dependiendo de las necesidades concretas de los demandantes, todas o algunas de las acciones de estas diez:

---

[2] Por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo (BOE del 8).

a) Entrevista ocupacional.

b) Calificación profesional.

c) Plan personal de empleo y formación.

d) Información profesional para el empleo.

e) Desarollo de los aspectos personales para la ocupación.

f) Búsqueda activa de empleo.

g) Programas mixtos de empleo formación profesional ocupacional.

h) Planes específicos para la adquisición de experiencia profesional.

i) Información y asesoramiento para el autoempleo u otro tipo de iniciativas empresariales.

j) Otro tipo de nuevas iniciativas.

[3] Las acciones de los bloques A) y B) previstas en el artículo 20.2 del RD 735/95, que pueden ser objeto de los convenios de colaboración con entidades externas, aparecen definidas y desarrolladas en la Orden de 10 de octubre de 1995 (art. 5). Se pueden concretar en los siguientes términos:

a) Análisis del mercado de trabajo

Consiste en una serie de estudios para la identificación de las potencialidades de un ámbito territorial o sectorial concreto, así como la planificación de las políticas activas de empleo. La importancia de esta acción radica en dos factores: 1) los resultados de este análisis del mercado de trabajo serán la base del resto de las acciones de información, orientación y búsqueda activa de empleo, 2) entre sus objetivos destaca el adecuado apoyo a los usuarios a la hora de definir su itinerario de búsqueda de empleo.

A pesar de que la realización de los estudios puede ser objeto de convenio con otras entidades externas, los análisis citados serán realizados por los Observatorios Permanentes del Comportamiento de las Ocupaciones Provinciales; si bien, cuando así lo considere el INEM, podrán ser cumplimentados por aquellas entidades asociadas.

b) Establecimiento de los procesos para incrementar la capacidad de ocupación de los demandantes de empleo

Para una mayor agilidad en el tratamiento de las diez acciones componentes de este bloque, y en aras de una mayor claridad en nuestros fines expositivos, puede reordenarse dicho listado en cinco puntos:

1. Entrevista ocupacional

Se piensa en una entrevista personal en profundidad con el fin de identificar el perfil de los demandantes de empleo, lo que permitirá determinar las acciones más adecuadas para su acompañamiento en la búsqueda de empleo.

Tal como está configurada, parece el elemento clave para el tratamiento de las necesidades individuales de cada demandante, de forma que sean satisfechas a través de la efectiva selección de una o varias de las acciones posteriores a realizar. En definitiva, se puede pensar que es la técnica idónea para establecer el «itinerario» profesional personal para conseguir la integración en el mercado de trabajo.

Es tal la importancia de esta acción, que la propia Orden destaca que, por su carácter universal, las entrevistas ocupacionales serán realizadas por el INEM, «para posibilitar la unidad de criterio en los datos e historiales de los demandantes, como medio de clasificación profesional». A pesar de esta previsión, acto seguido añade que «no obstante, la entidad realizará la entrevista personal previamente al inicio de acciones».

No puede evitarse señalar que, a simple vista, esta disposición de la Orden de 10-10-95 admite dos interpretaciones: 1) que para unificar los criterios de clasificación, el INEM [3] se limita a diseñar un modelo estandarizado para las entrevistas personales, debiendo ser las entidades asociadas las que, antes del inicio de las acciones, cumplimenten el respectivo formulario de entrevista a cada demandante. Por lo tanto, como se ha indicado que entre las finalidades de esta acción se encuentra el conocimiento de las necesidades concretas de los individuos, se podría concluir que la capacidad para determinar cuáles son las acciones más adecuadas para cada demandante recaería en las entidades externas. 2) La otra lectura supondría que, dado que no todas las entidades desarrollan necesariamente la totalidad de acciones, el INEM, por medio de las entrevistas ocupacionales que el propio cumplimenta, se encar ga de determinar el itinerario para cada demandante, remitiéndole a la entidad correspondiente para la realización de las acciones oportunas. Si se sigue este segundo sentido, se desconoce cuál es la función de la previsión de la Orden acerca de que, no obstante, las entidades deberán hacer una entrevista personal previa al inicio de las acciones.

Es relevante volver a resaltar la importancia de la función de la entrevista personal en la integración de las políticas activas de empleo, pues dichas entrevistas son el paso inicial indispensable para trazar el itinerario ocupacional de cada demandante. Una vez que el itinerario individual

[3] Actualmente, debe entenderse esta referencia al Servicio Público de Empleo competente.

esté perfilado, los servicios de Orientación le podrán acompañar en su búsqueda de empleo. Pero, para que en la mayoría de casos los demandantes puedan llegar a la meta del empleo, es necesario recorrer un proceso compuesto de diferentes etapas. A lo largo de este proceso, el individuo incrementa su propia capacidad de ocupación por medio del seguimiento de las acciones que precise. En definitiva, con el itinerario profesional se lograría una eficacia tanto para el individuo —diseñar el camino más apropiado— como para los Servicios Públicos de Empleo —la adecuación de la oferta de las acciones y los respectivos recursos a las necesidades reales de los demandantes).

Se puede concluir, bajo las dos ideas recién apuntadas, que la entrevista personal a cada demandante es la clave para la determinación del proceso de inserción profesional de los desempleados, pero que en la letra de la Orden de 10-10-95 no quedaba claro ni el momento ni la entidad de su realización. Se deberá volver sobre este desconcertante tema cuando se analice, más adelante, la Resolución de 8 de abril de 1998.

2. Clasificación profesional

Con estas acciones se pretende comprobar individualmente la profesionalidad de los trabajadores demandantes de empleo para una ocupación determinada, lo que se realiza mediante la evaluación de pruebas profesionales prácticas y de conocimientos técnicos. En definitiva, se persigue definir el perfil profesional de los demandantes.

Se puede presumir que no iría encaminada a todos los demandantes de empleo, sino hacia aquellos de cuyas manifestaciones expresadas en la entrevista personal se desprende cierta ambigüedad a la hora de determinar su profesión (por ejemplo, la afirmación de una persona de ostentar la condición de programador sin acreditar su formación no ofrece el mismo grado de certidumbre que aquella que proviene de un licenciado en informática. Para el primer supuesto se podría plantear la realización de esta acción, mientras que en el segundo caso no tendría que ser preciso).

La Orden de 10-10-95 prevé que la aplicación de las mencionadas pruebas de comprobación de la profesionalidad de los colectivos que así lo requieran será realizada por el INEM o sus centros colaboradores. Al no adjuntar dicha Orden la motivación de tal medida, se da pie a una amplia gama de conjeturas tanto sobre su finalidad como en su ejecución. Por ejemplo, cabe plantearse si es que sólo se realizará la comprobación de la profesionalidad a los sujetos pertenecientes a determinados colectivos preestablecidos o que, por el contario, el universo al que en un principio se dirige esta acción es la totalidad de desempleados, pero como no todos ellos precisarán una clasificación ocupacional, aquellos que sí lo requieran compondrían el colectivo al que se refiere la Orden. En cuanto a la ejecución de estas accio-

nes, la previsión normativa presenta la ambigüedad de si la clasificación ocupacional puede llevarse a cabo por los SIPEs de las entidades que lo hayan acordado en su convenio de colaboración (con lo que el INEM se reservaría la comprobación de determinados colectivos), o bien que la clasificación del colectivo de desempleados que la necesiten será ejecutada por el INEM o sus centros colaboradores. En este abanico de dudas, todavía hay que preguntarse a quién se refiere la Orden cuando cita a los «centros colaboradores». Pues si se tratara de las entidades asociadas de los SIPEs, esta disposición de la Orden no dejaría de transmitir una obviedad, con lo que su inclusión no tendría ningún valor, ni siquiera aclaratorio. Sin embargo, si por tales centros se consideran otras entidades distintas a las que se viene analizando, entonces parecería absurdo incluir, dentro de las materias que pueden ser objeto de la firma de los convenios de las entidades asociadas, unas acciones que expresamente se indica que no podrán realizar . Ante estas distintas alternativas interpretativas, el sentido de la dicción normativa podría hallarse en el hecho de que las entidades titulares de los SIPEs tienen abierta la posibilidad de suscribir las acciones de clasificación, pero que para ciertos colectivos su ejecución se llevará a cabo directamente por el INEM o sus centros colaboradores. Sin embargo parece que esta postura, aun cuando es la más coherente, no deja de ser un intento de completar en demasía las carencias o defectos de que adolece la redacción de la propia norma.

Por último, y aunque en ningún momento esta Orden de 1995 haga referencia a ello, es curioso comprobar cómo la descripción y naturaleza de esta acción coinciden con las que el artículo 1.a) de la Orden de 9 de marzo de 1994 denomina como acciones de «comprobación individual de la profesionalidad». Sin ánimo de excesos reiterativos, de nuevo nos podríamos cuestionar que, aunque aparentemente no existe ninguna conexión formal (normativa) entre ellas, cuál es la relación material entre ambas acciones. ¿Se trata en realidad del mismo tipo de acciones?, ¿es simplemente una redundancia normativa?. Porque claro, si en realidad fueran supuestos distintos, ¿cuál sería la utilidad de unas con respecto a las otras?

3. Las acciones IOBE

El tercer punto lo componen las acciones que se incluyen en el listado del artículo 20.2 RD 735/95 con las letras c), d), e), f) e i). Ya se ha hecho alusión a que la denominación del conjunto de ellas como acciones IOBE, proviene de información, orientación, y búsqueda de empleo. Hay que remarcar aquí una premisa importante: que el propio artículo 5 de la Orden de 10 10 95 identifica estas acciones como las previstas en el artículo 1.b) de la Orden de 9 de marzo de 1994.

Conviene recordar de nuevo que al exponer el marco normativo de la Orientación profesional se ha comentado que esta Orden de 1994 con-

templa las bases de financiación a entidades colaboradoras para la realización de unas acciones que, aun cuando no describe su contenido, distingue en dos grupos:

i. las incluidas en su artículo 1.a): Comprobación individual de la profesionalidad (y que se acaban de expresar en el punto anterior)

ii. las de su artículo 1.b): que se correspondían [4] a la información, orientación y búsqueda activa de empleo.

4. La adquisición de experiencia profesional

Estas acciones son las incluidas en los epígrafes g) y h) del listado. Son, respectivamente los Programas mixtos de empleo formación profesional y los Planes específicos para la adquisición de experiencia profesional.

El repetido artículo 5 se ciñe a indicar que estas acciones se encuentran definidas de forma general en las siguientes normas:

— Orden de 3 de agosto de 1994, en que se regulan los Programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios (derogada por la Orden de 14 de diciembre de 2001).

— Orden de 13 de abril de 1994 de desarrollo del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional.

— Orden de 2 de marzo de 1994 de subvenciones a Entidades Locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social (derogada por la Orden de 26 de octubre de 1998).

— Orden de 13 de abril de 1994 (derogada, y por tanto a sustituir , por la Orden de 19 de diciembre de 1997) de subvención a otros organismos e Instituciones para la misma finalidad que la anterior.

5. Otras nuevas acciones

El último grupo de acciones señaladas en el listado, las recogidas en la letra j) —esto es, cualquier tipo de iniciativa tendente a aumentar las posibilidades de inserción del demandante en el mercado de trabajo no aparecen mencionadas en el señalado artículo 5 de la Orden 101095. Y ello es lógico, ya que lo que se pretende es dejar una puerta abierta a nuevas propuestas, por lo que el medio para establecer su regulación serán los convenios suscritos entre el INEM y las entidades asociadas.

---

[4] Efectivamente, este apartado b) fue derogado por la Orden de 20 de enero de 1998.

[4] Visto el conjunto de todas las materias que pueden ser objeto del convenio de colaboración entre el INEM y las entidades externas, hay que resaltar que dichos convenios tienen, además, la sustancial misión de especificar la instrumentación de todas las acciones contempladas anteriormente, así como su metodología. Esta función, como tantas otras importantes, denota la relevancia del convenio como elemento articulador no sólo de la colaboración de las entidades asociadas sino, en definitiva, de la eficaz ejecución del conjunto de las acciones en interés de la buena orientación y acompañamiento de los demandantes de empleo en su inserción profesional. Sin embargo, hay que rememorar que la figura del convenio, recogida como instrumento clave tanto en el Real Decreto como en la Orden de 1995, no se definió con claridad hasta la aprobación de la Resolución de 13 de febrero de 1996.

II. LA DISGREGACION DE LOS SIPES

[5] Según el esquema visto hasta el momento, las acciones de información y orientación al desempleado se desarrollaban dentro del sistema de los Servicios Integrados para el Empleo. Sin embargo, apenas dos años después de la creación de los SIPEs, la Orden de 20 de enero de 1998 vino a desgajar estas acciones del marco normativo de dichos Servicios, de forma que las entidades que quieran colaborar con el INEM en el desempeño de estas actividades de orientación no se vean obligadas a constituir un SIPE. Al respecto, interesa incidir en tres temas: la forma en que se produce esta disgregación, la finalidad de dicha medida, y la naturaleza de la participación.

A) La propia Orden de 20-1-98 expone que viene a clarificar , por medio de su unificación, la regulación actual de las acciones de información y orientación, para lo cual añade expresamente «incluye una amplia disposición derogatoria de toda la dispersa normativa que regulaba la realización y financiación» de dichas acciones.

No cabe duda sobre la buena intención de esta norma. No obstante, si se coteja el contenido de tal Disposición derogatoria única con la situación normativa que resulta tras su aplicación, no deja de sorprender el optimismo de los términos con que se pronuncia la Orden de enero de 1998. Una recapitulación esquemática de la regulación precedente sería:

1.ª Los SIPE nacen fruto del RD 735/95, de 5 de mayo.

2.ª Son desarrollados por la Orden de 10-10-95.

3.ª Dicha Orden incorpora expresamente en los SIPE las acciones reguladas en el artículo 1.b) de la Orden de 9-3-94.

4.ª Se aprobaron otras normas y resoluciones de desarrollo y modificación de los puntos anteriores.

Sobre este esquema normativo, la técnica que utiliza la Orden de 20-1-98 para «independizar» las acciones de orientación e información del sistema SIPE es la simple derogación del artículo 1.b) de la Orden de 9-3-94, otorgándoles una nueva regulación. De dicha operación se obtiene la situación siguiente:

1.ª Los SIPE están regulados por el RD 735/95 y la Orden 10-10-95 (aunque con su Capítulo III derogado). Las acciones que actualmente integran dichos Servicios son las que existían anteriormente salvo las de información y orientación. Es decir, continúan permaneciendo en el marco de los SIPE seis de los 10 grupos de acciones que componían el listado del artículo 20 RD 735/95 que se ha analizado en el apartado anterior. Concretamente son las acciones que allí se han agrupado en los puntos: 1, 2, 4, y 5.

2.ª Las tan repetidas acciones de información y orientación están reguladas, ahora, por la Orden 20-1-98 [5]. Por tanto, desaparecen del marco de los SIPE los cuatro grupos de acciones denominadas IOBE y que se habían agrupado en el ordinal 3.

Llegados a este punto, vuelve a ser necesario recordar que la Orden de 9-3-94 contenía dos grupos de acciones. Las que correspondían a su artículo 1.b) (el cual acaba de verse que ha fue derogado en 1998), y las recogidas en el artículo 1.a), que siguen en vigor. En definitiva, la Orden de 9-3-94 sólo regula en la actualidad las acciones de Comprobación Individual de la Profesionalidad. En otras palabras, ya no existe relación entre lo que disponga esta Orden de 1994 y las acciones de orientación e información (IOBE).

Pero debe tenerse en cuenta que de este aparentemente sencillo intento de unificar la normativa y de simplificar también los procedimientos, pueden resultar lagunas tan importantes como la siguiente: El artículo 4.c) de la Orden de 9 3 94 impone a las entidades colaboradoras del INEM el desarrollo de las acciones del artículo 1 por sí mismas y sin subcontratar a terceros. Mas como esta norma ya no afecta a las acciones de información y orientación profesional (que estaban incorporadas en el artículo 1.b), y tampoco se encuentra en la nueva regulación de 1998 salvo una mejor lectura una obligación de tal naturaleza, no parece descabellado plantear la cuestión de si desde 1998 es válida la subcontratación en la ejecución de las acciones IOBE. Desde un punto de vista coherente, hay que alegar que la lógica, la dinámica, el ánimo y la tradición de esta colaboración impiden la subcontratación, y más cuando las entida-

[5] Con sus diferentes modificaciones parciales y las correspondientes revisiones anuales, concretamente para 2007 a través de la Resolución de 16 de enero de 2007.

des colaboradoras deben carecer de fin lucrativo. Pero claro, no se puede negar, por el hecho de no compartirla, la posibilidad de que otros argumenten que es evidente que en la nueva regulación se omitió esta prohibición; con lo que, a partir de este nuevo régimen de desarrollo de las acciones de orientación, sí se permite la subcontratación. En verdad, parece más cercano a la realidad pensar que esta omisión se debe a la premura y exceso de confianza con que las autoridades laborales han venido aprobando las operaciones reglamentarias desde 1998.

B) En cuanto al motivo por el cual se independizan las acciones IOBE, la Orden de 20-1-98 afirma que se debe al intento de que las entidades interesadas en su realización puedan hacerlo sin necesidad de constituir un SIPE.

Para ello se simplifica el procedimiento, cuya principal diferencia respecto a los SIPE es que, mientras que éstos requieren la tramitación y firma de un convenio de colaboración, las entidades que deseen participar en las acciones de información y orientación sólo tienen que presentar , en los plazos que se establezcan y con la documentación que se exija, una solicitud ante el INEM. Los Servicios Públicos de Empleo concederán, mediante resolución, las subvenciones correspondientes. Por lo tanto se podría pensar que hay la doble finalidad de la agilización y simplificación procedimentales acabados de ver , junto a la voluntad oficial de permitir o abrir la participación en la colaboración a otras entidades que no quieren o no pueden constituir su propio SIPE.

Por otro lado, también cabe considerar si en la nueva norma subyacía la intención de reservar los SIPE para aquellas entidades con capacidad de realizar todo el conjunto de actuaciones tendentes al incremento de la capacidad de ocupación de los demandantes de empleo que recoge el artículo 20.2 RD 735/95; en especial los programas mixtos de empleo formación profesional ocupacional y los planes específicos para la adquisición de experiencia profesional. Es decir, serían aquellas entidades que tienen la capacidad de asegurar una integración completa de todas las políticas activas de empleo: la orientación, la formación y la experiencia profesional. Si así fuera, y todo parece apuntar hacia ello, la opción de constituir los SIPE queda prácticamente reducida a Instituciones Públicas (especialmente las entidades locales).

De todas formas, en lo que a las acciones concretas de orientación nos ocupan, queda claro que puede presentar la solicitud de subvención cualquier entidad pública o privada sin ánimo de lucro que cumpla los requisitos precisos, con independencia de que dichas entidades incluyan o no la ejecución de las acciones IOBE en el marco de un plan SIPE. Con la salvedad de específicas validaciones documentales [6], la

[6] Así, por ejemplo, si una entidad presenta la solicitud de subvención de las acciones de orientación para integrarlas en un Plan SIPE, tan sólo es necesario que presente la in-

distinción primordial se halla, si bien indirectamente, en la valoración de las solicitudes presentadas. Efectivamente, se alcanza casi la mitad de la puntuación (40 sobre 100) con el cumplimiento de estos dos criterios (que con facilidad reúnen las entidades que ya participen en un plan SIPE):

a) Acciones desarrolladas en el marco de convenios de colaboración existentes con otras entidades que tengan por objeto la integración de políticas activas.

b) Coordinación e integración de las acciones de orientación profesional y autoempleo con otras de calificación profesional, formación ocupacional, Escuelas Taller y Casa de Oficios, talleres de empleo, fomento de la contratación o de iniciativas de actividad y otras que faciliten al demandante de empleo seguir un itinerario personal de inserción profesional [7].

C) Por lo que respecta a la naturaleza de esta participación externa en lo que en un principio serían actividades propias del INEM, la Orden de 20-1-98 expone que, para dar respuesta al reto de mejorar la posición de los demandantes de empleo en el mercado de trabajo mediante el diseño de itinerarios profesionales ajustados a las particularidades de los distintos tipos de desempleados, un servicio público de empleo moderno debe contar no solamente con instrumentos materiales y técnicos capaces de satisfacer aquellas necesidades, sino que debe ser capaz de implicar a entidades que por afinidad o coincidencia de intereses conocen y actúan cerca de los demandantes de empleo para que colaboren con el servicio público en tan importante tarea.

Ante esta argumentación caben dos lecturas. Una literal, de la se que extrae que lo buscado con la colaboración externa es aprovechar la experiencia y conocimiento de dichas entidades, de tal forma que con ella se maximicen los beneficios de la atención personalizada a los demandantes de empleo. La segunda, más suspicaz, integraría lo expuesto en el párrafo anterior con el articulado de la propia Orden. Así, concluiría que lo verdaderamente pretendido era suplir la carencia de medios del INEM a través de los de las entidades asociadas. Sus fundamentos serían del siguiente signo:

---

formación que requieren las disposiciones reguladoras de aquellas subvenciones y que no estén incluidas en la documentación (proyecto memoria) que presentó la misma entidad para la constitución del SIPE (Disp. 7.3 de la Resolución de 30 de noviembre de 1999).

[7] Criterios contenidos en el artículo 5.3 Orden 20-1-98 y Disp. Octava de la Resolución de 30 de noviembre de 1999 (que se reiteran desde la Resolución de 2 2 98). Se recuerda que estas últimas resoluciones establecían las respectivas convocatorias anuales para la concesión de subvenciones para la realización de acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo a entidades colaboradoras sin ánimo de lucro.

— «Las entidades colaboradoras vienen obligadas a actualizar en las oficinas del INEM los historiales de los demandantes atendidos, incorporando los resultados de los servicios prestados, utilizando a tal fin el personal de apoyo cuya contratación se subvenciona» [8].

— Se valoraban las solicitudes de aquellas entidades que aporten «procedimientos de gestión y seguimiento de las acciones que aseguren un flujo adecuado de participantes, garanticen la puntualidad y exactitud de la información y que no impliquen un aumento de cargas de trabajo para el INEM» [9].

No obstante, sería deseable integrar las dos visiones diver gentes en un mismo sentido: que las entidades colaboradoras no se limiten a la mera ejecución de acciones que corresponderían al servicio público, sino que también tienen la posibilidad de introducir elementos de calidad fruto de su experiencia y motivación manifestados en la capacidad de decisión a la hora de determinar cuál es el itinerario más adecuado para cada usuario atendido y de encaminarle o derivarle a las acciones concretas oportunas. Aunque mucho se teme que esta propuesta quede relegada a ser un mero deseo, más que responder a la forma habitual de funcionamiento en aquella colaboración.

[6] Hechas las tres matizaciones anteriores, y siguiendo con la evolución en la regulación aparecida desde principios de 1998, hay que destacar que en una Resolución de 13 de abril de 1998, se aprobaron las especificaciones técnicas de las acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo para personas sordas. Las Resoluciones correspondientes a los ejercicios posteriores ya no se han olvidado de incluir las previsiones para el colectivo de desempleados sordos, ampliándose también para el año 2000 a las personas invidentes [10]. La razón de esta medida se encontraba en las especiales dificultades de estos colectivos para seguir las explicaciones y participar en los trabajos en grupo. No obstante, de la comparación de las citadas especificaciones técnicas respecto de las expuestas con carácter general, tan sólo se desprende de la particularidad de que el número de componentes de los grupos de demandantes que participan en las concretas acciones es menor . Es presumible o al menos sería lo lógico que en un nivel inferior al de las disposiciones publicadas en el BOE se apruebaran otras especificaciones más

[8] Disp. 6.5 de las Resoluciones de 2 de febrero de 1998 (de aplicación para el ejercicio de 1998) y de 30 de noviembre de 1998 (para 1999); disp. 6.3 de la Resolución de 30 de noviembre de 1999 (para 2000).

[9] Disp. 8.1.f. de las tres Resoluciones apuntadas en la nota anterior .

[10] En las Resoluciones de 30 de noviembre de 1998 y 1999 se determinaban las actuaciones a llevar a cabo en 1999 y 2000, respectivamente, en dos tablas resumen incluidas en un anexo especial: las de carácter general y las de estos colectivos especiales.

concretas y completas para su entrega a las entidades colaboradoras, de forma que convencieran de que estas previsiones particulares iban más allá de una mera medida programática o de imagen. No obstante un dato significativo es que, transcurridos varios meses desde la entrada en vigor de la Resolución de la Resolución de 13 abril 98, no se tenía constancia en la Dirección Provincial de Madrid del inicio, en este ámbito territorial, de ninguna de esas acciones para personas sordas.

[7] El último comentario se centra en la Resolución de 8 de abril de 1998, por la que se convocó la concesión de subvenciones a entidades colaboradoras sin ánimo de lucro para la realización de entrevistas ocupacionales en profundidad a trabajadores desempleados. Pero antes de entrar en ella, hay que recordar varias ideas desarrolladas hasta el momento: i) las entrevistas profesionales forman parte de las acciones incluidas en los SIPEs, concretamente son el primero de los cinco grupos que hemos destacado; ii) estas entrevistas son, y así se ha afirmado, el punto principal que permite el diseño del itinerario ocupacional de cada demandante; iii) por último, no se olvide que la Orden de 10 10 95 estableció que, por su carácter universal, las entrevistas serían realizadas por el INEM. Una vez apuntadas estas tres premisas, se pasa a describir los devaneos por ellas experimentados.

A) En primer lugar, se sabe que con la Orden de 20-1-98 las acciones de información y orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo se disgregan del marco normativo de los Planes SIPE, en los que venían integradas hasta ese momento. Permanecían por tanto, las acciones que habíamos englobado en los grupos 1, 2, 4 y 5. Pues bien, con la Resolución de 8 de abril de 1998 se sustrae de este esquema el grupo 1: las entrevistas ocupacionales. La técnica jurídica utilizada para esta nueva amputación no deja de ser más que sorprendente, incluso puede cuestionarse su validez. En efecto, esta Resolución fundamentaba sus nexos de unión con la Orden de 20-1-98, de la que depende por su rango superior, en el artículo 3.a) y la Disposición transitoria (DT) 1.ª de esta última.

El artículo 3 de la Orden 20-1-98 describe los tipos de acciones de orientación para las que se concedían subvenciones a entidades externas; y que los destaca en dos apartados: uno enunciado con la letra a) para el empleo, y el otro con la letra b) para el autoempleo. Literalmente, el artículo 3.a) se refiere a «aquellas que, mediante la información, orientación, acompañamiento u otros procedimientos, faciliten la mejora de la posición en el mercado de trabajo del demandante de empleo y la búsqueda de empleo por cuenta ajena». Vista esta descripción, no queda otro remedio que suponer, por tanto, que la Resolución de 8-4-98 tasaba las entrevistas que venía a regular como uno de esos «otros procedimientos» incluidos en la Orden. La remisión a este genérico gru-

po sería aceptable si no fuera por el hecho de que las entrevistas ocupacionales ya estaban perfectamente identificadas en el marco de las acciones SIPE: tienen su propia naturaleza y son la base del resto de las acciones integradas en los Planes SIPE. Sin embar go, por la acción de la Resolución de 8-4-98, debe entenderse que las entrevistas ocupacionales se disgregan del marco normativo de los SIPE, quedando dichos Servicios compuestos básicamente por las acciones que habíamos englobado en los grupos 2 y 4 (ya que el 5 resta como puerta abierta a «otro tipo de nuevas iniciativas»).

La Exposición de motivos [11] de la Resolución que se está comentando destaca que la disposición transitoria primera de la Orden 20-1-98 «establece que el Director General del INEM, mediante la correspondiente Resolución administrativa que se publicará en el BOE, aprobará las necesidades de actuación a ejecutar por entidades colaboradoras en el año 1998». Sin embargo, la Resolución se olvida de transcribir dos extremos importantes que también aparecen en el texto auténtico de la Orden. El primero, que tales necesidades de actuación serán en materia de acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo. El segundo, que en la citada DT 1.ª se remarca que dichas necesidades se deberán aprobar en un plazo de quince días siguientes a la publicación de la Orden de 20-1-98 en el BOE (que aparece en el BOE núm. 20, de 23 de enero); plazo éste que la Resolución de 8 de abril transgredía ampliamente.

Además, hay que tener en cuenta que el mandato contenido en la DT 1.ª fue cumplido y en plazo por la Resolución de 2 de febrero de 1998 (BOE del 18), en la que su Anexo I establecía un total de 513.893 necesidades de actuación clasificadas por territorios y por cada uno de los tipos de acciones de orientación profesional y asistencia para el autoempleo (a las que hay que añadir otras 8.476 necesidades adicionales aprobadas por la Resolución de 2 de marzo, BOE del 31).

En conclusión, si la Res. de 8 de abril de 1998 se apruebó, como ella misma afirmaba, en virtud de los descritos artículo 3.a) y DT 1.ª de la Orden de 20-1-98, sus hilos de dependencia y conexión con ésta eran demasiado débiles, y tan sutiles que hay que emplear una forzada interpretación para poderlos percibir. Es más, aun cuando se quisiera amparar el fundamento jurídico de la citada Resolución en el uso de la disposición final segunda de la citada Orden (por la que se autorizaba al Director General del INEM a dictar cuantas resoluciones e instrucciones fuesen precisas para el desarrollo y ejecución de la misma), tampoco se obtendría un método coherente de sustracción de las encuestas ocupacionales del

[11] A pesar de la carencia de valor normativo, nos vemos obligados a acudir a lo que se recoge en la Exposición de motivos, ya que, en este caso, es el único lugar donde se puede encontrar algún atisbo de explicación de esta actuación reglamenteria de la Administración.

marco normativo de los Planes SIPE, en el que se encontraban encuadradas hasta el momento. O es que, por el contrario, ¿habría que cuestionarse que no se habían independizado estas acciones de los SIPEs, sino que son otras nuevas, de espontáneo nacimiento y con naturaleza propia?. Claramente, esto sí que no tendría ningún sentido.

Para encontrar la razón de ser de la aprobación de la Resolución de 8 de abril de 1998, hay que acudir sin ningún género de dudas a la necesidad de cumplir con las Directrices aprobadas en la Cumbre de Luxemburgo, bajo las cuales se elaboró el Primer Plan de Acción para el Empleo del Reino de España. Concretamente, el primer paso que se diseña en el nuevo sistema de orientación personalizada a los demandantes es, conforme a la Directriz 3, una entrevista en profundidad a todos los desempleados, a realizar en 1998 [12]. De este modo, las necesidades de actuación ascendían, según la Res. 8-4-98, a 1.887.553 entrevistas, sin contar las de las Comunidades Autónomas de Cataluña y Galicia, que eran las únicas que tenían transferidas estas competencias [13].

La propia Resolución reconoce que esta entrevista es «el procedimiento a través del cual se detectan las aptitudes, conocimientos, experiencias y actitudes frente al empleo de los demandantes de empleo y por tanto el instrumento para determinar las acciones subsiguientes a emprender y constituir un itinerario de inserción laboral». Por los términos de esta afirmación pareciera que se trata de un gran descubrimiento o innovación. Pero los rasgos positivos y necesarios de la entrevista como clave para una eficaz atención a los demandantes de empleo ya se indicaban expresamente en la regulación de los Planes SIPE de 1995. Entonces, cabe preguntarse qué es lo que se hizo desde la creación de los SIPE (o incluso desde antes). Por respuesta valga la presunción de que con toda seguridad se había venido haciendo una aplicación insuficiente de esta acción de entrevistas contemplada en el RD 725/95. En tal caso, ¿cómo se han podido desarrollar con resultados eficaces el resto de acciones durante todo este tiempo?

B) Para lograr el objetivo de esos dos millones de entrevistas personales, la Administración recurrió otra vez a la sociedad. Pero ahora queda claro que el tipo de intervención que el INEM esperaba no residía en aprovechar la experiencia que las entidades externas pudieran tener , sino simplemente recabar medios personales para hacer frente a las tareas que el servicio público no podía atender .

---

[12] Plan de Acción para el empleo del Reino de España 1998, con fecha de 15 de abril de 1998, edición oficial, pag. 34.

[13] Las competencias se habían transferido por los RR.DD. 1050/97 (para Cataluña) y 1375/97 (para Galicia). En materia de servicios de empleo, se extendieron competencias a la Comunidad Valenciana en 1998 (RD 2673/98), y en 1999 también a Canarias (RD 150/99, modificado por el RD 939/99) y a Navarra (RD 81 1/99).

Como ejemplo de la esta afirmación, tan sólo basta contemplar cómo se valoraban las solicitudes presentadas por las entidades sin ánimo de lucro que quisieran colaborar con el INEM. En el baremo establecido por el aptdo. 9 de la Resolución citada, el aspecto relativo a la posesión de «experiencia en la realización de la acción que se subvencionará» es el que menor puntuación concedía: sólo hasta 5 puntos; mientras que la proximidad geográfica aportaba 50 puntos, o las Mancomunidades recibían 40. Es remarcable que con sólo ojear la tabla de estos criterios se observa la preferencia hacia las Administraciones Públicas; y entre ellas, reciben más puntos las entidades locales que las Diputaciones o Cabildos, y éstos más que las Comunidades Autónomas.

La colaboración requerida de las entidades externas consistía en realizar las entrevistas en las dependencias de las oficinas del INEM. Ello se hacía con el objeto de economizar recursos, como expresamente se manifiestaba en el pto. 4 de la Resolución de 8-4-98. Sin embar go, hay ciertos aspectos que incitan una breve reflexión.

En primer lugar, en la Resolución se remarcaba que se considerarían entrevistas efectivamente realizadas las que generaran una información de retorno que se incorpora a la demanda de empleo del usuario entrevistado (pto. 5.5). Es lógico que la Resolución también dispusiera que tal incorporación se realizara materialmente en aquellas dependencias oficiales, tanto por razones de eficiencia como para asegurar la protección de los datos personales que impone la Ley Or gánica 5/92[14]. Pero entonces, lo que no se acaba de comprender es cuál sería, desde esta perspectiva, el sentido por el que la Resolución contemplaba la financiación de los gastos generales que las entidades pudieran tener en concepto de arrendamiento de edificios y mobiliario, mantenimiento, limpieza, seguridad, vigilancia, etc. (apartados 2 y 4 del punto 5 de la Res. 8-4-98). Se puede conjeturar que la subvención de estos gastos hubiera sido viable sólo en los casos en que las entrevistas tuvieran que ser practicadas en otras dependencias distintas de las del INEM. Pero la rotundidad de la lectura de los puntos marcados invita a aceptar una concesión generalizada a todos los supuestos y entidades.

En segundo lugar, existe en el texto una doble mención a la integración de esta acción con otras acciones. La primera de ellas indicaba que el objeto de realizar la entrevista en dependencias del INEM era «integrar esta acción con otras que se realizan con dichos demandantes y que estos así lo identifiquen» (pto. 4). Sin ahondar sobre qué es lo pretendido con esta declaración y los variados sentidos que se podrían obtener ,

[14] Téngase en cuenta que el hecho de que la L.O. 5/92 (de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, BOE del 31) haya sido derogada por la nueva L.O. 15/99 (de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, BOE del 14) no cambia el sentido de las razones alegadas.

destacamos, únicamente, que parece deducirse que la clave de la integración obra en manos de los propios usuarios.

Con la segunda mención se expresa que se valoraban con hasta 15 puntos las solicitudes de aquellas «entidades con capacidad para integrar y coordinar el desarrollo de políticas activas» (pto. 9). Qué positivo sería si de ello se hubiera podido inferir la competencia de las entidades que llevan a cabo cualquier otra acción, tanto integrada en SIPE como de orientación e información, para derivar directamente a las personas atendidas en las entrevistas a otras acciones de incremento de la capacidad de ocupación más apropiadas para cubrir las carencias que les fueran detectadas. Pero está claro que para alcanzar este objetivo las entidades participantes deberían tener acceso al contenido de las entrevistas, para así tener conocimiento de los perfiles de los demandantes con el fin de detectar las necesidades concretas de cada individuo. No obstante es aceptable la alegación de que el acceso a esa información pudiera ser contrario a la Ley Or gánica de protección de datos personales. Sin embar go, esta tacha se hubiera podido salvar por medio de una administración selectiva de los datos manifestados en las entrevistas en profundidad por los demandantes de empleo. En todo caso, siempre resultaría razonable la denegación del conocimiento y uso de esos datos por parte de las entidades cuya colaboración con el INEM se limitase únicamente a la ejecución de estas entrevistas, sin que realizaran otras acciones de orientación ocupacional. Por el contrario, no se entiende cuál sería el sentido de esta misma interdicción para las entidades que sí venían colaborando en las acciones de orientación si, tal como se ha recalcado en páginas anteriores al tratar la unidad de los SIPE [15] dichas entidades deben realizar , previamente al inicio de acciones, una entrevista personal a cada uno de los demandantes.

Se puede concluir que lo pretendido en realidad con esta resolución administrativa fue conseguir un resultado, o, mejor dicho, un reto. No hay más que observar que el Plan de Acción de Empleo para 1998 marcaba un calendario en el que la entrevista en profundidad a todos los desempleados debía conclirse en el mismo año, esto es, en 1998; lo que motivó que la Resolución de 8-4-98 determinase que dichas entrevistas debían ser realizadas en un plazo máximo de cinco meses, a contar a partir del primer día en que el INEM pusiera a disposición de la entidad colaboradora la primera relación de demandantes a entrevistar (pto. 7). Si se tiene en cuenta que la Resolución entró en vigor el día 5 de mayo de 1998 (siguiente al de su publicación en el BOE) y a ello se le suman los períodos de entrega de las solicitudes de subvención, el proceso de su resolución, etc., es evidente que las acciones no pudieron dar comienzo hasta, prácti-

[15] En este sentido, hay que recordar que la Orden de 10 de octubre de 1995 mantiene una regulación un tanto desconcertante sobre las entrevistas ocupacionales.

camente, los meses de verano; o, incluso, ya transcurrido el lapso estival. Si a ello se le añaden las dificultades materiales para su realización (era preciso un espacio físico de unos 10 metros cuadrados convenientemente diferenciado para cada técnico; el tiempo de atención al usuario debía ser de 30 minutos[16]; la probabilidad de que las entrevistas tuvieran que realizarse solamente en horario de tarde, ya que las dependencias del INEM seguirían con sus funciones ordinarias durante su jornada habitual, etc.) se es consciente del considerable esfuerzo requerido para superar el mencionado desafío impuesto por el Plan de Acción para 1998.

La premura marcada por la planificación temporal puede explicar la causa u origen aunque no su justificación de las incoherencias que se han venido exponiendo hasta el momento; las cuales se verían compensadas si el fruto obtenido de las entrevistas personalizadas sirviera realmente para facilitar a los desempleados el acceso a las acciones de orientación, formación o experiencia profesional capaces de mejorar su posición en el mercado de trabajo. Pero para ello es necesaria la existencia de una efectiva y eficaz coordinación entre todas esas acciones.

[16] Son, entre otras, especificaciones técnicas reseñadas en el Anexo II de la Res. 8-4-98.

Comunicación a la Ponencia Temática I

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LOS ENTES LOCALES EN MA TERIA DE EMPLEO. UN MODELO EN CONSTRUCCIÓN

PATRICIA NIETO ROJAS
Investigadora en formación: Programa FPU-MEC
Universidad Carlos III

SUMARIO:

I. LOCALISMO EN UN PERÍODO DE GLOBALIZACIÓN.—II. EL PAPEL DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO.—III. LA PROYECCIÓN DE LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. UNA VISIÓN DESDE EL ÁMBITO LOCAL.–1. Competencias de las Corporaciones Locales en materia de empleo: a) El marco competencial en la CE y en la Ley de Bases del Régimen Local; b) Ampliaciones en el diseño: Ley de Empleo y Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local; c) Instrumento básico: El Pacto Local; d) Las políticas activas de empleo impulsadas por los Entes Locales. 2. El futuro: El empleo en el Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

«El Estado-Nación es demasiado pequeño para los grandes problemas de la vida y demasiado grande para los pequeños problemas de cada día».

DANIEL BELL

I. LOCALISMO EN UN PERÍODO DE GLOBALIZACIÓN

La dinámica globalización-localización puede observarse desde dos perspectivas, perfectamente reflejadas en las palabras de Daniel Bell: «*El Estado-nación es demasiado pequeño para los grandes problemas de la vida y demasiado grande para los pequeños problemas de cada día*». En la primera parte de su afirmación, DANIEL BELL se refiere al impacto de la globalización sobre unos Estados-nación que se ven superados por la creciente importancia de los asuntos supranacionales. Pero la parte que más nos interesa de la afirmación de Daniel Bell es la segunda, pues permite intuir que algunos de los problemas que sufrimos-entre los «*pequeños problemas de cada día*» podrían ser resueltos con mayor éxito en un nivel infraestatal; es decir, en el ámbito local. Se trata, además, de una institución corroborada por el propio dinamismo que muestran, desde la década de los ochenta, las Entidades Locales [1].

Los municipios canalizan un número creciente de demandas políticas y económicas, desarrollan iniciativas novedosas destinadas a ofrecer nuevas respuestas a los problemas de la colectividad y participan en los múltiples escenarios, donde se toman las decisiones que afectan a la calidad de vida de los ciudadanos. Todo ello se debe a que el proceso de globalización potencia el rol de los Entes Locales; la máxima de pensar globalmente y actuar localmente tiene pleno sentido en el ámbito municipal: en él, se identifican de forma precisa las necesidades sociales y se agilizan las respuestas para atender estas demandas. En este escenario,

[1] BRUGUÉ, Q; GOMÁ, R. *Gobiernos locales y políticas públicas. Bienestar social, promoción económica y territorio*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 118.

las actuaciones de empleo y desarrollo económico impulsadas desde el ámbito municipal se han mostrado no sólo mucho más eficaces en la generación de empleo y riqueza, sino que además han permitido la participación activa de los ciudadanos en el diseño de las políticas de crecimiento y desarrollo de sus respectivos territorios [2].

No obstante, el encaje legal de estas actuaciones no está claramente definido dentro del entramado institucional que compone la Estrategia Europea de Empleo. La construcción de un modelo coordinado de empleo, que vertebre la participación de las distintas Administraciones implicadas, pasa por definir los espacios de actuación de cada uno de los actores y por dotar a la Administración Local de un reconocimiento normativo que canalice su intervención en este ámbito.

La presente comunicación pretende identificar las líneas maestras que definirían a este modelo coordinado de empleo, centrando la atención en el papel que juegan los Entes Locales. Con este objetivo, se analizará brevemente la Estrategia Europea de Empleo que, como es sabido, apuesta claramente por avanzar en la territorialización de las políticas de empleo, en la lógica subyacente de que el éxito de la estrategia europea de empleo está directamente vinculado a una mayor participación de los actores locales y regionales. La proyección de esta estrategia en el Derecho español implica transitar por el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de empleo; para analizar, en un epígrafe posterior, la función que están asumiendo los Entes Locales en la aplicación de esta política.

En este contexto, el expreso reconocimiento de la dimensión local de la política de empleo en el artículo 4 de la Ley de Empleo supone un impulso para la construcción de un modelo coordinado que se verá también reforzado con la aprobación de la Ley Básica del Gobierno y la Administración Local, en la que las Entidades Locales contarán con una mayor autonomía para el diseño de una estrategia propia en materia de desarrollo local.

II. EL PAPEL DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO

El creciente predominio de lo global está provocando un cambio de calado histórico en la función de las instituciones públicas. En particular , está cuestionando el protagonismo de los Estados que pierden peso en te-

[2] *In extenso*, puede consultarse: Mercader Uguina, J. R. El marco competencial de los Ayuntamientos en materia de empleo. En el *I Seminario sobre políticas de empleo en el Municipio*. *De lo global a lo local,* organizado por la Agencia para el Empleo del Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 13 de noviembre de 2006.

rrenos que tradicionalmente habían sido exclusivamente suyos y en los que, ahora, se están incorporando otras Administraciones, a base de reducir el papel del Estado central y de promover un mayor desarrollo de políticas en los niveles regional y local. Esta afirmación cobra pleno sentido en materia de empleo. Como es sabido, en el Consejo Europeo de Luxemburgo (noviembre 1997) se decidió poner en marcha la Estrategia Europea del Empleo, que se puede definir como un sistema comunitario de coordinación de las políticas de empleo, sustentado en cuatro pilares básicos: a) empleabilidad; b) desarrollo del espíritu de empresa; c) adaptabilidad; y d) promoción de la igualdad entre hombres y mujeres.

Los principios y procedimientos para la articulación de esta política de empleo, incorporada en el Título VIII TCE, son: a nivel comunitario, las Directrices para el empleo [3] que deben orientar las políticas de los Estados Miembros y, a nivel nacional, los planes de acción para el empleo, PNAE en adelante, que son el instrumento en el que los Estados Miembros plasman su política de empleo. Cada Estado elabora, con una periodicidad anual, un informe de aplicación de su PNAE, donde analizan los niveles de cumplimiento de cada Directriz. Teniendo en cuenta estos informes, la Comisión y el Consejo presentan el Informe Conjunto de Empleo. Este procedimiento, previsto en el artículo 128 TCE, supone la coordinación de las políticas de empleo mediante la definición para toda la Unión, de unas directrices, basadas en un análisis común de la situación y de los ejes generales de la política que deberá llevarse a cabo para reducir el desempleo de manera duradera. Estas directrices fijarán objetivos concretos, cuya realización será supervisada periódicamente conforme a un procedimiento común de evaluación de los resultados; la aplicación de las mismas será variable según su naturaleza, sus efectos para los Estados miembros y sus destinatarios, respetando el principio de subsidiariedad y las competencias de los Estados miembros, incluidas las de sus entidades regionales, en materia de empleo [4].

Pues bien, este método, aunque sumamente satisfactorio en cuanto supone una coordinación de las políticas de empleo de los Estados Miembros, se centró exclusivamente en los niveles comunitario y nacional. Por ello, transcurrido un lustro desde la aprobación de la estrategia europea de empleo, se hizo sentir la necesidad de su revisión, siendo una de las cuestiones más acuciantes la necesidad de reforzar la dimensión regional y local de la política de empleo.

Habida cuenta del papel que realizan los entes locales y regionales en la aplicación de las políticas de empleo, las instituciones comunitarias

---

[3] Las Directrices de empleo aprobadas para el período 2005-2008 han sido publicadas en el DOUE 6.8.2005.

[4] Colina Robledo, M. La consolidación y el relanzamiento de la estrategia de Lisboa. Más Europa, más empleo y más cohesión social. La cumbre social y el Consejo Europeo de Barcelona. En. *RMTAS*, núm. 42, 2003, p. 27.

asumen que la estrategia comunitaria de empleo debe sustentarse en la inclusión de todos los que en ella participan y, para ello, es necesario impulsar un planteamiento totalmente descentralizado, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, en el cual la Unión, los Estados miembros, los niveles regionales y locales, así como los interlocutores sociales y la sociedad civil, participen activamente, mediante distintas formas de colaboración [5]. Existe una concienciación de que los objetivos marcados en política de empleo no podrán conseguirse sin una mayor participación de los niveles local y regional; factor que hace sumamente importante « *facilitar la coordinación entre los responsables de la toma de decisiones de los diferentes niveles con vistas a que dichas políticas aporten una contribución eficaz a las estrategias de empleo*» [6].

Como manifestación de esta inquietud, las instituciones comunitarias impulsaron la adopción de numerosas iniciativas que insisten en que la participación de los agentes locales y regionales es un elemento decisivo en el éxito de la estrategia europea de empleo [7]. En esta dirección, la Comunicación «*Fortalecimiento de la dimensión local de la estrategia europea del empleo*», señala que la dimensión local de la política de empleo puede contribuir a la consecución de otros objetivos comunitarios, tales como un crecimiento económico sostenible o la cohesión social y ser un instrumento eficaz para hacer frente a los nuevos retos que plantea la ampliación de la UE. En el mismo sentido, se pronuncia el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la aplicación y futuro de la Estrategia Europea de Empleo [8]: «*Los entes locales y las regionales han de desempeñar un papel y asumir una responsabilidad esencial en la elaboración y aplicación de la estrategia de empleo*». O más recientemente, en la Comunicación «*Política de cohesión y ciudades: la contribución*

---

[5] No obstante, se ha señalado que: «(…) *La figura de una subsidiariedad local se volvía más difusa. Tanto es así que no podemos afirmar que exista una subsidiariedad específica en materia de empleo, sino que en su puesta en práctica han existido dudas y vacilaciones, reflejo mismo de tensiones internas de la Comunidad que en algún momento han creado una ilusión de subsidiariedad* (…)», Miranda Boto, J. M. El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social. En *RMTAS*, núm. 47, 2003, p. 128.

[6] COM (2001) 629 final, 6.11.2001*»Fortalecimiento de la dimensión local de la estrategia europea del empleo»*, p. 10.

[7] *In extenso*, Mercader Uguina, J. Op. cit. A título meramente ilustrativo, se han publicado varias Comunicaciones que destacan el papel de las iniciativas locales de empleo, de forma cronológica: COM (1995) 273 final, 13.6.1995 « *Estrategia europea de estímulo a las iniciativas locales de desarrollo y empleo*»; COM (2000) 196 final, 7.4.2000 « *Actuación local en favor del empleo —una dimensión local para la estrategia europea del empleo*», COM (2001) 629 final, 6.1 1.2001*» Fortalecimiento de la dimensión local de la estrategia europea del empleo»*, y recientemente, en un marco más amplio sobre política de cohesión y de ciudades, COM (2006) 385 final, 13.7.2006 « *Política de cohesión y ciudades: la contribución urbana del crecimiento económica y el empleo en las regiones»*.

[8] DOUE 10.10.2003. En la misma dirección, Comunicación (2002) 416 final, 17.7.2002 «*Balance de cinco años de aplicación de la Estrategia Europea de Empleo*», p. 33

urbana al crecimiento económico y al empleo en las regiones» se insta a las ciudades a adoptar iniciativas para la creación de puestos de trabajo y la lucha contra el desempleo a nivel local con el apoyo de las regiones y los Estados miembros.

En todos estos documentos, subyace la idea de que el éxito de la estrategia europea de empleo está condicionado a un mayor desarrollo de la dimensión territorial, tanto a nivel regional como local, enfatizando el papel de las ciudades como actores capaces de dar respuesta a los restos de la globalización. La contribución decisiva de las ciudades en la aplicación de la Estrategia de Lisboa, en materia de empleo, desarrollo sostenible y cohesión social ha sido también destacada por el Comité de las Regiones, que expresamente reconoce el papel que han cumplido las acciones prospectivas y estratégicas frente a los problemas de desempleo puestas en marcha desde los gobiernos municipales. Por ello, recomienda que la dimensión urbana no sólo se tome en consideración a la hora de plantear y desarrollar programas de empleo, sino que se dote a las ciudades de competencias, instrumentos de gestión y las asignaciones presupuestarias necesarias [9].

La gran experiencia atesorada por el nivel local en el diseño y , especialmente, en la ejecución de programas e iniciativas comunitarias en proyectos de desarrollo económico y social, abre la puerta a una intervención mayor en la elaboración y aplicación de políticas activas de empleo en sus territorios, canalizadas en torno a dos ejes: uno vertical, mejorando la integración de las estrategias y acciones en todos los niveles (comunitario, nacional, regional y local), y otro horizontal a través de las «Estrategias Locales de Empleo», que podemos definir como un conjunto integrado de medidas y un plan de acción en el que se identifica un ámbito de actuación dirigido a detectar oportunidades de empleo en ese territorio.

III. LA PROYECCIÓN DE LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. UNA VISIÓN DESDE EL ÁMBITO LOCAL

El artículo 40.1 CE encarga a los poderes públicos una «*política orientada al pleno empleo*», pero la falta de una declaración expresa sobre el ámbito competencial del empleo en la Carta Magna ha propiciado que sea la jurisprudencia constitucional quien haya sentado las bases sobre la necesaria diferenciación que debe hacerse entre la « *legislación laboral*», competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas —artículo 149.1 7 CE—, y el

[9] Dictamen del Comité de las Regiones sobre « *La política de cohesión y las ciudades: contribución urbana al crecimiento y al empleo en las regiones*». DOUE 29.8.2006, Recomendación 3.15.

«*empleo*». En la STC 195/1996, de 28 de noviembre[10], se asumió una acepción amplia del término «política de empleo» que tiene una consecuencia directa, la afección de diferentes materias: política económica, legislación laboral o desarrollo territorial. A pesar de las dificultades que pueda entrañar esta interpretación, la política de empleo responde más a una realidad poliédrica, que contempla aspectos laborales, económicos y sociales que a un concepto unidimensional.

Esta misma amplitud y que el empleo pueda ser subsumido en diferentes títulos competenciales: legislación laboral, promoción económica, ha favorecido el impulso de iniciativas en materia de empleo desde todas las Administraciones. En el caso de las Comunidades Autónomas, la realización de políticas activas de empleo se asienta constitucionalmente sobre las siguientes competencias:

En primer lugar, por la competencia referida a la ejecución de la legislación laboral (art. 149.1 7 CE). Las Comunidades Autónomas han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía la ejecución de le legislación laboral y aunque, en materia de colocación, el TC ha atribuido la legislación de forma exclusiva al Estado, es perfectamente posible la descentralización de esta materia a las Comunidades Autónomas, como ya ha ocurrido con los decretos de traspaso estatales de estas competencias. La razón de esta descentralización debe buscarse en que la política de empleo está necesariamente vinculada al contexto económico y , por tanto, es muy sensible a las variaciones que puedan existir entre los diferentes territorios.

En segundo lugar, el artículo 148.1. 13 CE ofrece a las Comunidades Autónomas la facultad de autoatribuirse, por medio de sus Estatutos de Autonomía, competencias sobre el «fomento de desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, dentro de los objetivos marcados en la política económica nacional». Este precepto habilita a las Comunidades Autónomas a efectuar muy variados tipos de acción de fomento que puedan servir para incrementar el empleo en sus respectivos territorios: subvenciones específicas para contratación de desempleados, generalmente mediante una cantidad a tanto alzado; programas de capacitación y formación; etc.

---

[10] Un elemento de carácter material es la identificación de que se entiende por laboral, el FJ 4.º STC 195/1996 señala que: « *La CE no incluye el empleo entre las materias enumeradas en los arts. 148.1 y 149.1 CE. Tampoco aparecen ni el empleo ni el desempleo en las cláusulas de asunción de competencias del estatuto Vasco, pero el artículo 9.2c) manda a los poderes públicos adoptar medidas que tienden a fomentar el incremento del empleo aunque no cabe entender que este artículo presuponga que la CCAA goce de competencia en las materias reguladas en la legislación de empleo (....) La colocación, fomento del empleo, formación profesional ocupacional son «estadios previos» al contrato de trabajo o relación laboral, que deben o pueden preceder a ésta, cuya constitución en todo caso favorecen. Las leyes laborales regulan todos los estadios previos (por ejemplo, arts 12.5, 16.1 y 17.3 ET) que, desde el punto de vista constitucional, han de encuadrarse en la norma de competencia del artículo 149.1 7 ET - Legislación laboral».*

1. Competencias de las Corporaciones Locales en materia de empleo

a) El marco competencial en la CE y en la Ley de Bases del Régimen Local

A diferencia de lo que ocurre con las Comunidades Autónomas, la CE no establece unas competencias concretas de los Entes Locales, el artículo 137 CE se ha limitado a reconocer a los Municipios autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Pero, la ausencia de una enumeración de competencias concretas y exclusivas para los Entes Locales no significa que no existan. Ya el Tribunal Constitucional, en la STC 32/1981, de 28 de julio, afirmó que la autonomía municipal implica la necesaria participación de los Entes Locales en el gobierno y administración de cuantos asuntos les atañen.

El desarrollo de la autonomía local se materializó en el artículo 2.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, en adelante LBRL[11], en el que expresamente se señala que « *para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas (…) deberá asegurar a los Municipios su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública que se trate y la capacidad de gestión de la Entidad Local*». Sin embargo, la LBRL no ofrece una lista formal de competencias locales, limitándose a una remisión a las leyes sectoriales, si bien el artículo 25.1 reconoce a los Entes Locales una genérica capacidad para promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal [12].

Ahora bien, del análisis de la CE y de la LBRL no se deduce que las Entidades Locales tengan atribuida ningún tipo de competencia en materia de política de empleo. Aun así, el papel desarrollado por los Entes Locales en esta materia es innegable y no se puede obviar que tanto el empleo como la promoción económica son asuntos que afectan directamente a los intereses propios de los Entes Locales, por lo que, de acuerdo, con lo establecido en el artículo 2 LBRL, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas deberían atribuirles competencias, de conformidad con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos [13].

---

[11] BOE 3.4.1985

[12] También, el artículo 3.1 Carta Europea Autonomía Local, de 15.10.1985, ratificada por España con fecha 20.01.1988, reconoce « *el derecho y la capacidad efectiva de los entes locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus* habitantes».

[13] Mercader Uguina, J. *Op. cit.*

El notable avance producido en la configuración del Estado de las Autonomías no ha tenido un reflejo equivalente en el siguiente escalón, es decir, en la Administración Local. Por ello, se torna imprescindible que el proceso descentralizador descienda ahora a los Entes Locales. Los municipios juegan cada vez un papel más importante en el esquema administrativo español, el papel de la Entidades Locales (por proximidad, cercanía y rapidez de respuesta ante los problemas) está suponiendo un nuevo concepto del papel de las Administraciones Locales, desde el entendimiento de una gestión proactiva y anticipativa a los cambios constantes. Las Entidades Locales han pasado en poco más de un cuarto de siglo, de la prestación de los servicios básicos contemplados en la LBRL (alumbrado público, saneamiento, abastecimiento de agua potable y pavimentación), a la prestación de servicios colectivos (cultura, deportes, salud, educación, etc.) y al desarrollo de los servicios personalizados e individualizados al ciudadano, desde el nuevo concepto de planificación estratégica del territorio (servicios sociales y desarrollo local) [14].

b) Ampliaciones en el diseño: La Ley de Empleo y la Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local

La aprobación de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, fue la respuesta normativa a las transformaciones del mercado laboral y a los cambios en el entorno político e institucional. El método tradicional de gestión estatal del mercado de trabajo había dado paso a planteamientos más descentralizados con transferencias de funciones y servicios para la ejecución de las políticas activas de empleo a las Comunidades Autónomas y la intervención de sujetos privados en la ordenación del mercado de trabajo. El marco legislativo vigente había demostrado su obsolescencia, por lo que se hacía necesaria una modernización de los servicios públicos de empleo; no obstante, la nueva Ley de Empleo operaba sobre una realidad preexistente que condicionó la originalidad o el alcance de sus soluciones [15].

Respecto a la dimensión local de la política de empleo, ésta es expresamente reconocida en la Ley de Empleo, concretamente en el artículo 4, conforme al cual, « *Las políticas de empleo en su diseño y modelo*

---

[14] Díaz-Cacho Campillo, L. *El nuevo papel de los municipios*. www.feprodel.org

[15] Por todos, Cavas Martínez, F. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo. En. *AS*, núm. 19, 2003; Luján Alcáraz, F. La Ley Básica de Empleo de 2003. En. *AS*, núm. 20, 2003; Montoya Melgar. Cristóbal Roncero, R. *Comentario a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*. Navarra: Civitas, 2004, p. 15 [*Ciertamente la preexistencia de servicios de empleo de las Comunidades Autónoma y la anticipación de las transferencias a éstas, han podido crear dificultades adicionales al proceso de integración del nuevo Sistema Nacional de Empleo que nace cuando ya están implantados tales servicios y realizadas dichas transferencias]*.

de gestión deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarlas a las necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen iniciativas de generación de empleo en el ámbito local». Este precepto ya ha sido objeto de críticas, en el Dictamen que el CES emitió sobre el Anteproyecto de la ley se consideraba que esta redacción era « *genérica e imprecisa»* [16].

La intervención de los Entes Locales queda, nuevamente, constreñida a la fase de ejecución de las medidas de empleo, mediante el recurso a la técnica convencional, llamada a ordenar las relaciones de colaboración que deban establecerse entre los Servicios Públicos de Empleo autonómicos y las Corporaciones Locales. Empero, la misma amplitud con la que la Ley de Empleo define la cooperación de la Administración Local en la política de empleo puede posibilitar la adopción de iniciativas entre las Comunidades Autónomas y los Entes Locales que avancen en esta estrategia coordinada.

Paradójicamente, el papel de los Entes Locales es reforzado desde todos los ámbitos: la UE señala que una de las líneas claves en la consecución del pleno empleo es la potenciación de la territorialización en las políticas de empleo. En España, esta directriz apareció como novedad en el PNAE del año 2000 y su inclusión ha sido constante desde entonces[17]. En esta dirección, y apartándose, en consecuencia, de la Ley de Empleo que opta por un reconocimiento más formal que real de los Entes Locales en el diseño de la política de empleo, el Plan Nacional de Empleo ha sido elaborado con la participación de Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, agentes sociales y representantes de la economía social y del tercer sector.

Finalmente, la aprobación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local pretende dotar a determinados municipios[18], de los instrumentos adecuados para que puedan dar respuesta a las demandas ciudadanas y a las profundas transformaciones sociales y económicas producidas en las últimas décadas. La nor-

---

[16] Dictamen 7/2002 sobre el anteproyecto de la Ley de Empleo. Madrid: CES, 2002, p. 8; también MOLINA HERMOSILLA. O. *La dimensión jurídica del Derecho de Empleo*. Sevilla: CARL; Mergablum, 2005, p. 267. Opinión contraria parece tener , SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. La dimensión local de la estrategia europea de empleo. Una aproximación desde la perspectiva de la legislación andaluza. En. *AS*, núm. 19, 2004, p. 2 [(…) *La ley 56/2003 es una clara prueba de cómo la legislación española se ha hecho eco de la creciente importancia que en la esfera comunitaria se atribuye a la estrategia local de empleo* (…)]

[17] Directriz 10 Plan Nacional Acción Reino de España.

[18] Artículo 121 Ley 57/2003. La Ley será de aplicación en: a) Los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes; b) Municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes; c) Municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas y d) Asimismo, a los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales.

ma propone conferir una mayor autonomía a determinados municipios que por su dinamismo y complejidad necesitan adecuar su régimen competencial y superar algunas de las carencias que presenta la LBRL. Varios son los aspectos que guardan relación con las competencias que estas Administraciones pueden llegar a desarrollar en el ámbito de empleo. Así, la Ley reconoce la relevancia de las funciones que han venido realizando los Entes Locales en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas, lo que nos enlaza directamente con la materia de empleo [19].

Este expreso reconocimiento va a suponer un nuevo impulso para el desarrollo de competencias locales en esta materia, lo que dará lugar al desarrollo de un mayor número de Pactos Locales en favor del empleo, si bien, el marco normativo nuevamente adolece de imprecisión ya que no llega a concretar de qué manera los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas deberían establecer los mecanismos de colaboración con las Administraciones Locales.

c) Instrumento básico: El Pacto Local

Desde la promulgación de la LBRL hasta la actualidad, se ha constado la insuficiencia de mecanismos y recursos de las Entidades Locales para hacer frente a las demandas ciudadanas. Con el objetivo de superar esta situación, el 24 de septiembre de 1996, la Federación Española de Municipios y Provincias, FEMP en adelante, aprueba un documento denominado «*Bases para el Pacto Local*», que refuerza la idea de que la Administración Local debe intervenir más activamente en el Estado Autonómico. En dicho acuerdo, se contienen una serie de criterios y vías para la articulación de las diferentes actuaciones encaminadas a una mayor profundización de la autonomía local [20].

La aprobación del Pacto Local supone un compromiso político con la descentralización de las Comunidades Autónomas hacia las Corporaciones Locales mediante un proceso de transferencias de competencias, personal y recursos. Se constata el papel de la Administración Local en la vida pública y se emprende una segunda descentralización, al constituir esta Administración el marco idóneo para el ejercicio de una serie de competencias que demandan una especial cercanía del ciudadano. En materia de empleo, el proceso de descentralización de competencias, incluido en un marco más amplio de Pacto Local, aún no ha sido culminado,

---

[19] Mercader Uguina, J. *Op. cit.*

[20] Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, (BOE 22.4.1999).

lo que de otro lado, no es de extrañar , habida cuenta de la complejidad y heterogeneidad del proceso.

La necesidad de adecuar y crear políticas que respondan a las características específicas de cada territorio ha de ser considerado como el fundamento de la regionalización de las políticas de empleo. La estrategia local desempeña un papel clave en el suministro de datos detallados sobre las necesidades del mercado de trabajo local. El objetivo último de esta descentralización es pasar «*del plano macrosocial en que se mueven las políticas actuales de empleo al plano microsocial de estrategia de desarrollo de las posibilidades subyacentes de empleo*» [21].

Esta transferencia de competencias puede verse claradamente definida en la Comunidad de Madrid. Concretamente, el artículo 38 del Estatuto de Autonomía de Madrid [22] prevé que la Administración autonómica pueda delegar funciones en los municipios, si así lo autoriza una Ley de la Asamblea, posibilidad que se ha materializado con la aprobación de la Ley 3/2003 [23], de 11 de marzo, para el Desarrollo del Pacto Local. Esta Ley se erige como el instrumento necesario para llevar a cabo esta segunda descentralización en la Comunidad de Madrid; el artículo 2.d) contempla específicamente el empleo como una materia que podrá ser objeto de transferencia o delegación a las Entidades Locales. Esta descentralización debe estar referida sustancialmente a la «prestación o ejercicio de las mismas, posibilitando que las Entidades Locales puedan seguir políticas propias en ejercicio de dichas competencias, y sin perjuicio de que la Comunidad siga manteniendo, cuando se considere conveniente las competencias de ordenación, planificación y coordinación generales».

En esta dirección, la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid [24] establece en su artículo 32 como competencia del Ayuntamiento de Madrid «las que transfiera o delegue la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 3/2003, de 1 1 de marzo, para el desarrollo del Pacto Local, en relación con los artículos 138 y siguientes de la Ley 2/2003, de 1 1 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid».

---

[21] RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. Política de empleo y dimensión territorial. En. *RL*, núm. 4, 1998, p. 5.

[22] Aprobado por la Ley Or gánica 3/1983, de 25 de febrero, y reformado por las Leyes Orgánicas 10/1994, de 24 de marzo, y 5/1998, de 7 de julio. Dispone en sus artículos 28.1.12 y 29.1 que corresponde a la Comunidad de Madrid la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral y la competencia de desarrollo legislativo y la ejecución de la enseñanza en todos sus niveles. Finalmente, en el artículo 26.3.1.1 del EEAA dispone que corresponde a la Comunidad de Madrid la competencia exclusiva en materia de ordenación y planificación de la actividad económica regional.

[23] BOE 29.5.2003.

[24] BOE 25.7.2006.

d) Las políticas activas de empleo impulsadas por los Entes Locales

El desarrollo de medidas activas de empleo realizadas desde la Administración Local se caracteriza por su diversidad y aunque no constituye el objeto del presente estudio, debemos citar, entre otras, las siguientes actuaciones: a) creación de agencias para el desarrollo local; b) contratación de agentes de empleo y desarrollo local (AEDL); o c) constitución de Servicios Integrados para el Empleo (SIPE). Todas estas iniciativas, con un encaje normativo más o menos deficiente, canalizan la actuación realizada por los Entes Locales en materia de Empleo.

Empero, donde más claramente se manifiestan las deficiencias del marco normativo vigente es en el sistema público de intermediación en el mercado de trabajo. A pesar de la incidencia de la Administración Local en esta materia, el legislador no incorporó a los servicios locales de empleo dentro del Sistema Nacional de Empleo. El artículo 5 de la Ley de Empleo sólo hace referencia al Sistema Nacional de Empleo, compuesto por el servicio público de empleo estatal y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas[25].

Pero, la necesidad de incrementar las tasas de intermediación laboral de los servicios públicos de empleo y de adecuar su estructura al mercado de trabajo podría favorecer la incorporación de los Entes Locales en el modelo público de gestión. Aunque, la Ley de Empleo no hace ninguna referencia a la participación de la Administración Local dentro de este sistema nacional de empleo, la conjunción del artículo 4 LE con el artículo 21 debe ser interpretado en el sentido de que la Administración Local puede actuar como «entidad colaboradora» y realizar funciones de intermediación laboral, siempre que se constituya como agencia de colocación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 del RD 735/1995, de 5 mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo [26].

En cambio, en otras materias, la Ley de Empleo y las leyes de creación de los Servicios Autonómicos de Empleo reflejan la posible participación de la Administración Local en la gestión de las políticas activas de empleo. Un buen ejemplo de esta cooperación se observa en la legislación de la Comunidad de Madrid, concretamente en el artículo 3.1 b) Ley 5/2001, de 3 de julio, que crea el Servicio Regional de Empleo [27]. En el mismo se establece como una función específica de este Servicio el diseño de programas de apoyo a las iniciativas generadoras de empleo promo-

[25] La aprobación del RD 1722/07, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en materia de ór ganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo (BOE 23.1.2008) confirma esta exclusión.

[26] BOE 8.5.1995.

[27] BOCM 11.7.2001.

viendo, en colaboración, con los Ayuntamientos, el desarrollo de Pactos Locales de Empleo. Para la articulación de esta colaboración, se prevé la formalización de acuerdos con cualquier persona jurídica, pública o privada, en este caso Entes Locales, cuyos objetivos y actividades sean de interés para el Servicio Regional de Empleo (art. 4 Ley 5/2001). La adopción de estos convenios será competencia de la Dirección del Área de Empleo, tal y como establece el artículo 4.ñ) Decreto 284/2001, de 27 de diciembre, por el que se aprueba la estructura del Servicio Regional de Empleo.

Aun así, las actuaciones que realizan los Ayuntamientos en materia de empleo siguen dependiendo excesivamente del resto de Administraciones. Actualmente, los Entes Locales no tienen un cauce efectivo de participación en el desarrollo de la Estrategia Europea de Empleo ni en su principal instrumento de aplicación: los Planes Nacionales de Acción para el Empleo. Su principal función sigue siendo la ejecución e implantación de las medidas activas de empleo, asumiendo una función vicarial respecto al resto de Administraciones.

2. El futuro: El empleo en el Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local

Como hemos visto, el marco normativo actual es insuficiente en cuanto a la participación de los Entes Locales en materia de empleo, por lo que resulta imprescindible adecuarlo. En esta línea, se mueve el Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local[28], en el que expresamente se reconoce como competencia municipal el « *desarrollo económico local*» —artículo 22.1 k)—. Del mismo modo, el artículo 24 del Anteproyecto establece que: « *al objeto de garantizar la elaboración y ejecución de políticas propias, corresponde a los municipios, en el marco que como mínimo fijen las normas con rango de Ley del Estado y de las Comunidades autónomas, la potestad normativa*» en una serie de materias, en la que expresamente se reconoce el « *empleo*» —artículo 24.1 k)—.

La evolución y consiguiente asunción de un mayor número de competencias por parte de las Comunidades Autónomas en materia de empleo ha tenido como consecuencia una paulatina regionalización de esta política. La transferencia de estas competencias supuso una importante apuesta por la descentralización y la materialización del principio de subsidiariedad, tan necesario para lograr una mayor eficacia en el diseño, gestión y puesta en marcha de las políticas públicas. Ahora es el momento de avanzar en una segunda descentralización que incorpore en la Estrategia de

[28] El texto puede consultarse en:
http://www.map.es/iniciativas/nueva_agenda_territorial/reforma_gobierno_local/parrafo/03/document_es/ANTEPROYECTO_DE_LEY_BASICA_DEL.pdf

Empleo a los Entes Locales. En esta dirección, una Resolución aprobada por la FEMP sobre el Empleo insiste en la necesidad de establecer « *fórmulas de colaboración estables y regladas que posibiliten la participación de los entes locales, a través de la FEMP, en el PNAE*» [29].

El reconocimiento constitucional de la autonomía de los Entes Locales para gestionar los intereses que les son propios exige avanzar en la idea de una corresponsabilización de todos los actores en esta segunda descentralización. Desde su origen, la actividad municipal ha estado condicionada por una excesiva dependencia financiera de las Administraciones Estatal y Autonómica. La actuación de los Entes Locales en el desarrollo de las políticas activas de empleo no puede hacerse sin contemplar mayores fuentes de financiación, que doten a la Administración Local de medios suficientes para articular una política integral de empleo.

La principal transformación pasa por la revalorización de la Administración Local como agente económico y por destacar su relevancia en el campo de la promoción económica. La legítima reivindicación de la Administración Local de participar y diseñar programas y recursos de empleo que van incidir directamente en el desarrollo de sus territorios debe ponerse en relación con la experiencia adquirida en esta materia. Los municipios canalizan un número creciente de demandas políticas y económicas, desarrollan iniciativas novedosas destinadas a ofrecer nuevas respuestas a los problemas de la colectividad y participan de la realidad socio-económica de sus respectivos territorios.

Esta actuación debe incardinarse en una política más amplia de promoción económica y social impulsada desde la Administración Local. Las corporaciones municipales no pueden seguir siendo únicamente gestores de programas procedentes de otras Administraciones, así como condicionar su actuación a la financiación recibida. La experiencia atesorada por las Entidades en la ejecución de programas de empleo hace necesario avanzar en la capacidad ejecutiva de la Administración Local; esta actuación podría materializarse en Planes Locales de Acción para el Empleo, de forma que se produzca una acción complementaria entre autoridades locales, regionales y estatales, tanto en la fase de definición como en la de implementación y ejecución.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Las Entidades Locales han adquirido un papel determinante en el desarrollo económico y el fomento del empleo. Por una parte, esta intervención es una consecuencia directa de las actuaciones de desarrollo local y de lucha contra el desempleo que se vienen realizando desde el ám-

[29] El texto de la Resolución puede consultarse en la siguiente dirección: *http://www.femp.es/index.php/femp/documentaci_n/resoluciones_de_la_asamblea*

bito municipal y, de otra, es la respuesta pública a una demanda social: los ciudadanos acuden a la Administración más cercana[30].

Pero, a pesar del extraordinario papel que juega la Administración Local en el desarrollo de las políticas de empleo, éste no está suficientemente reconocido, no solamente en cuanto a su escasa participación en el diseño y elaboración de políticas activas de empleo (relegada aquélla a un mero papel de implantación de estas medidas), sino también en lo que se refiere a la absoluta dependencia de recursos para ejecutarla. La Administración Local ha quedado, en consecuencia, relegada a participar exclusivamente en la fase de implementación de las políticas públicas de empleo (dimensión operativa), es decir, ni participa activamente ni de forma estable en las fases de elaboración y diseño de las mismas. Esta exclusión de las entidades locales en el proceso de construcción de la estrategia de empleo produce una clara disfunción: la administración local gestiona políticas y programas en los que no ha participado en su diseño y esto produce los típicos problemas de implantación [31].

Un aspecto clave para asegurar una correcta vertebración de un modelo coordinado de empleo, en el que intervienen cuatro administraciones: comunitaria, nacional, autonómica y local, debe asegurar la centralización de la información y coordinación de las estrategias, pero descentralizar la prestación de servicios. Este sistema exigiría la máxima coordinación institucional con el objetivo de favorecer la colaboración de los distintos agentes implicados. Para ello, las actuaciones en materia de empleo, diseñadas e implementadas desde la Administración Local, han de ser coherentes con los objetivos y prioridades marcadas en los PNAE y , asimismo, las Entidades Locales debe participar en el diseño y planificación de las estrategias de empleo impulsadas desde el resto de Administraciones.

Un presupuesto básico para la vertebración del modelo propuesto en esta comunicación es la coordinación entre las distintas Administraciones, y asumir que los protagonistas de la descentralización territorial en la gestión de las políticas activas de empleo son los servicios autonómicos de empleo. La experiencia demuestra que la Administración Local ha actuado con eficacia y eficiencia en la gestión de los Programas de Empleo. El marcado carácter localista de muchas de las políticas activas de empleo y el tipo de actuaciones que en este ámbito se promueven favorecen la optimización de los escasos recursos existentes. Por ello, los Entes Locales deberían tener más autonomía en la gestión de fondos y en la adaptación del conjunto de los instrumentos de la política de empleo a los mercados de trabajo locales [32].

---

[30] GEFFRE, X. *Descentralizar en favor del empleo*. Madrid: MTAS, 1990, p. 25.

[31] *In extenso,* CUESTA GARCÍA. R. *¿Apostamos en serio por el empleo desde lo local? www.feprodel.org*

[32] COM (2001) 629 final, 6.11.2001»*Fortalecimiento de la dimensión local de la estrategia europea del empleo*» p. 19.

Comunicación a la Ponencia Temática I

EL AGENTE DE EMPLEO Y DESARROLLO LOCAL: ACTOR Y DESTINATARIO DE POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

AMANDA MORENO SOLANA
Becaria de Formación e Investigación
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

I. EL AGENTE DE EMPLEO: UNA DE LAS FIGURAS «ESTRELLA» DEL DESARROLLO LOCAL.—II. EL CARÁCTER DUAL DEL AEDL: CREADOR Y RECEPTOR DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO.—III. EL AEDL COMO INSTRUMENTO DE ACTIVACIÓN EFICAZ DEL EMPLEO EN EL ÁMBITO LOCAL.–1. Promoción de proyectos y empresas. desarrollo del empleo a medio y lar go plazo. 2. Apoyo a la contratación. promoción del empleo a corto plazo.—IV . LOS AEDL COMO SUJETOS PASIVOS EN LA CREACIÓN DE EMPLEO.–1. El régimen jurídico de la contratación laboral de los AEDL: su complejo entramado normativo. 2. Significativos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la figura del AEDL: ¿más problemas que soluciones?—V. INFLUENCIAS DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL PUESTO DE LOS AEDL EN SU PROPIO DESARROLLO PROFESIONAL Y EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS.

I. EL AGENTE DE EMPLEO: UNA DE LAS FIGURAS «ESTRELLA» DEL DESARROLLO LOCAL

En un momento en el que las relaciones de poder se desplazan, el capital se torna global y el trabajo, local; la globalización presupone localización, es decir, una sociedad de servicios vinculada a un lugar concreto [1]. En este contexto, los municipios se convierten en las estructuras institucionales llamadas a canalizar las nuevas demandas políticas y económicas y a responder, en suma, a los problemas y exigencias de la colectividad. Y ello porque este ámbito permite una identificación más precisa y aproximada de buena parte de las necesidades sociales, pues, a mayor proximidad, hay también un mayor conocimiento de la realidad socio-económica en cada ámbito territorial, lo que permite además atender de un modo más ágil y directo las referidas necesidades [2].

Las estrategias de empleo constituyen un elemento central de la política social y de la propia política económica. Así lo ha puesto de manifiesto la propia Unión Europea en diversos documentos. Como señala el Dictamen del Comité de las Regiones de 10 de abril de 2003, «todos los puestos de trabajo se crean y desaparecen a nivel local» y , por ello, «los entes locales y regionales han de desempeñar un papel y asumir una responsabilidad esencial en la elaboración y aplicación de la estrategia de empleo». De manera rotunda, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo « *La Política de Cohesión y las ciudades: La contribución urbana al crecimiento y el empleo en las regiones»* [COM (2006) 385 final] señala que: «Las ciudades pueden adoptar iniciativas para la creación de puestos de trabajo y la lucha contra el desempleo a nivel local con el apoyo de las regiones y los Estados Miembros». En nues-

---

[1] BECK, U.: «Modelo: trabajo cívico», en AA. VV., *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización,* Barcelona, Paidos, 2000, p. 54.

[2] MERCADER UGUINA, J. R.: «El marco competencial de los Ayuntamientos en materia de empleo», en, I Seminario sobre Políticas de Empleo en el Municipio, *De lo global a lo local*, Agencia para el Empleo del Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 2006.

tro país, la Ley 56/2003 de Empleo recoge a los entes locales como uno de los actores importantes de la política de empleo puesto que, como ya hemos visto, la esfera local es la más cercana al ciudadano [3].

Las acciones locales suponen, de este modo, la potenciación de la territorialización de las políticas de empleo [4], cuya función se dirige a articular las diferentes formas de intervención de las distintas administraciones y los agentes relevantes en los diversos niveles territoriales [5]. Es, precisamente en este contexto y como una de las iniciativas más importantes, donde se hace imprescindible el estudio de la figura del Agente de Empleo y Desarrollo Local, en adelante, AEDL.

Aunque la nomenclatura AEDL es la que predominantemente se utiliza, existen otras denominaciones como: Agentes de Desarrollo Local en Asturias, Baleares y Cantabria, Técnicos Locales de Empleo en Galicia y Murcia o Promotores de Empleo en Murcia también y en Andalucía. En otras zonas, como La Rioja y Canarias, esta figura recibe el nombre de Agente de Desarrollo Rural, cuya labor es fundamentalmente la de desarrollo de las zonas rurales más deprimidas mediante la implementación de las políticas agroambientales, formación profesional agraria y turismo rural [6].

El AEDL, es uno de los grandes protagonistas del desarrollo local. Existen aproximadamente 3.470 agentes a nivel nacional que, distribuidos por Comunidades Autónomas, destacan entre las que mayor número tienen: Andalucía con 1.138, Comunidad Valenciana con 307 y Galicia con 347. El resto se encuentra por debajo de estos números, debido fundamentalmente al distinto nivel de implantación y consolidación del desarrollo local [7]. Nos hallamos ante un profesional, que, debido a su cercanía con el entorno municipal, se encar ga de la ejecución de las políticas

---

[3] Sobre la Ley 56/2003, de 16 de diciembre (BOE 17-12-2003) ver: C avas Martínez, F.: *El nuevo derecho del empleo. A propósito de la ley 56/2003, de 16 de diciembre de empleo,* AS, núm. 19, 2003 . En esta misma línea ver: L uján Alcarz, J.: *La Ley (básica) del Empleo de 2003*, AS, núm. 20, 2003.

[4] Rodríguez-Piñero, M.: *Política de empleo y dimensión territorial*, RL, núm. 4, 1998, pp. 4 y ss.

[5] Cristóbal Roncero, R.: Políticas de empleo de la Unión Europea, RMT AS, núm. 3, 2002, pp. 51-52.

[6] Sanchís Palacio, J. R.; Campos Climent, V.: *Inserción sociolaboral, Economía Social y desarrollo local. Estudio empírico sobre la realidad actual del Agente de Empleo y Desarrollo Local en España,* CIRIEC, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, núm. 52, 2005, pp. 289.

[7] Sanchís Palacio, J. R.: *El papel del Agente de Empleo y desarrollo local en la implementación de las políticas locales de empleo y en la creación de empresas en España. Estudio empírico y análisis comparativo ente CC. AA*, MTAS, Madrid, 2006, pp. 65-66. Un análisis igual puede verse también en: S anchís Palacio, J. R.; C ampos Climent, V.: *Inserción sociolaboral, Economía Social y desarrollo local. Estudio empírico sobre la realidad actual del Agente de Empleo y Desarrollo Local en España… op. cit*. pp. 294-295.

locales de empleo, centrándose especialmente en la inserción sociolaboral y el apoyo y orientación a empresarios y empresas.

A pesar de ser una figura que aparece en España, por primera vez, en 1986 [8], el AEDL está cobrando una significación importante en los últimos tiempos. En la actualidad, como veremos posteriormente, el AEDL tiene entre sus funciones la intermediación laboral que facilita a los empleadores perfiles profesionales adecuados a su empresa, así como la formación y orientación, ofreciendo todos aquellos recursos formativos existentes en el mercado de trabajo y la promoción del empleo por cuenta propia [9] motivando a los jóvenes para que creen sus propias empresas en la lógica de que, no sólo se encar guen del fomento de la oferta y la demanda de empleo, sino de la promoción del municipio en general.

Pero la importancia del AEDL no se agota en su faceta de intermediador, formador u orientador, sino que, a su vez, es receptor de las mencionadas políticas de empleo. La especial significación de esta figura radica en la virtualidad de ser a la vez actor y destinatario de las estrategias de empleo locales. Todo ello le otor ga una especial relevancia y proporciona, a su vez, interesantes pautas para su análisis. Creador y receptor de las políticas de empleo, su estudio proporciona un observatorio privilegiado para la adecuada comprensión de las transformaciones que vive en el momento actual la realidad local en una materia de tanta trascendencia en el desarrollo social y económico.

II. EL CARÁCTER DUAL DEL AEDL: CREADOR Y RECEPTOR DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

El AEDL como mecanismo de intermediación laboral de la Administración Local, se configura como personal contratado por las Entidades Locales cuya misión principal es la de colaborar en la promoción e implantación de las políticas activas de empleo, mediante la información, formación y detección de empleadores y potenciales empleados. Tal y como venimos señalado, esta figura manifiesta un indudable carácter dual en tanto creador y receptor de las políticas de empleo en el municipio. Esta doble dimensión de los AEDL plantea, a su vez, importantes problemas vinculados, en un caso, con los tipos contractuales y fuentes de financiación que permiten el desarrollo de su actividad y , en otro, con su

[8] Orden Ministerial de 21 de Febrero de 1986, artículo 1 1.4 «agentes de desarrollo, promotores de empleo o expertos de naturaleza análoga que tengan como función la de promover, desarrollar o asesorar iniciativas locales de empleo».

[9] Cantarero Sanz, S.; Campos Climent, V.; Sanchís Palacio, J. R.: *Un estudio sobre el perfil y las características del Agente de Desarrollo Local en la Comunidad Valenciana. Análisis comparativo con el resto de España,* Revista Valenciana de Economía y Hacienda, núm. 5, 2002, pp. 148.

función en la vertebración de las estrategias de empleo desarrolladas por ellos en tanto agentes dinamizadores de la actividad económica de dichas entidades.

Sabido es que las acciones de desarrollo local impulsadas principalmente por los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales en España se inician con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. El empleo, la mejora del rendimiento de la economía local y la adaptación profesional de los recursos son asuntos que afectan directamente al círculo de los intereses propios de las entidades locales. Con el AEDL se ven materializados y llevados a la práctica estos intereses para el desarrollo local. Éste, se materializa en un proceso de crecimiento y cambio estructural que afecta a una comunidad territorialmente definida y que se concreta en una mejora del nivel de vida de sus habitantes[10]. Por ello, es sumamente importante la dimensión territorial en materia de empleo. Las características que contribuyen a la diferenciación de un territorio con otro marcarán el camino de los individuos hacia la movilización laboral ya sea desde la perspectiva del empresario, ya sea desde la perspectiva del trabajador. La decisión de participar en el mercado de trabajo, el momento, las condiciones en las que esta decisión se produce, así como las formas de búsqueda de empleo, el sector económico al que el individuo se incorpora y las características de este empleo están fuertemente condicionadas por el entorno [11].

Es, por tanto, el conocimiento que el AEDL tiene sobre este entorno, tanto de la oferta del empleo, la demanda del mismo y las posibilidades que éste permite para el desarrollo de proyectos, empresas y negocios, lo que permitirá la implantación a nivel local de los objetivos que en materia de empleo se pretenden alcanzar . Es, en este momento, en el que queda subrayada la importancia y relevancia de esta figura como instrumento de dinamización del empleo a nivel local. La labor del AEDL, como veremos a continuación, se está convirtiendo en una herramienta muy importante con la que cuentan las instituciones locales, para favorecer el desarrollo económico y social de una zona determinada y crear mecanismos de tanta relevancia en la consecución de ese fin. Y ello, porque su característica más acusada se encuentra relacionada con su plena integración en la vida económica, jurídica y social de una localidad concreta. Esto determina que el AEDL se constituya en un verdadero especialista de la realidad local al conocer de forma directa los problemas económicos y de desarrollo de la zona, mantener una relación estrecha con la población de la zona y llevar a cabo una serie de acciones que per-

---

[10] Vázquez Barquero, A.: *Desarrollo local: una estrategia de creación de empleo*, Pirámide, Madrid, 1988.

[11] Miedes Ugarte, B.; Asensio Coto, M.ª J.: *La estructura de la oferta laboral en el mercado de trabajo local*, TL, núm. 69, 2003, pp. 1 18.

mitan ayudar a la población local a desarrollar las aptitudes necesarias y a adquirir la cualificación adecuada para crear y mantener nuevas oportunidades de empleo[12].

III. EL AEDL COMO INSTRUMENTO DE ACTIVACIÓN EFICAZ DEL EMPLEO EN EL ÁMBITO LOCAL

La Administración Local mediante or ganismos especializados, entre ellos los AEDL, capaces de alcanzar los resultados que la política de desarrollo local impone, se encar ga de determinar los problemas y oportunidades existentes y ayuda a los ciudadanos a adquirir las calificaciones y recursos necesarios para aprovechar estas oportunidades.

Respecto a las funciones que el AEDL tiene encomendadas, vienen establecidas expresamente en el artículo 8 de la Orden de 15 de julio de 1999, por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones públicas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificados como I + E. Entre ellas pueden citarse como funciones principales las siguientes: Prospección de recursos ociosos o infrautilizados, de proyectos empresariales de promoción económica local e iniciativas innovadoras para la generación de empleo en el ámbito local, identificando nuevas actividades económicas y posibles emprendedores; Difusión y estímulo de potenciales oportunidades de creación de actividad entre los desempleados, promotores y emprendedores, así como instituciones colaboradoras; Acompañamiento técnico en la iniciación de proyectos empresariales para su consolidación en empresas generadoras de nuevos empleos, asesorando e informando sobre la viabilidad técnica, económica y financiera y, en general, sobre los planes de lanzamiento de las empresas; Apoyo a promotores de las empresas, una vez constituidas estas, acompañando técnicamente a los mismos durante las primeras etapas de funcionamiento, mediante la aplicación de técnicas de consultoría en gestión empresarial y asistencia en los procesos formativos adecuados para coadyuvar a la buena marcha de las empresas creadas o cualquier otra que contribuyan a garantizar la misión principal del artículo 7.1 [13].

---

[12] Sanchís Palacio, J. R.: *El papel del Agente de Empleo y desarrollo local en la implementación de las políticas locales de empleo y en la creación de empresas en España. Estudio empírico y análisis comparativo ente CC. AA… op. cit*., pp. 27-28.

[13] Orden 15 de julio de 1999 (BOE 31-7-1999), artículo 7.1: « Los agentes de empleo y desarrollo local se configuran como trabajadores de las corporaciones locales o entidades dependientes o vinculadas a una Administración local que tienen como misión principal la colocación en la promoción e implantación de las políticas activas de empleo relacionadas con la creación de actividad empresarial, desarrollándose dicha colaboración en el marco de actuación conjunta y acodada de la entidad contratante y el Instituto Nacional de Empleo»

No obstante, no debemos olvidar que la normativa autonómica también recoge las funciones del AEDL en cada Autonomía, que, en general, no varían en gran medida de lo establecido en la orden estatal. Sin embargo, podemos observar, que la normativa reguladora de las unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico de Andalucía[14] establece un elenco de funciones no tan genéricas concretando, por ejemplo, el apoyo a la tramitación administrativa o la colaboración con los municipios consorciados. En esta misma línea podemos ver la norma reguladora de las líneas de actuación en materia de desarrollo y empleo local en el ámbito de la comunidad autónoma de Extremadura [15]. O, por el contrario, la normativa de Cataluña que no recoge las funciones del llamado agente de ocupación y desarrollo local, con lo que deberemos acudir a lo establecido en la normativa estatal [16].

Con el objeto de simplificar para entender mejor la importancia del órgano objeto de nuestro estudio, vamos a centrar sus funciones en dos grandes áreas: a) Apoyo a la creación y desarrollo de empresas locales mediante el trabajo con emprendedores, grupos de promotores y empresarios y b) Apoyo a la contratación de trabajadores, en especial, de los grupos con mayor riesgo de exclusión, mediante la elaboración de itinerarios, de inserción cursos de formación, asesoramiento, etc.

1. Promoción de proyectos y empresas. Desarrollo del empleo a medio y largo plazo

De entre las actividades más importantes de los AEDL debemos destacar la creación de empresas y gestión de proyectos. Por un lado, identifican y evalúan proyectos que se les presentan. Para ello, pueden gestionar el proyecto obteniendo información necesaria del entorno y las posibilidades de desarrollo de la idea, asesoran a los promotores y realizan un seguimiento y control del plan. Por otro, pueden ser ellos mismos los que recogen, elaboran y difunden información sobre el entorno, con el fin de identificar emprendedores locales que tiendan a optimizar el sistema productivo y la calidad de vida local. Para ello, facilitarán la conexión de estos emprendedores con las instituciones y or ganizaciones que permiten la adecuada puesta en marcha de estos proyectos. Los colectivos de personas con los que trabaja

[14] Orden de 21 de enero de 2004 (BO Junta de Andalucía 3-2-2004) actualizada por Resolución de 20 de noviembre de 2006.

[15] Decreto 110/2002, de 23 de julio (DO Extremadura 30-7-2002).

[16] Orden TRI/125/2006, de 17 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a programas para el desarrollo local y la ocupación en colaboración con entidades locales (DO Generalitat de Catalunya 30-3-2006), Disp. Adic: «Todo aquello que no esté en esta Orden se regirá por la resolución de convocatoria correspondiente y las disposiciones estatales y europeas que sena de aplicación en relación con el desarrollo de estos programas».

el AEDL son en su mayoría emprendedores y empresarios por un lado, y desempleados por otro. Junto con el cumplimiento de la función de apoyo a la creación de empresas y promoción de proyectos se da cumplimiento también a la promoción del autoempleo. Respecto a las empresas, los estudios estadísticos demuestran, y ello es lógico, que la mayoría de las empresas con las que el AEDL trabaja son PYMEs o microempresas.

Muy unida a esta función, los agentes tienen otra que da cumplimiento al artículo 8.a) de la Orden de 15 de Julio de 1999. Se trata en este caso de la estimulación del conocimiento, utilización y desarrollo del potencial de desarrollo local mediante la promoción del asociacionismo local, la autoorganización y la dinamización. Para ello, se deberá participar activamente con las distintas organizaciones del territorio[17].

2. Apoyo a la contratación. Promoción del empleo a corto plazo

Esas funciones que permiten el avance y la potenciación de las entidades locales van a suponer un impulso del empleo a nivel local. Pero no sólo desde la promoción de proyectos y empresas los AEDL desarrollan su función de intermediación laboral, sino también de una forma más directa facilitan a los empleadores perfiles profesionales adecuados a sus empresas. Junto a estas tareas, llevan a cabo el asesoramiento, servicios de información, tramitaciones y muy especialmente la gestión de formación y de cursos, ofreciendo todos aquellos recursos formativos existentes en el mercado de trabajo.

IV. LOS AEDL COMO SUJETOS PASIVOS EN LA CREACIÓN DE EMPLEO

1. El Régimen jurídico de la contratación laboral de los AEDL: su complejo entramado normativo

El AEDL como persona contratada, es susceptible de ser sujeto pasivo de las políticas que en materia empleo se suscitan. Por ello, a continuación vamos a ver el marco normativo en el que se insertan así como los problemas que ello ha derivado y los que previsiblemente van a continuar .

Estos Agentes son contratados de forma mayoritaria por los Ayuntamientos siendo la contratación por obra o servicio la más utilizada [18]. Por ello, la característica de la temporalidad de este puesto de trabajo es fun-

---

[17] SANCHÍS PALACIO, J. R.: *El papel del Agente de Empleo y desarrollo local en la implementación de las políticas locales de empleo y en la creación de empresas en España. Estudio empírico y análisis comparativo ente CC. AA… op. cit*., pp. 154-157.

[18] Sobre los contratos temporales ver: MERCADER UGUINA, J. R.: *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Ver tam-

damental en su definición e incomprensible desde la óptica teleológica de la figura.

El comienzo de la relación laboral entre el AEDL y el organismo local que lo contrata depende de la subvención procedente mayoritariamente de la administración autonómica y en menor medida del Servicio Público de Empleo (antiguo INEM). Como regla general, aunque no en todos los casos, como Cataluña y la comunidad Valenciana donde una gran parte de los AEDL son contratados fijos funcionarios, la contratación temporal por obra o servicio es la más utilizada en casi todas las comunidades autónomas. La subvención es el recurso que mayoritariamente se utiliza, la entidad financiadora suele ser el or ganismo autonómico correspondiente, aunque esto variará en función del momento en el que se hayan producido las transferencias de competencias en materia de empleo a las autonomías y por último la entidad que realiza la contratación de los agentes son en su mayoría las administraciones locales [19].

En la Orden Ministerial de 15 de julio de 1999, sobre concesión de subvenciones públicas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificados como I + E [20], se regulan los Agentes de Empleo y Desarrollo Local. Esta orden establece no sólo el concepto y las funciones del AEDL, sino también los criterios para la selección y contratación así como el procedimiento para la solicitud, concesión y prórroga de las subvenciones.

En cuanto a la determinación del régimen laboral del AEDL, el artículo 10 establece que el entonces Instituto Nacional de Empleo (actual Servicio Público de Empleo Estatal - SPEE) abonará hasta el 80 por 100 de los costes laborales totales del AEDL, por un periodo de un año prorrogándose la misma por periodos anuales con un máximo de cuatro años. Si esto lo ponemos en relación con el artículo 9.2 de la mimas Orden según el cual «los agentes seleccionados serán contratados a tiempo completo por la corporación local o entidad dependiente o vinculada mediante la modalidad contractual más adecuada, de acuerdo con la normativa vigente» entendemos la razón por la que la utilización del contrato laboral temporal, y muy especialmente el contrato por obra o servicio, ha sido la modalidad con-

---

bién en un sentido más teórico SEMPERE NAVARRO, A. V.; LUJÁN ALCARAZ, J.: *El RD 2720/1998 sobre contratos de duración determinada,* AS, Vol. V, 1998; GARCÍA NINET, J. I.: *El contrato para la realización de obra o servicio determinado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Habrá que tener en cuenta la reforma laboral de 2006: Real Decreto ley 5/2006, de 9 de junio para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 14-6-2006) que entre otros, modifica el artículo 15.

[19] SANCHÍS PALACIO, J. R.: *El papel del Agente de Empleo y desarrollo local en la implementación de las políticas locales de empleo y en la creación de empresas en España. Estudio empírico y análisis comparativo ente CC. AA… op. cit*., pp. 142-143.

[20] Orden de 15 de julio de 1999 (BOE 31-7-1999) modificada por la Orden TAS/49/2005, de 14 de enero (BOE 22-1-2005).

tractual elegida por la mayoría de las entidades locales que ha contratado AEDL[21]. Así el 88 por 100 de los AEDL contratados tienen una relación laboral temporal de los cuales el 54 por 100 son por obra o servicio [22].

No obstante, la Orden de 15 de julio de 1999, en su Disposición Adicional Primera da cabida a normas autonómicas para que regulen la contratación y subvención de los AEDL dentro de su propio ámbito y en función de las especificidades de cada Comunidad Autónoma. En este sentido, hemos de destacar la Orden de 26 de septiembre de 2002 de Galicia por la que se regulan las ayudas y subvenciones para la contratación de técnicos locales de empleo [23] cuyo sistema de contratación recoge algunas diferencias: a) la subvención que cubre los costes de la contratación del los AEDL no sólo se realiza durante los cuatro primeros años, sino que se extiende a lo lar go del tiempo, sin establecer límites, aunque la cuantía de la misma disminuye desde el quinto año (art. 2 y 3); b) se prevé la posibilidad de realizar contratos a tiempo parcial (art. 5 *in fine);* c) nada se dice sobre la utilización de la modalidad contractual más conveniente. Esta configuración normativa, permite una contratación más estable por parte de los or ganismos locales, puesto que, aunque desde el sexto año la cantidad subvencionable sólo es del 30 por 100 de los costes laborales totales, esta sigue actuando como incentivo al mantenimiento del contrato del AEDL. En un sentido parecido, sigue la norma reguladora de los programas para el desarrollo local de Cataluña, cuya Orden TRI/125/2006, de 17 de Marzo[24] establece que las acciones subvencionadas (los costes laborales anuales de los agentes de ocupación y desarrollo local (AODL)) se podrán conceder por el periodo de un año y se prorrogará por periodos anuales (art. 19) sin establecer un límite máximo, pero previo cumplimiento anual, eso si, de los criterios de otor gamiento que también se fijan en la mencionada norma (art. 21). En último lugar , hemos de mencionar por su especial configuración, la realidad de los AEDL en la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Orden de 21 de enero de 2004[25], actualizada respecto al AEDL con la Resolución de 20 de Noviembre de 2006, establece las bases para la concesión de ayudas públicas. En Andalucía, los agentes locales de promoción y empleo quedan adscritos a una institución que se denomina Unidad Territorial de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT). Con ello, lo que se pretende es la creación de un entramado or ganizacional local que permita, en-

---

[21] Calvo Gallego, F. J.: *Políticas activas de empleo, subvenciones y contratación temporal: el caso de los agentes de empleo y desarrollo local*, TL, núm. 83, 2006, pp. 199.

[22] Para ver un estudio estadístico detallado del perfil laboral del Agente de empleo y desarrollo local: Sanchís Palacio, J. R.: *El papel del Agente de Empleo y desarrollo local en la implementación de las políticas locales de empleo y en la creación de empresas en España. Estudio empírico y análisis comparativo ente CC. AA… op. cit*., pp. 242-251.

[23] Orden de 26 de septiembre de 2002 (DO Galicia 4-1 1-2002).

[24] Orden TRI/125/2006, de 17 de Marzo (DO Generalitat de Catalunya 30-3-2006).

[25] Orden de 21 de enero de 2004 (BO Andalucía 17-2-2004).

tre otras cuestiones sobre las que tienen competencia, un completo asentamiento profesional de los AEDL y una dotación adecuada de medios y recursos para que puedan desarrollar sus funciones. En este contexto, los Agentes locales de promoción de empleo, tienen como misión principal colaborar en la acciones de fomento del empleo y promoción del desarrollo local en el ámbito de algunos de los municipios miembros de los consorcios de UTEDLT. Los agentes son contratados por estos consorcios. No obstante la subvención en estos casos tendrá el mismo límite temporal que el que está establecido por la orden estatal. En cuanto al resto de las regulaciones autonómicas en esta materia, siguen la misma línea que la Orden de 15 de julio de 1999. Aunque establecen procedimientos de solicitud, tramitación, aprobación y pago de las subvenciones más específicos, como es el caso de Madrid[26], la definición tácita del perfil laboral-temporal de los AEDL se mantienen en todas las normas.

Parecía que una modificación de la Orden de 15 de julio de 1999 conllevaría a una mejora de las condiciones laborales de los AEDL. Sin embargo, la Orden TAS/49/2005 de 14 de enero [27] que modifica el apartado 3 del artículo 10, tan sólo admite la posibilidad de una nueva contratación mediante subvención del mismo AEDL pero por distinta Corporación Local o entidad dependiente o vinculada. Consecuentemente, con esta modificación tampoco se consigue la estabilidad del empleo de los AEDL, puesto que transcurridos cuatro años, tendrá que realizar las mismas o parecidas funciones pero en un lugar distinto y mediante un nuevo contrato dependiente de la nueva subvención.

Por otro lado, podríamos plantearnos la virtualidad de la orden estatal que regula estas subvenciones en cuanto que la regulación normativa actual establece para cada Autonomía su sistema propio de concesión de ayudas y subvenciones destinadas al desarrollo local y concretamente a la contratación de AEDL. En cualquier caso, el proceso de transferencias de competencias determinará su existencia. No obstante, podría mantenerse su vigencia ya que, como hemos podido observar, hasta el momento, la normativa que se ha venido aprobando a nivel autonómico reproduce el mismo modelo de financiación y contratación que en su momento estableció el INEM (actual SPEE).

2. Significativos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la figura del AEDL: ¿Más problemas que soluciones?

Las características del AEDL como contratado laboral por la Administración Pública, nos permiten el planteamiento de la existencia de posibles irregularidades en torno al mismo. Para ello, si acudimos a la ju-

[26] Orden 3036/2006, de 29 de diciembre (BOCM 26-1-2007).
[27] Orden TAS/49/2005, de 14 de enero (BOE 22-1-2005).

risprudencia del TS sobre la improcedencia de los despidos en supuestos similares en los que los contratos dependían de subvenciones, podemos observar un cambio de tendencia en la misma, respecto al reconocimiento de la ilicitud de este tipo de contratos temporales.

En un primer momento, se pensó que el desarrollo de una actividad vinculada a un determinado presupuesto para su financiación debería ser considerada actividad temporal, de forma que las contrataciones laborales también podrían serlo. Con este planteamiento y sobre todo en el ámbito de las administraciones públicas donde muchas de las tareas están vinculadas a ayudas o presupuestos, cualquier actividad podía ser susceptible de ser desarrollada por trabajadores con contratos temporales [28]. Sin embargo, se produce en años recientes un cambio de línea jurisprudencial unida a la reforma laboral del año 2001 [29]. En ella se introduciría el vigente apartado e) del artículo 52 ET estableciéndose una nueva causa de despido objetivo[30].

Ante este marco normativo aparecen resoluciones judiciales con una orientación doctrinal algo distinta. En este sentido podemos destacar la STS 19-3-2002 (R.º 1251/2001). El Tribunal entiende en la misma que *: «En todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas (…) Pero del carácter anual del Plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian…».* Podemos destacar una de las más recientes sentencias que mantienen esta fundamentación. Se trata de la STS 8-2-2007 (R.º 2501/2005) en la que la demandante es cuidadora de enfermos de esclerosis y trabaja para una Asociación perteneciente a Castilla y León que además anualmente le otorga una subvención. A la trabajadora se le extingue su contrato, que era por obra o servicio, en virtud de la finalización de las subvenciones y el Tri-

---

[28] Sempere Navarro, A. V.: *Contrato eventual ligado a la subvención pública para nueva actividad y sucesivas vinculaciones temporales. Comentario a la STS de 5 de mayo de 2004*, AS, núm. 18, 2004.

[29] RD Ley 5/2001 de 2 de marzo, (BOE 3-3-2001). Sobre la contratación de los agentes de empleo, ver detenidamente C alvo Gallego, F. J.: *Políticas activas de empleo, subvenciones y contratación temporal: el caso de los agentes de empleo y desarrollo local*, TL, núm. 83, pp. 193-208.

[30] Artículo 52 e) ET : «El contrato podrá extinguirse por: en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias anuales consecuencias de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate»

bunal Supremo entiende que se trata de un despido improcedente: « *aun partiendo de la hipótesis no discutida en este recurso de que estamos ante un contrato de obra o servicio, lo que constituiría el objeto del contrato sería la actividad de educación permanente desarrollada, que es a la que queda referida la contratación como servicio susceptible de una determinación temporal, que opera de manera cierta en cuanto a su terminación cuando finalice su financiación no permanente a través de las correspondientes aportaciones (»certus an»), pero incierta en cuanto al momento en que esa terminación ha de producirse (»incertus quando»)…»*.

Nos encontramos, por tanto, ante una doctrina aplicable en toda su extensión al supuesto que nos ocupa. Por ello, en esta línea, y como era de esperar, las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia ya se han pronunciado respecto a la contratación indefinida o temporal de los AEDL. Entre ellas vamos a destacar la STSJ Canarias 25-10-2002 (R.º 546/2002) en la que el tribunal ar gumenta que: *Las funciones descritas como objeto de ambos contratos de trabajo son de tal extensión y complejidad que podemos afirmar que comprenden una gran parte de la actuación general y ordinaria de cualquier Corporación Local la trabajadora demandante ha de hacer prácticamente de todo y por lo tanto pierden la eficacia justificadora de la temporalidad fin esencial de la necesidad de individualización del objeto del contrato. (…). Tales tareas en sí mismas consideradas podemos decir que son tareas de duración indefinida en el tiempo que los Entes Locales tienen que prestar indefectiblemente, por lo cual no se ha acreditado la vinculación de la actora a programas concretos y específico, con sustantividad propia respecto a la gestión administrativa habitual y de duración determinada en el tiempo, estando sus tareas vinculadas a la gestión en general de los cometidos municipales, lo que no constituye una obra o servicio con sustantividad propia y de naturaleza temporal, puesto que tales generales funciones se han de mantener de forma indefinida, no estando su propia existencia y viabilidad condicionada a la disponibilidad de financiación finalística específica de origen externo a la Entidad Local…»*. Por ello, no se justifica el carácter temporal de los contratos con el carácter temporal de las subvenciones.

Las consecuencias de esta situación, teniendo en cuenta la normativa y la aplicación de la misma por nuestros jueces, sin embar go, no son tan benévolas, ya que el carácter temporal del puesto de trabajo de los AEDL sigue manteniéndose como característica fundamental de los mismos. Con el cambio de normativa y el cambio de línea jurisprudencial —aunque según el TS no se trata de un cambio de doctrina sino de una continuidad sin alteración— ahora el contrato del AEDL se denomina indefinido pero sigue estando sujeto a las subvenciones, de forma cuando esta finaliza el contrato puede extinguirse, eso sí, se tratará en este caso de una extinción por causas objetivas con lo que los efectos no serían los mismos puesto que ahora aplicaremos el artículo 53 ET .

V. INFLUENCIAS DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL PUESTO DE LOS AEDL EN SU PROPIO DESARROLLO PROFESIONAL Y EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS

Según el panorama normativo y jurisprudencial que en la actualidad se está desarrollando en torno al AEDL, la realización de contratos temporales quedaría prohibida no sólo por la inexistencia de causas habilitantes para ello, sino porque, como bien ha establecido el Tribunal Supremo, no nos encontramos ante una actividad de carácter temporal, sino permanente. Ahora bien, esto lleva a la obligatoriedad por parte de la Administración Local de formalizar contratos de carácter indefinido pero ficticio, ya que podrán ser extinguidos en todo caso por causas objetivas, entre las que se encuentra la insuficiencia de la subvención para el mantenimiento de los mismos, según se desprende del artículo 52 e) ET [31]. Si esto lo unimos al actual artículo 10.3 de la Orden 15 de julio de 1999, podría celebrarse con el mismo AEDL un nuevo contrato indefinido cuando finaliza la subvención correspondiente a su contratación, pero cuando la entidad contratante sea diferente. Esto nos lleva a pensar en la existencia de una nueva situación contractual: la sucesión de contratos indefinidos dependientes de una subvención pública.

Siendo este el escenario en el que se mueve el AEDL, la inestabilidad de su empleo supone un grave condicionante para un inadecuado desarrollo de sus funciones. Sin embar go, es curioso cómo la normativa tanto estatal como autonómica prevén la necesidad de garantizar la adaptación de los AEDL cuando se incorporan a las Corporaciones Locales o entidades dependientes o vinculadas a las mismas [32] y en cambio no se prevea la continuidad en el trabajo para un mejor desenvolvimiento de las tareas. En este sentido, también parece incoherente que se establezca

---

[31] Cavas Matínez, F.: *El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación*, RMTAS, núm. 58, 2005, pp. 125: «De este modo la administración empleadora se asegura que en determinadas circunstancias económicas procederá la finalización del contrato con la indemnización reducida respecto del improcedente, al tiempo que se deslegitima cierta doctrina jurisprudencial que venía admitiendo sistemáticamente la celebración de contratos para obra o servicio vinculados a la ejecución de planes o proyectos concretos, pendientes de finalización anual, en el sector público»

[32] Todas las normas que regulan la concesión de subvenciones para la contratación de Agentes de Empleo y desarrollo local o para la realización de otros programas de iniciativas locales prevén en su articulado la necesaria adaptación de los AEDL. A modo de ejemplo podemos ver: Orden de 14 de Marzo de 2006 de Murcia que aprueba las bases reguladoras de las subvenciones destinadas al fomento del desarrollo local (BO Murcia 10-4-2006) en cuyo artículo 23 establece: «Las Corporaciones Locales o entidades dependientes o vinculadas a las mismas garantizarán la adaptación de los Agentes a sus puestos de trabajo mediante la impartición de la metodología y de cuantas técnicas sean necesarias para el mejor desarrollo de sus funciones»; Decreto 1 10/2002, de 23 de julio de Murcia por el que se establecen las bases reguladoras de diversas líneas de actuación en materia de empleo y desarrollo local (DO Extremadura 30-7-2002) en cuyo artículo 12 establece que: «Las Corporaciones Locales o entidades dependientes o vinculadas a las mismas garantizarán la adap-

la necesidad, de que el AEDL adquiera una formación[33] adecuada y completa de la zona en la que va a trabajar , una vez que forma parte de la plantilla, si después de un tiempo, en la mayoría de los casos cuatro años (ya que esta es la duración máxima de la subvención) dejará de ser trabajador de la entidad local correspondiente. En esta misma línea, si decimos que el AEDL es una figura clave para el desarrollo local ya sea mediante la creación y gestión del empleo, ya sea mediante la promoción del autoempleo para el fortalecimiento de PYMEs y el impulso de nuevas empresas, se hace imprescindible la continuidad en la gestión y control de esos proyectos y estudios por parte del mismo AEDL.

El fomento de la contratación indefinida «real» es imprescindible en un ámbito como el que nos encontramos. Una modificación normativa, en la línea de la que plantea Galicia o Cataluña puede ser un primer paso para conseguir, por un lado, la estabilidad en el empleo de los AEDL en su papel de sujeto pasivo o receptor de políticas de empleo, y por el otro la eficacia en el desarrollo de su funciones como sujeto activo o creador de políticas de empleo.

---

tación de Agentes a sus puestos de trabajo mediante la impartición de la metodología y de cuantas técnicas sean necesarias para el mejor desarrollo de sus funciones. Con el fin de garantizar la formación y actualización permanente de los Agentes de Empleo y Desarrollo Local, el SEXPE or ganizará, con medios propios o ajenos, las actuaciones necesarias para su cumplimiento además de facilitar regularmente información sobre normativas, desarrollo de Planes y otras cuestiones que se consideren de interés».

[33] Sobre la formación de los Agentes de empleo y desarrollo local ver: F OREM.: *Estudio de necesidades de formación de agentes de desarrollo local y figuras afines*, Secretaria Formación y Cultura de la C. S. de CC. OO, 2000, en formato electrónico: www .forem.es

Ponencia Temática II

LAS POLÍTICAS SELECTIVAS DE EMPLEO

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y EL TÉRMINO «POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO».—III. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO: UNA DELIMITACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.—IV. LAS POLÍTICAS ACTIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: UNA PANORÁMICA DESDE SU «SELECTIVIDAD».–1. La intermediación laboral: la necesidad de rediseñar el sistema de gestión del de trabajo. 2. La formación profesional como presupuesto de la empleabilidad. 3. Una versión clásica de las políticas activas y selectivas: La creación y el fomento del empleo.—V . A MODO DE RESUMEN.

I. INTRODUCCIÓN

Para empezar un trabajo como éste se hace preciso, antes que nada, un acotamiento del tema que permita señalar los límites de su extensión. En esta línea parto de entender por medidas selectivas de empleo a una parte de las políticas activas de empleo que no tienen como solo y exclusivo objeto propiciar la reinserción laboral de los trabajadores desempleados. Compartiendo con todas las demás este rasgo básico, en las medidas selectivas incide un elemento más: la búsqueda de un objetivo adicional en el proyecto de incentivo, que abarque a colectivos de personas que tienen dificultades especiales para acceder al mercado de trabajo por causas diversas —y diversificables a lo lar go del tiempo, pues no son nuevas en puridad—. En ellas concurre, pues, no sólo la finalidad de activar y asegurar el funcionamiento del mercado de trabajo, sino también la de hacerlo más eficiente, más «inclusivo», y , en casos extremos, propiciar la entrada al mercado de sujetos excluidos a nivel social y no sólo económico. Por esta complejidad estructural presentan problemas específicos que no son propios de otras políticas activas. Presentan problemas de técnica de activación, que no puede limitarse a la general o generales que se apliquen al resto de los trabajadores desempleados, desde la formación específica a los tratamientos preparatorios a la inserción, desde el seguimiento individualizado de los servicios de empleo hasta el incentivo económico. Pero también presentan cuestiones incluso de índole constitucional, si se tiene en cuenta que estas medidas suelen tener como destinatarios a colectivos que, además de no tener empleo, son discriminados por otras causas, dada su especial vulnerabilidad. Por eso la implantación de medidas selectivas puede ser una herramienta indispensable en un programa adecuado de lucha contra la discriminación y de incentivo de la participación social de los individuos y grupos a los que se dirigen.

Lo que sucede es que la preocupación real por el empleo de los colectivos desfavorecidos se manifiesta en toda su entidad en un momen-

to posterior del desarrollo de las políticas de empleo por motivos diversos. En primer lugar, por la necesidad de aprovechar el capital humano de los distintos países, desperdiciado con bajas tasas de ocupación de ciertos trabajadores que integran esos colectivos (y las mujeres y los trabajadores mayores son una perfecta muestra de ello), de ahí que se dé la paradoja de que se les considera desfavorecidos pero se sucedan medidas en su favor para incrementar una tasa de ocupación necesaria en el marco del envejecimiento de la población, y la experiencia comunitaria es una perfecta muestra de esta orientación. Pero también inciden en la preocupación por estos colectivos la necesidad de hacer más «inclusivos» (término de la UE) los mercados de trabajo, integrando en ellos a grupos de trabajadores que, de no mediar la normalización del trabajo, se encuentran en deriva hacia situaciones de exclusión social. Y la necesidad de que se disfrute en pleno de los derechos de ciudadanía en el marco de un Estado que del «welfare» está derivando hacia el «workfare».

En este momento, creo, la política selectiva *per se* deja paso a la orientación selectiva de políticas ordinarias de empleo, en las que figuran como parte de la visión integrada que de las mismas se va abriendo paso en el panorama internacional.

Es decir, tomada nota de estas situaciones, las políticas estrictas de fomento del empleo no desaparecen en relación con los trabajadores desfavorecidos, pero en los países más avanzados en materia de política de empleo se las hace convivir con otras políticas destinadas a integrar a los colectivos en el mercado de trabajo sobre la base de ayudarles a combatir los elementos que los han hecho diferentes y los han expulsado del mercado de forma invariable. En este momento, las orientaciones selectivas —más que las políticas selectivas— pasan a ser un elemento más de las políticas activas de empleo, de todas ellas, que reservan aspectos de las mismas para estos colectivos desfavorecidos, por eso en la actualidad el análisis de estas orientaciones debe realizarse en el seno de una panorámica de las políticas activas de empleo.

II. LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y EL TÉRMINO «POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO»

Aunque puedan hallarse ejemplos de políticas pasivas orientadas a cubrir necesidades específicas de cierto tipo de trabajadores desempleados, hay que convenir en que la sede habitual para analizar lo que se conoce como políticas «selectivas» es el marco de las políticas activas de trabajo, así se ha desprendido de los documentos internacionales más relevantes en la materia, y de la propia experiencia histórica entre nosotros.

En efecto, sólo las políticas activas poseen la maleabilidad suficiente para acoger las particulares necesidades de ciertos grupos de trabajadores que presentan una especial dificultad para acceder al mercado de trabajo y para permanecer en él. Por ello, antes de abordar con mayor detalle el desarrollo de las políticas selectivas en sentido estricto, es preciso perfilar en el marco en que más naturalmente se encuadran: el marco de las políticas activas.

a) La OCDE y la Estrategia para el Empleo

Es difícil señalar el momento en que debe comenzarse un estudio dedicado a las políticas activas de empleo, dado que, como se ha puesto de relieve, la noción no es nada nueva, comenzando a emplearse en los países nórdicos y en USA ya en la década de los 60 [1], y restos más o menos evidentes se encuentran en nuestro país en los años 70 [2]. Por eso, quizás, no sería demasiado arbitrario iniciar el análisis en torno a 1994, en que se elaboran las Estrategias de empleo de la OCDE generando un concepto y una dinámica que ha sido seguida por otras or ganizaciones internacionales relevantes en materia laboral.

Resulta notable esta orientación en un contexto en que el Derecho del Trabajo común se or ganizaba sobre bases muy diferentes. En palabras de la Comisión de la Unión Europea, «la finalidad inicial del Derecho laboral era paliar las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral. Desde un principio, el Derecho laboral ha buscado definir la situación del empleo como principal factor generador de distintos derechos. Este modelo tradicional se basa en varios supuestos clave. En concreto: i) un empleo permanente a tiempo completo; ii) unas relaciones laborales regidas por el Derecho laboral, en torno al contrato de trabajo; y iii) la existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores» [3], dicho sea salvando las prácticas y tradiciones de los distintos países, no del todo concurrentes.

Por ello, porque el centro de mira es el contrato, la celebración de un nuevo contrato y la compensación por la pérdida del anterior , lo que hoy conocemos como derecho del empleo no podía decirse que se hubiera consolidado, manifestándose fundamentalmente en la mediación insti-

---

[1] Alujas Ruiz, J. A.: «Políticas activas de mercado de trabajo en España», CES, Madrid 2003, págs. 13 y ss.

[2] Recuérdese el fino análisis de O jeda Avilés sobre algunas de estas medidas de fomento del empleo haciendo referencia al «fin de un principio» («El final de un principio (la estabilidad en el empleo)» en Estudios en homenaje al Prof. Bayón Chacón, Tecnos, Madrid, 1980.

[3] Comisión UE Bruselas, 22.1 1.2006 COM(2006) 708 final «L ibro Verde Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», pág. 4.

tucional [4], y en una serie de medidas de protección económica frente al desempleo. El fomento del empleo, por otro lado, se redujo en buena parte de los años 80 a incrementar el total de contratos celebrados, de forma no selectiva en su mayor parte, y con preferente tendencia a promover la contratación temporal como respuesta implícita a las denunciadas rigideces del mercado de trabajo que le impedían adaptarse a los acelerados cambios que se estaban produciendo en la economía [5]. Es importante esta tendencia, que tuvo trascendente impacto entre nosotros, porque en ella pueden hallarse las bases de fórmulas de mercados de trabajo segmentados y la paradoja interna que divide las políticas y su función en nuestro sistema.

Como se ha dicho, y con algunos documentos como antecedentes inmediatos, la OCDE publica sus Estrategias para el Empleo en 1994, que se enfocan desde la perspectiva de «volver las economías y las sociedades mejores para hacer frente al cambio, y para sacar partido de él» [6]. Porque hay que «tener en cuenta las pesadas car gas presupuestarias a las que se enfrentan casi todos los gobiernos», es preciso «poner el acento sobre la elaboración de políticas que faciliten e impulsen la actividad profesional, limitando al máximo el número de personas que dependen enteramente de una garantía de renta para vivir». En esta línea se enuncia una serie de recomendaciones de la más variada índole, unificadas por ese objetivo: medidas estrictas de política económica [7]; medidas de flexibilización del marco jurídico en que las empresas se crean y actúan [8]; medidas de flexibilidad del propio régimen de las relaciones de trabajo en cuanto al tiempo de trabajo y su gestión [9], a la determinación y a la fle-

---

[4] OJEDA AVILÉS, A.: «El procedimiento de colocación revisitado», Revista Española de Derecho del Trabajo num. 14, 1983. Esta es una tesis, por lo demás, compartida por buena parte de la doctrina, aun en la actualidad. *Vid*., ALUJAS RUIZ, J. A. «Políticas activas de mercado de trabajo en España», cit., pág. 246: «A pesar de su situación de monopolio, la cuota de mercado del INEM ha sido muy baja en comparación a la Unión Europea. Las ofertas de empleo tratadas directamente por el INEM respecto al volumen total de contrataciones efectuadas en el mismo periodo se sitúa en una media del 13% en la década de los 90. En la UE esta media se sitúa en torno al 25%, mientras que en Francia y en Reino Unido se sitúa en un 30%». Son los mecanismos extra institucionales, pues, los que han operado dominantemente hasta la reforma de 1994.

[5] Una análisis de la situación de la época, y su vertiente conceptual en MARTÍN VALVERDE, A.: «Política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo», Documentación Laboral num. 8, 1983, págs. 6 y ss.

[6] OCDE «L'etude de l'OCDE sur l'emploi: Faits; Analyse; Strategies», OCDE, París, 1994, pág. 45

[7] 1. «Elaborar una política macro-económica que favorezca el crecimiento y que, conjugada con políticas estructurales bien concebidas, lo vuelva duradero»; 2 «Mejorar el marco en que se inscriben la creación y la difusión del saber hacer tecnológico»

[8] 4. «Crear un clima favorable a la empresa eliminando los obstáculos y las dificultades a la creación y desarrollo de las empresas».

[9] 3. «Aumentar la flexibilidad del tiempo de trabajo (tanto a corto plazo como por toda la duración de la vida) conforme a los deseos de trabajadores y empresarios».

xibilización de los costes salariales [10], a la determinación de los costes de la ruptura del contrato de trabajo y la subsiguiente prestación por desempleo[11]; a la formación de los trabajadores[12]. Y, ni siquiera en un punto destacado, con el número 7 de la lista, la OCDE menciona la necesidad de «poner con más énfasis el acento en las políticas activas de mercado de trabajo, y volverlas más eficaces».

En relación con este apartado concreto, la or ganización propone una serie de medidas [13] que se sintetizan así: « *orientar las medidas de creación de empleo sobre los trabajadores cuyo porvenir está particularmente afectado por el paro (jóvenes parados de larga duración, por ejemplo) o cuyo poder de negociación es relativamente débil (los parados de larga duración, por ejemplo)».* En ese contexto, se aconseja «instaurar progresivamente ayudas al empleo para las categorías de trabajadores cuya oferta es particularmente excedentaria», vigilando muy especialmente que no se implanten los «efectos de inercia y de desplazamiento».. Aquí se halla una primera e importante muestra del papel secundario, y de la simpleza de las respuestas frente al dilema del trabajo de los colectivos desfavorecidos, a los que se reserva «las medidas de creación de empleo», sin mayores matices ni conexión con las anteriores.

Así las cosas, en este momento, la noción de políticas activas que maneja la OCDE es notablemente estricta. Se incita a centrarse más en la potenciación la oferta del trabajo mismo, y de aquellos instrumentos que facilitan el acceso al mercado de trabajo. Este matiz de impulso del trabajador y no sólo del empresario de cara a la contratación —de au-

---

[10] 5. «Aumentar la flexibilidad de los costes salariales y de mano de obra suprimiendo las restricciones que impiden que los salarios reflejen las condiciones locales y el nivel de cualificación de cada uno, en particular de los trabajadores jóvenes».

[11] 9. «Revisar los sistemas de indemnización por paro y de prestaciones conexas —y sus interacciones con el sistema fiscal—a fin de que la colectividad alcance sus objetivos fundamentales en materia de equidad de una manera mucho menos perjudicial para el buen funcionamiento de los mercados de trabajo· »

[12] 8. «Mejorar las cualificaciones y las competencias de la mano de obra modificando profundamente los sistemas de enseñanza y formación»

[13] No todas referidas a medidas de orientación selectiva, obviamente. De este ámbito externo son: la primera, mejorar el funcionamiento de los Servicios Públicos de Empleo, integrando en ellos «tres funciones básicas: servicios de colocación y de consejo; pago de prestaciones de desempleo y gestión de programas referidos al mercado de trabajo», ello procurando que los demandantes de empleo permanezcan en contacto con los Servicios de Empleo y en permanente busca de trabajo; finalmente, parece preciso «poner fin a la situación de monopolio» de los Servicios de Empleo, en funciones que habrán de ser compartidas con agencias privadas de colocación y empresas de trabajo temporal.; la segunda, «continuar actuando del lado de la oferta, especialmente prosiguiendo actividades de formación a favor de los parados durante los periodos de decaimiento de la actividad. Ello exige orientar y diversificar los programas de formación destinados a los parados, con fundamento en «una evaluación en profundidad de las necesidades del mercado de trabajo» y a asociar a los empleadores en la concepción de los programas de formación «a escala local».

mento de la tasa de ocupación y no sólo de descenso del desempleo— se encuentra presente ya desde estos primeros documentos y no ha hecho sino crecer en la sucesiva obra de la OCDE. Sólo en relación con trabajadores con especiales dificultades de colocación o con «oferta excedentaria» se mantiene una perspectiva más clásica, en la que ha de operarse sobre la demanda, o, cuando menos, no sólo sobre la oferta de trabajo.

La estructura de las estrategias era compleja, lo cual no obstante en los sucesivos tests de la OCDE se revela una indudable evaluación positiva para la organización de los resultados de estas políticas en el periodo de tiempo posterior a la fecha clave. De este modo «teniendo en cuenta los límites inherentes a este tipo de ejercicio, puede deducirse que en conjunto los países de la OCDE han desplegado importantes esfuerzos para poner en práctica reformas estructurales. La tasa de respuesta medida a las recomendaciones iniciales sobrepasa ampliamente el 50% y la proporción de medidas que van en contra de lo que había sido preconizado es extremadamente reducida (menos de un 5%)..En consecuencia, el indicador sintético de seguimiento es positivo para todos los países»[14].

Satisfacción general aparte, hay resultados de ese decenio de políticas activas que siguen manteniendo retos para el futuro: elevadas tasas de paro; bajas tasas de ocupación; tasas de actividad menores del 70%; y, por lo que nos interesa, *tasas de actividad muy bajas para trabajadores de edad avanzada; continuas dificultades para mejorar las perspectivas de empleo de los trabajadores poco cualificados y de los jóvenes; y presencia de una elevada incidencia del trabajo mal remunerado*[15]. Ello justifica que, —aunque se insista en la habilidad de las medidas de hace más de un decenio en la actualidad,— se apunte también, de forma más descarnada si cabe la necesidad de continuar con ellas y de depurar su contenido, incidiendo, aparte de en las reformas macroeconómicas iniciales, en la necesidad de continuar actuando en varios frentes:

— Dinamizar programas activos del mercado de trabajo y estrategias para activar a los parados,

— incrementar las actividades de formación, y

— *centrar los programas de fomento estricto del empleo en grupos con dificultades especiales de acceder al mercado de trabajo (mujeres, trabajadores de edad avanzada, jóvenes, inmigrantes y trabajadores irregulares*)[16], que es la respuesta principal al problema de los grupos desfavorecidos previamente detectado.

---

[14] OCDE «Evaluation et Resultats…», pág. 49, 1999.
[15] OCDE «Perspectivas de Empleo 2006», citado, págs. 57 y 58.
[16] OCDE «Perspectivas de Empleo 2006», cit., págs. 120 y ss.

En síntesis, lo que es realmente relevante de esta evolución no es tanto el tipo de avances y retrocesos que se han experimentado sino partir de una serie de hechos: el primero, que el acento de las políticas de empleo en general se va alejando del acto concreto de la firma de un contrato o de la percepción de una prestación por desempleo. La perspectiva ha cambiado y se dirige a controlar los flujos del mercado de trabajo, en los que oferta y demanda deben ser activadas por igual. De ahí:

— El crecimiento de los ingredientes de las políticas activas «de mercado de trabajo» —que implican directamente a ciertas políticas pasivas clásicas, como las prestaciones por desempleo;

— la trascendental importancia que se otor ga al adecuado funcionamiento de los servicios de empleo actuando en todos los niveles;

— y la relativa retracción de las medidas de fomento del empleo igualmente clásicas, reconducidas a aplicarse, no a cualquier trabajador, sino a ciertos trabajadores con dificultades específicas de colocación, que pueden experimentar, a las dificultades iniciales, las que se derivan de una política de fomento del empleo que a veces conduce a un aumento de la precariedad.

b) La posición de la Unión Europea

En el ámbito de la UE la diferenciación de las medidas de empleo en general no es tan tajante como en la OCDE, en la medida en que la estrategia de empleo de ésta era anterior y en buena medida se acogen las resultas de su evolución [17]. De ese modo una de las medidas que se incluye en la primera directriz para 1998 — *Mejorar la capacidad de inserción profesional*—incorpora una aproximación a las medidas de mercado de trabajo favorable a las activas de modo que «que hay que revisar y adaptar los sistemas de prestaciones y de formación, cuando resulte necesario, de modo que fomenten activamente la capacidad de inserción profesional e inciten realmente a los desempleados a buscar y aceptar un puesto de trabajo o una formación», señalándose especialmente la necesidad de reajustar los sistemas de formación y de reforzar la capacidad de inserción profesional de los trabajadores, punto éste en que se hace un especial llamamiento a los interlocutores sociales «para aumentar las posibilidades de formación, experiencia profesional, periodos de prácticas u otras medidas» de ese orden. La reincorporación al mercado de trabajo es otro de los valores clave, en la misma I Directriz, con relación a la

[17] Resulta de interés especial en los preliminares el llamado Informe Delors, «Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo», de 1993. Sobre su impacto en la política de empleo comunitaria vis. A LUJAS RUIZ, págs. 100 y ss.

conclusión de los periodos formativos, y en la Directriz IV , relativa a reforzar la política de igualdad de oportunidades [18].

El Consejo Extraordinario de Lisboa de 2000 y la preparatoria Agenda Social —tras una serie de Consejos intermedios que progresivamente consolidan los soportes de una acción común en materia de empleo— inicia uno de los apartados de sus conclusiones con una frase significativa «más y mejores empleos para Europa», que se plasma en cuatro ámbitos fundamentales: mejorar la empleabilidad y reducir las deficiencias en materia de cualificaciones; dar una mayor importancia a la formación continua como componente básico del modelo social europeo; aumentar el empleo en los servicios y fomentar «*todos los aspectos de la igualdad de oportunidades»* y que se cuantifica en las cifras de su conocido epígrafe 30, incluyendo también en su programa la lucha contra la exclusión social, entre otras, mediante políticas específicas para estos colectivos pues «*la mejor salvaguardia contra la exclusión social es un trabajo»* (epígrafe 32). En general, todo ello sobre la base de los «sustanciales» incrementos de empleo registrados en los países europeos en la etapa inmediatamente anterior, lo que sin duda condiciona la ambición y el optimismo de este documento. Las políticas activas de empleo, curiosamente, no se mencionan como tales, salvo que se entienda referida a ellas la mención de las políticas de empleo vinculadas a erradicar la exclusión social.

Importa destacar en este momento —aunque su análisis detenido, obviamente, se encuentre fuera del alcance de este trabajo—hasta qué punto la UE pone a disposición de esta estrategia su potencia financiera, asociando a los objetivos de empleo (de empleo determinado conforme a los criterios anteriores) la acción de los fondos estructurales, y en especial del Fondo Social Europeo, al que la propia Comisión denomina «el principal instrumento financiero de la estrategia europea para el empleo» [19]. El papel de instrumento de los Fondos se manifiesta en numerosos actos comunitarios, en especial, por su carácter clave de la estrategia de todos ellos, en el Reglamento 1260/1999, de 21 de junio, por el que se establecen disposiciones generales sobre los fondos estructurales, cuyo artículo vincula a los fondos estructurales, al Fondo de Cohesión, a la sección de garantía del FEOGA, al Banco Europeo de Inversiones y a los demás instrumentos financieros existentes a contribuir «de manera conveniente» a la consecución de tres objetivos básicos, entre ellos «apoyar la adaptación de modernización de las políticas y sistemas de educación, formación y empleo (que) proporcionará un marco de referencia política para

[18] Así Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1997 sobre Directrices para el empleo en 1998 (98C 30/01).

[19] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones COM (2001/0104/final, sobre indicadores de la aplicación de la agenda de política social.

todas las medidas que se emprendan a favor de los recursos humanos en un territorio dado», salvo en las regiones marcadas como Objetivo 1, las menos desarrolladas, necesitadas de avance y ajuste estructural, siendo el FSE el especialmente concernido. De esta atribución genérica se deriva una actualización de la regulación del FSE, que tiene lugar en el Reglamento 1784/1999, de 12 de julio, luego derogado por Reglamento 1081/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1784/1999.

El seguimiento de la estela de Lisboa, cuanto menos verbalmente, se reitera en las Directrices posteriores a 2000. Si acaso, se incorpora con un grado mayor de relevancia y de detalle la Directriz encaminada a promover un mercado de trabajo inclusivo, prestándose especial atención a « *las necesidades de las personas con discapacidad, las minorías étnicas y otros grupos e individuos desfavorecidos*»[20]. Y la necesidad de sustituir medidas pasivas por medidas activas que acentúen la reinserción en el mercado de trabajo a través de varias vías [21] que sustancialmente han de permitir al trabajador desempleado mejorar su capacidad de inserción, cuantificándose los objetivos para «aumentar el porcentaje de desempleados a los que se ofrece formación o cualquier otra medida similar». Y que, a través de la revisión de los sistemas fiscales y de prestaciones sociales, contribuyan a hacer más atractivo el trabajo e «incitar a los empresarios a crear puestos de trabajo», así como a prolongar la vida activa.

Las Directrices para 2003 hacen emerger a los textos los frenos prácticos al optimismo de Lisboa, pero no renuncian a sus objetivos [22] y esclarecen la postura en cierta medida ambigua de las Directrices anteriores, aunque el punto de partida rinda un homenaje explícito a los objetivos que en Lisboa se marcaron. Para conseguir estos fines «los Estados miem-

---

[20] Decisión del Consejo de 13 de marzo de 2000 (2000/228/CE). Directriz 1, apartado 8: «Promover un mercado de trabajo abierto a todos… Muchos grupos e individuos se enfrentan a dificultades particulares para adquirir las cualificaciones necesarias y poder acceder, y permanecer, en el mercado de trabajo. Es necesario, por lo tanto, adoptar un conjunto coherente de políticas que faciliten la integración de estos grupos e individuos en el mundo del trabajo y permitan luchar contra la discriminación. Cada Estado miembro: prestará especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad, las minorías étnicas y otros grupos e individuos desfavorecidos y elaborará políticas preventivas y activas que faciliten su integración en el mercado de trabajo»

[21] Decisión del Consejo de 13 de marzo de 2000, cit., Directriz I Mejorar la capacidad de inserción profesional, medida dos sustituir medidas pasivas por medidas activas.

[22] De este modo se propone alcanzar: una tasa de empleo general del 67% en 2005 y del 70% en 2010; una tasa de empleo femenino del 57% en 2005 y del 60% en 2010 y una tasa de empleo de las personas de más edad (55 a 64 años) del 50% en 2010. De «pésimos resultados» califica la experiencia T ERRADILLOS ORMAETXEA, E.: «La interacción entre políticas activas de empleo y políticas económicas en la Unión Europea, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos en la política de empleo española», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales num. 61, pág. 59.

bros se esforzarán en conseguir el pleno empleo, adoptando para ello un planteamiento político global que incluya medidas relativas tanto a la oferta como a la demanda, y por elevar las tasas de empleo para alcanzar los objetivos concretos marcados en Lisboa y Estocolmo»[23]. Con cierta paradoja, sin embargo, junto al reconocimiento de no haber alcanzado en promedio una situación de pleno empleo, se mantiene la idea de la necesidad, no ya de frenar el desempleo, sino de aumentar el empleo aprovechando el potencial europeo al máximo e incrementando la inserción de nuevas categorías al mercado de trabajo y la permanencia y prolongación de la vida laboral. Pleno empleo y más empleo son dos objetivos complementarios que aparecen irrenunciables.

La incentivación del aumento de la tasa de actividad, ya se ha dicho, es una de las líneas clave de estas Directrices, junto a la adaptabilidad de los trabajadores a los cambios en el mercado, sobre todo a través de un adecuado funcionamiento de los servicios de empleo y un sistema flexible y ágil de formación, sensible a las necesidades del mercado de trabajo En esta línea se mueve la Directriz I — *Medidas activas y preventivas de los desempleados y las personas inactivas*—, que reserva a la oferta de un empleo incentivado un lugar en cierta medida subordinado, integrado entre otras medidas que alcancen la finalidad de «proporcionar a cada desempleado otra oportunidad antes de que alcance seis meses de paro en el caso de los jóvenes y 12 meses en el caso de los adultos» A este fin el texto menciona «(la) formación, reconversión, experiencia profesional, empleo o cualquier otra medida destinada a favorecer la empleabilidad, combinada en su caso con la oportuna ayuda para la búsqueda de empleo».

Otras Directrices ayudan a concretar mejor los fines de la Directriz I. De este modo, la Directriz IV —*Promover el desarrollo del capital humano y el aprendizaje permanente*—descansa sobre el perfeccionamiento de los sistemas de formación profesional en todos los niveles, y especialmente la Directriz V —*Aumentar la oferta de mano de obra y promover la prolongación de la vida activa,* estrechamente relacionada con la VIII, *Hacer que el trabajo resulte rentable por medio de incentivos que hagan atractivo el empleo*—, se orienta también con claridad en la acción sobre la oferta de empleo, mejorándola y ampliándola.

El enfoque de los colectivos desfavorecidos sin embar go es más original que en sus precedentes en la medida en que, aunque con brevedad, trata de enunciar las causas de las dificultades de acceso al trabajo por grupos —y por tanto trata de enunciarlos: «jóvenes que abandonan prematuramente el sistema escolar, trabajadores poco cualificados, personas

[23] Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a las directrices para la política de empleo de los Estados miembros (2003/578/CE), por Decisión 2004/740/CE el Consejo acordó adoptar sin cambios para 2004 las Directrices de 2003.

con discapacidad, inmigrantes, (y) miembros de minorías étnicas»— y en razón de ellas especificar medidas «selectivas», que se determinan por objetivos: «En particular, las políticas se centrarán en lograr , de aquí a 2010: —una tasa media de abandono escolar prematuro en la Unión Europea no superior al 10%, — una reducción significativa en todos los Estados miembros de las diferencias en materia de desempleo entre las personas desfavorecidas y el resto de la sociedad, según definiciones y objetivos nacionales, —una reducción significativa en todos los Estados miembros de las diferencias en materia de desempleo entre los ciudadanos comunitarios y no comunitarios, según objetivos nacionales». Por supuesto, la igualdad entre los sexos es otra Directriz clave, la IX, pero responde a criterios y orientaciones en cierta medida distintas a las que se acaban de exponer.

En específica relación con nuestra experiencia, la Directriz X menciona la necesidad de hacer frente a las disparidades regionales y locales en materia de empleo, para lo que «debería apoyarse el potencial de creación de empleo a nivel local, incluida la economía social y debería fomentarse la colaboración entre todas las partes interesadas». Pero sobre esto tendremos ocasión de hablar más adelante.

El año 2003, por otra parte, es la fecha en que se elabora un relevante informe, que permitirá explicar mejor la profundización de las políticas de empleo comunitarias posteriores. Se trata, obviamente del resultado del Grupo de Trabajo liderado por Wim Kok, que da su nombre al llamado «informe KOK», en sus dos partes [24]. Resulta ser un trabajo que, aún reconociendo el repunte del desempleo y la ralentización económica de los 90, subraya la idea de que Europa posee un enorme potencial de recursos humanos infrautilizados, que deben ser movilizados para alcanzar adecuados niveles de crecimiento y productividad. Este es el motivo por el que se decanta tajantemente a favor de la adopción de medidas activas de mercado de trabajo que aseguren que «trabajar es más lucrativo» que depender de prestaciones sociales. Las medidas activas de mercado de trabajo propuestas descansan sobre todo en una verdadera reestructuración de los servicios de empleo, y de la propia política de empleo. Esta última, en la medida en que ha de procurarse que « *ofrezca servicios personalizados a todos los desempleados en una fase temprana; provean el acceso a medidas activas a los jóvenes desempleados y a adultos dentro de seis o 12 meses respectivamente desde que devinieron desempleados y la participación en medidas activas para, al menos, un 25% de los desempleados de larga duración*». También se propugna una mayor inversión en formación de los trabajadores para facilitar su adaptabilidad a los cambios en el marco de un trabajo flexible y seguro «en términos de su capacidad para permanecer y progresar en el mercado de trabajo»; una

[24] De noviembre de 2003 y 2004, respectivamente.

mayor incorporación de la mujer al mercado de trabajo y un retraso en el abandono de la vida activa. Todo ello obliga a incrementar los gastos destinados a estas políticas, invirtiendo de alguna manera la tendencia a propiciar las políticas pasivas.

Los servicios de empleo, como se ha dicho, han de experimentar una reelaboración que les permita «ofrecer servicios personalizados a todos los desempleados y demandantes de empleo», «aumentar la eficiencia de las medidas de activación identificando las necesidades reales de los demandantes de empleo», «desarrollar respuestas rápidas en caso de cierres de empresas o reestructuraciones profundas de éstas, incluyendo servicios ad hoc como orientación, recalificación y colocación para los trabajadores afectados, en orden a desincentivar el desempleo o la jubilación anticipada» y «*equipar a los servicios de empleo de modo que puedan prestar servicios a la carta y reforzar a los interlocutores locales en orden al empleo», concentrando una atención especial a favor de los colectivos más vulnerables como discapacitados, o jóvenes*.

Las orientaciones del Informe han influido de manera sustancial en las Directrices posteriores, muy notablemente en la Resolución de 12 de julio de 2005, por la que el Consejo aprobó el Plan Trienal de empleo 2005-2008 presentado por la Comisión [25]. Para llegar a este punto y valorar adecuadamente sus consecuencias es conveniente también traer a colación una serie de documentos que precedieron y que siguieron a esta Resolución, que explican sus opciones y aportan un buen mar gen de luz para evaluar la política de empleo comunitaria a partir de esa fecha. Es el caso, por ejemplo, de la Agenda Social[26], que toma como objetivos de la segunda Fase de la Agenda «perseguir un enfoque europeo integrado que garantice una interacción positiva de las políticas económica, social y de empleo; (y) promover la calidad del empleo, mejorando como contrapartida el capital humano y social. Y es el caso, sobre todo, de la Comunicación de la Comisión relativa al «Relanzamiento de la estrategia de Lisboa»[27].

Este último es un documento complejo que aborda numerosos planes y estrategias en todos los ámbitos para la mejora del empleo y la productividad en orden a alcanzar las tres finalidades básicas: (que «Europa es un lugar más atractivo en que invertir y trabajar; (que) el conocimiento y la innovación son los motores del crecimiento en Europa (y) nuestras políticas permiten a las empresas crear más empleo y de mejor calidad» (pág. 4). Es obvio que con este enfoque de partida no puede haber en el texto una neta separación entre políticas de empleo y otras políticas: todas aparecen ensambladas con las finalida-

[25] COM/2005/0141final.
[26] Bruselas, 9 febrero 2005 COM (2005) 33 final.
[27] Bruselas, 2 febrero 2005 COM (2005) 24 final.

des descritas, lo que no impide detectar las más importantes tendencias en materia de fomento del empleo. Y así, en esta línea, se sostiene que Estados miembros e interlocutores sociales han de implicarse en la creación de empleos «aplicando políticas activas en materia de empleo que ayuden a los trabajadores en su ocupación y les animen a seguir estando activos, elaborando políticas de envejecimiento activo de la población que disuadan a los trabajadores de abandonar prematuramente el mundo del trabajo, y modernizando los sistemas de protección social de manera que sigan generando la seguridad necesaria para ayudar a la gente a aceptar el cambio» (pág. 10). En esta línea de propiciar respuestas flexibles de empresas y trabajadores ante el cambio, se hace un especialísimo hincapié en la formación, también la permanente, propulsando la elaboración de un marco de reconocimiento de cualificaciones. Todo ello «no sólo es una ambición política, sino también una necesidad económica y social», que puede tener , unido al envejecimiento de la población, un efecto muy relevante sobre los sistemas de pensiones (pág. 29). Un párrafo del texto da una visión global muy ajustada de la visión de la política de empleo que se propone en este documento: «el desafío consiste en atraer a un mayor número de personas para que se incorporen al mercado laboral y se mantengan en dicho mercado a través de políticas activas relativas al mercado laboral e incentivos adecuados» cuando menos en tres frentes:

— Reintegro de parados e inactivos, cuya reactivación exigirá reformas de los sistemas de protección social,

— incrementar la tasa de la actividad de las mujeres, un «enorme potencial» no adecuadamente explotado,

— medidas de incorporación de jóvenes y de parados de edad avanzada,

— medidas adecuadas de conciliación de la vida laboral y familiar (pág. 29).

Este marco se hace preceder con el reconocimiento de un cierto fracaso en las «cifras» de Lisboa[28], que también se hace explícito en los documentos anteriores a la elaboración de las Directrices integradas. Y que

[28] «Se prevé que los índices de desempleo disminuyan, aunque lentamente, hasta el 8.7% en 2006. La tasa de empleo general estimada es de 62,9% para la UE-25 en 2003, lo cual está significativamente por debajo del objetivo acordado del 70%. El avance hacia el objetivo del índice de empleo femenino del 60% ha sido lento, y se sitúa actualmente en el 56,21 en la UE-25, aunque se espera un nuevo repunte. La tasa de empleo de los trabajadores de más edad, que siguió subiendo hasta un poco más del 40,2% es la más alejada del objetivo de 50% fijado para 2010» Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (en virtud del artículo 128 del Tratado CE. COM/2005/0141 final.

impacta sin duda sobre sus contenidos específicamente «de empleo», aunque obviamente todos ellos se integran en una estrategia de más amplio alcance[29].

Ya en las Directrices más específicamente dedicadas al empleo se fija como objetivo de trascendencia «vital» lograr el pleno empleo y reducir la inactividad, si bien a medio plazo se reiteran cifras de Lisboa en las tasas de empleo para 2008 y 2010 [30]. Pero para alcanzar este fin existe una división fundamental:

— La opción por una aproximación al trabajo, no en el contexto del contrato concreto, sino en relación con el ciclo de vida, en que el trabajador tendrá ocasión de variar en diversas ocasiones de trabajo y salir por ello y reentrar en el mercado de trabajo —workfare versus welfare—. Con esta primera línea se encuadran las medidas dirigidas a eliminar las trabas más directamente obstaculizadoras de ese efecto: «esfuerzos dirigidos a crear vías hacia el empleo para los jóvenes y a reducir el paro juvenil; medidas decididas para eliminar las diferencias existentes entre hombres y mujeres en materia de empleo, desempleo y remuneración; una mejor conciliación de la vida laboral y familiar, incluidos en particular servicios accesibles y asequibles de asistencia infantil y cuidado de otras personas dependientes; la modernización de los sistemas de pensiones y asistencia sanitaria, de modo que se garantice su adecuación, viabilidad financiera y capacidad de adaptación ante la evolución de las necesidades» (Dir 17). En este contexto asimismo resulta central el adecuado funcionamiento de unos servicios de empleo que detecten necesidades, sigan la evolución de los trabajadores en paro, los orienten, etc. Resulta central también un cuidadoso calibrado de las prestaciones sociales de modo que incentiven a sus perceptores a reintegrarse a la vida activa, pretensión que se extiende también a la ordenación de las medidas fiscales. Y, finalmente, resulta imprescindible un adecuado sistema de formación a todos los niveles que garantice el permanente reciclaje profesional en ese mercado móvil que se contempla como uno de los signos de los tiempos (Dirs. 22 y 23).

— Junto al enfoque anterior, de algún modo diseñado sobre el modelo de un trabajo «standard» flexible pero seguro —ambas expresiones aparecen juntas ya de forma sistemática— el resto de

[29] Su justificación y dimensión, en Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Acciones comunes para el crecimiento y el empleo: el programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa» Bruselas, 20 julio 2005 COM(2005) 330 final

[30] Que reiteran tasas de Lisboa: «las políticas deben ayudar a la UE a lograr , en promedio, una tasa general de empleo del 70%, una tasa de empleo femenino no inferior al 60% y una tasa de empleo del 50% para los trabajadores de más edad (55 a 64 años)»

> trabajadores, insertos en mercados de trabajo segmentados y con serios inconvenientes para acceder y permanecer en el mercado de trabajo son objeto de una atención particularizada. Se trata de crear mercados «inclusivos con los solicitantes de empleo y con las personas desfavorecidas», pero no ya actuando sobre la demanda de trabajo, que era el enfoque clásico, sino, en lo posible, atenuando los problemas de la oferta de trabajo: « *mediante medidas activas y preventivas del mercado de trabajo, como la definición temprana de las necesidades, la ayuda en la búsqueda de empleo, la orientación y formación en el marco de planes de acción personalizados, (y) la prestación de los servicios sociales necesarios para favorecer la inserción en el mercado de trabajo de las personas desfavorecidas» (Dir. 18)*.

Se trata de un conjunto de acciones concebido para proyectarse sobre una serie de colectivos que han venido a consolidarse en la práctica internacional. Es en el marco de las políticas activas en su conjunto donde deben hallar su acomodo las medidas específicamente selectivas, que de alguna manera pierden parte de su autonomía para integrarse como objetivo de las medidas generales de intervención en el mercado de trabajo.

Estos colectivos comparten con los desempleados «comunes» la falta de empleo, pero se encuentran en situación de especial vulnerabilidad: se encuentran en posición desventajosa para acceder a un empleo y , si lo logran, es en un marco de precariedad acentuada que les hace ser los últimos en entrar y los primeros en salir . Por eso, respecto de ellos, las políticas generales de mercado de trabajo, sin elementos correctores, juegan un papel potencialmente distorsionador.

Por lo anterior, en el marco de las políticas activas de empleo, una acción adecuada contra el desempleo de estos colectivos debe implicar a todas las instancias públicas y a los interlocutores sociales, y expandirse en todos los epígrafes en que aquéllas se dividen. Y esta es una orientación que se ha ido abriendo paso en algunos de los grandes textos internacionales. No tanto en la OCDE[31] como en el seno de la UE, en la cual la res-

[31] Recuérdese que ya en la Estrategia de la OCDE para el empleo de 1994, una de las medidas se concentraba en «ampliar y mejorar las políticas de mercado de trabajo» (7), pues bien, dentro de su complejo contenido general, se reservaba expresamente «las medidas de creación de empleo…(a) trabajadores cuyo porvenir está particularmente comprometido por el desempleo (jóvenes trabajadores, por ejemplo), o que tienen un poder de negociación relativamente débil (parados de lar ga duración, por ejemplo)» y los incentivos al empleo en relación con «aquellas categorías de trabajadores cuya oferta es excedentaria» (L'Etude del'OCDE sur l'emploi» cit., págs. 50 y 51). Y recuérdese también cómo, en la evaluación de 2007 la propia organización reconoce cómo los colectivos desfavorecidos han aumentado, diversificándose, pese a lo cual insiste en su receta: la política de empleo ha de centrar los programas de fomento del empleo en grupos con dificultades especiales para acceder al mercado de trabajo (mujeres, trabajadores de edad avanzada, jóvenes, inmigrantes y trabajadores «irregulares»).

puesta a las necesidades de los colectivos desfavorecidos de trabajadores va llenándose progresivamente de matices y de contenidos. Este es un fenómeno que se hace patente sobre todo a partir de las Directrices de 2000, que fijan como objetivo a alcanzar la promoción de un mercado inclusivo, en que se ha de prestar especial atención a «las necesidades de las personas con discapacidad, las minorías étnicas y otros grupos o individuos desfavorecidos», punto que reiteran las Directrices de 2003. Y en forma aún más decidida se decantan las Directrices integradas 2005-2008, que cuidan de desplegar para estos colectivos el conocido abanico de medidas general: «mediante medidas activas y preventivas del mercado de trabajo, como la definición temprana de las necesidades, la ayuda en la búsqueda de empleo, la orientación y la formación en el marco de planes de acción personalizados, (y) la prestación de servicios sociales necesarios para favorecer la inserción en el mercado de las personas desfavorecidas» [32].

---

[32] Directriz integrada num. 17, que es una verdadera síntesis del cambio de postura: «1 ATRAER A MÁS PERSONAS PARA QUE SE INCORPOREN Y PERMANEZCAN EN EL MERCADO DE TRABAJO Y MODERNIZAR LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL.

... Es necesaria una labor decidida que fortalezca la inclusión social, impida la exclusión del mercado de trabajo y fomente la integración profesional de las personas desfavorecidas, sin descuidar la reducción de las disparidades regionales en materia de empleo, desempleo y productividad laboral, especialmente en las regiones rezagadas. La igualdad de oportunidades, la lucha contra la discriminación y la integración de la perspectiva de género en el conjunto de las políticas son esenciales para lograr avances….

Directriz. Aplicar políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad del trabajo y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial. Las políticas deben ayudar a la Unión Europea (UE) a lograr , en promedio, una tasa general de empleo del 70 %, una tasa de empleo femenino no inferior al 60 % y una tasa de empleo del 50 % para los trabajadores de más edad (55 a 64 años), así como a reducir el desempleo y la inactividad. Los Estados miembros deben establecer objetivos nacionales relativos a la tasa de empleo para 2008 y 2010 (directriz integrada n 16)…Directriz. Promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida mediante la renovación de los esfuerzos dirigidos a crear vías hacia el empleo para los jóvenes y a reducir el paro juvenil; medidas decididas para eliminar las diferencias existentes entre hombres y mujeres en materia de empleo, desempleo y remuneración; una mejor conciliación de la vida familiar y profesional, incluidos, en particular , servicios accesibles y asequibles de asistencia infantil y cuidado de otras personas dependientes; la modernización de los sistemas de pensiones y asistencia sanitaria, de modo que se garantice su adecuación, viabilidad financiera y capacidad de adaptación ante la evolución de las necesidades, con el fin de apoyar la participación en el empleo y la prolongación de la vida activa, sobre todo por medio de medidas adecuadas que incentiven el trabajo y resten atractivo a la jubilación anticipada; el fomento de condiciones laborales propicias para el envejecimiento activo (directriz integrada n 17). Véase también la directriz integrada núm. 2, «Salvaguardar la sostenibilidad económica».

Facilitar que los solicitantes de empleo accedan a un puesto de trabajo, prevenir el paro y garantizar que quienes pierden su empleo se mantienen estrechamente vinculados al mercado de trabajo y mejoran su empleabilidad son esenciales para ampliar la participación y combatir la exclusión social. Ello exige eliminar los obstáculos que dificultan acceder al mercado de trabajo aportando ayudas que hagan eficaz la búsqueda de empleo, facilitando el acceso a la formación y a otras medidas activas del mercado de trabajo, velando por que trabajar resulte rentable y suprimiendo las trampas del desempleo, la pobreza y la inactividad. Convendría velar especialmente por promover la inserción profesional de las personas desfavorecidas, en particular mediante el desarrollo de los servicios sociales y la economía

c) Los colectivos desfavorecidos en el marco internacional

La mayor dificultad de la ampliación del marco de políticas activas que pueden proyectarse sobre los colectivos desfavorecidos, seleccionando aquéllas más aptas para atender a las necesidades de estos colectivos, y comprometiendo en su aplicación a los servicios de empleo, a la formación profesional o a la política clásica de fomento del empleo, es que exige una atención focalizada en las necesidades de cada colectivo y en la naturaleza de los problemas que provocan su ausencia o su carácter subsidiario en el mercado de trabajo. Los propios textos internacionales proporcionan pistas muy valiosas acerca de la naturaleza de estos problemas en cada grupo integrante de la movible fórmula de los «colectivos desfavorecidos»:

a) En relación con los jóvenes, su propia inexperiencia laboral y las deficiencias de un modelo formativo que no resuelve con acierto la transición entre los estudios y el empleo, como primera manifestación del modelo de aprendizaje por toda la vida. Aparte lo anterior, la importancia que tiene el abandono de estudios en Europa y sus efectos negativos sobre las posibilidades de empleo de los jóvenes afectados. En uno como en otro caso, obviamente, el retraso en el acceso al mercado, el alejamiento de la acción de los servicios de empleo o formación, que tiene un efecto descualificador añadido que no puede solventarse sólo incentivando la contratación[33]. Es por eso que, en relación con ellos, proponga la

---

social. Las diferencias existentes en materia de desempleo entre las personas desfavorecidas y las demás personas, al igual que las que existen entre los ciudadanos de terceros países y los ciudadanos de la UE, siguen siendo demasiado elevadas y deben reducirse sustancialmente de acuerdo con los objetivos nacionales. Es especialmente importante luchar contra la discriminación, favorecer el acceso al empleo de las personas con discapacidad y propiciar la integración de los emigrantes y las minorías.

Directriz. Garantizar mercados de trabajo inclusivos con los solicitantes de empleo y las personas desfavorecidas mediante medidas activas y preventivas del mercado de trabajo, como la definición temprana de las necesidades, la ayuda en la búsqueda de empleo, la orientación y formación en el marco de planes de acción personalizados, la prestación de los servicios sociales necesarios para favorecer la inserción en el mercado de trabajo de las personas desfavorecidas y contribuir a la cohesión social y territorial y a la erradicación de la pobreza; una revisión constante de los sistemas impositivos y de prestaciones, incluidas la gestión y la condicionalidad de éstas y la reducción de los elevados tipos impositivos efectivos marginales, para que trabajar resulte rentable y garantizar niveles adecuados de protección social (directriz integrada n.º 18).

[33] Resultan significativos los contenidos del Pacto Europeo por la Juventud de 2005, y la Comunicación de la Comisión acerca de su aplicación {SEC(2005)693} «La estrategia para la inclusión social incluirá una dimensión relativa a la juventud, tal como se anunció en la Comunicación sobre la Agenda social, y tendrá en cuenta la Resolución de Consejo relativa a la integración social de los jóvenes. Ello permitirá prestar una atención prioritaria a la mejora de la situación de los jóvenes más vulnerables, la erradicación de la pobreza entre los niños y las iniciativas para impedir el fracaso escolar . Un estudio sobre la integración social de los jóvenes especialmente desfavorecidos examinará su integración en el mercado de trabajo, su autonomía y su participación activa en la sociedad».

Comisión Europea una serie de acciones específicas en el marco del empleo que recoja estas especialidades:

Los Estados miembros adoptarán medidas para fomentar el empleo de los jóvenes, por ejemplo, con vistas a:

— Reducir el desempleo juvenil;

— crear itinerarios hacia el empleo;

— establecer planes de acción personalizados con asistencia en la búsqueda de empleo, orientación y formación.

La Comisión y los Estados miembros considerarán a los jóvenes destinatarios prioritarios del programa de aprendizaje mutuo sobre el empleo en 2005.

A través de la estrategia para la inclusión social, la Comisión y los Estados miembros mejorarán la situación de los jóvenes más vulnerables.

La Comisión emprenderá en 2005 un estudio sobre la integración social de los jóvenes más desfavorecidos.

b) En el otro extremo, los trabajadores de edad madura plantean problemas diversos[34]. Uno de ellos —al que ya se ha aludido y que está fuera del alcance de este estudio—el de propiciar su permanencia en la vida activa, que es preocupación general en las políticas de empleo de nuestro entorno. Otro, la obsolescencia de cualificaciones no compensada con un adecuado servicio de formación y re-orientación profesionales. Incapaz de ajustarse a un modelo productivo cambiante, alejado de los servicios de empleo en sentido amplio, el trabajador maduro es expulsado del trabajo y sometido, en su caso, a la incentivación de contrataciones pre-

[34] También abordados como prioritarios en los textos comunitarios, *vid*. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo» COM(2004) 146 final, Bruselas 3 de marzo de 2004. «La permanencia en el empleo y los niveles de empleo de los trabajadores de más edad están estrechamente relacionados con el nivel de formación que reciben y con su nivel educativo inicial. También hay un marcado paralelismo entre el nivel educativo alcanzado y la calidad del empleo, atendiendo a las condiciones salariales y laborales de que disfruta el trabajador. No hay pruebas de que los trabajadores de más edad sean más o menos productivos que los de otras categorías. El potencial de productividad de estos trabajadores no se ve afectado por su edad, sino porque sus aptitudes quedan anticuadas, y esto se puede corregir mediante la formación. La experiencia de los trabajadores de más edad hace que sean un valioso recurso para las empresas. La formación también representa una oportunidad para que los trabajadores actualicen sus aptitudes y refuercen su situación en el mercado laboral, particularmente desarrollando las capacidades necesarias para aprovechar plenamente las tecnologías de la información y la comunicación» (pág. 11). Paradójicamente, los trabajadores de más edad son los que menos formación reciben.

carias. En situación semejante de obsolescencia sobrevenida se encuentran los desempleados de lar ga duración (cualesquiera que sean los elementos concurrentes adicionales), que por aquel efecto se ven alejados de un mercado de trabajo al que es difícil que se adapten, de ahí que las medidas de orientación profesional y formativas formen parte de la respuesta a la problemática de estos colectivos, además de la incentivación de un trabajo que ha perdido valor en el mercado. A este respecto «se hace preciso generar políticas del mercado de trabajo eficaces, previendo los cambios y gestionando adecuadamente la reestructuración económica. En particular, los trabajadores de más edad tienen un riesgo mayor de abandonar el mercado de trabajo en caso de reestructuración o reducción de las empresas. Es preciso reforzar las políticas activas del mercado de trabajo a fin de prevenir el desempleo y ayudar a los trabajadores de más edad que pierdan su trabajo a permanecer en el mercado y encontrar otro empleo. A este respecto, revisten especial importancia los enfoques personalizados para atender las necesidades individuales, por ejemplo, a través de servicios de orientación, formación específica y sistemas de recolocación. Además, debe evitarse usar los regímenes de prestaciones por desempleo como vía alternativa a la jubilación anticipada para los trabajadores de más edad» (pág. 14). Paradójicamente, ese mismo documento dedica una amplia serie de consideraciones a las estrategias de envejecimiento activo de la población, que en parte se corresponden con una visión opuesta a la que se acaba de mencionar .

c) Los minusválidos son otra de las capas mencionadas desde el principio como objetivo potencial de políticas específicas en materia de empleo por razones obvias, como trabajadores «diferentes», necesitados de acciones de potenciación y reajuste de sus aptitudes y , si es necesario, de generar programas específicos de empleo para ellos, y sistemas de transición desde el empleo asistido al mercado ordinario de trabajo [35]. En este marco, «las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, adoptadas en el marco de la estrategia europea de empleo revisada, prevén (prioridad de acción núm. 7) la promoción de la integración de las personas desfavorecidas —entre ellas las personas con discapacidad— en el mercado de trabajo y la lucha contra la discriminación de que son objeto. Las políticas se centrarán especialmente en lograr , de aquí a 2010,

[35] Destaca la Comisión que «las cifras revelan un importante potencial desaprovechado para el desarrollo del crecimiento económico. Tan sólo el 42 % de las personas con discapacidad ocupa un puesto de trabajo, frente a casi el 65 % de las personas no discapacitadas, y nada menos que el 52 % de las personas con discapacidad es económicamente inactivo, frente a sólo un 28 % de los no discapacitados. Mientras que la discapacidad sigue siendo un obstáculo importante para la inclusión a través del trabajo, estas cifras ilustran la magnitud de la tarea». Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, /* COM/2003/0650 final */.

una reducción significativa en todos los Estados miembros de las diferencias en materia de desempleo entre las personas desfavorecidas, según definiciones nacionales, y el resto de la sociedad. Dado el claro nexo existente entre las cuestiones que interesan a las personas con discapacidad y la consecución de los tres objetivos generales de la «nueva» EEE, el plan de acción se centrará prioritariamente en la integración de la dimensión de la discapacidad en la política de empleo a todos los niveles. Por consiguiente, el apoyo a las personas con discapacidad estará igualmente presente en otras prioridades, especialmente las relativas a las medidas activas y preventivas y al aumento de la oferta de mano de obra. Los Estados miembros deberían estudiar el potencial de empleo de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta la situación específica de las mujeres con discapacidad y de las personas con discapacidades psíquicas» [36].

d) Las mujeres han sido un tema recurrente en el análisis comunitario de los temas de empleo y política social, de modo que los textos actuales referentes a ellas han dejado relativamente atrás la sola perspectiva de empleo para adentrarse en ámbitos de la igualdad de oportunidades más avanzados, asociados con medidas en que el empleo es la consecuencia de la atenuación o la eliminación del género como factor de diferenciación. Comoquiera que sea, el problema del empleo de la mujer no puede darse por resuelto. La tasa de empleo y ocupación de las mujeres a escala comunitaria se encuentra aún lejos de los objetivos de Lisboa [37], y siguen vigentes los problemas de reparto de roles sociales que tanta importancia han tenido en la disminución de la tasa de empleo femenina. Por ello, junto al conjunto de medidas activas, se hace preciso adoptar medidas externas de reparto de car gas familiares. Se plantea también, en relación con las mujeres, la tendencia a la feminización de ciertas categorías, que genera una segregación vertical que está en gran medida en la base de discriminaciones profesionales posteriores, de ahí que una adecuada política de empleo haya de añadir, a todo lo anterior, medidas orientadas a incrementar la participación de la mujeres en sectores donde esté infrarrepresentada. Y no puede dejarse de lado la problemática adicional

[36] Comunicación de la Comisión «Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad…» cit.

[37] «Los objetivos de empleo de Lisboa fijan en un 60 % la tasa de empleo femenino para 2010. Actualmente es del 55,7 %, y mucho menor (31,7%) para las mujeres de mayor edad (de 55 a 64 años). Las mujeres también sufren de un índice de desempleo superior al de los hombres (un 9,7 % frente a un 7,8 %). Debe reforzarse la dimensión de género de la estrategia de Lisboa para el empleo y el crecimiento. Cumplir la legislación sobre la igualdad de trato y utilizar de forma eficaz los nuevos Fondos Estructurales (como la formación y el fomento del espíritu empresarial) puede ayudar a aumentar el empleo femenino. Individualizar los derechos relativos a los regímenes fiscales y de prestaciones también puede hacer que el trabajo resulte rentable, tanto para las mujeres como para los hombres». Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al CEE y al C de las R «Plan de trabajo para la igualdad de las mujeres y los hombres 2006-2010» COM(2006) 92 final, Bruselas, 1.3.2006, pág. 3.

de la discriminación múltiple, generada por la vulnerabilidad de la posición de la mujer en la sociedad y en el mercado de trabajo, generándose nuevas causas específicas de dificultades en el empleo femenino, por ejemplo, en relación con las víctimas de la violencia de género.

e) Los trabajadores extranjeros o pertenecientes a determinadas etnias también suman a su posición laboral como «ajenos» el peso de una discriminación social arraigada. Por eso es tan insistente en la necesidad de propiciar su integración la UE, una or ganización tan basada en la libertad de circulación de personas. «Para aprovechar al máximo la contribución que pueden aportar los inmigrantes, es importante que puedan utilizar la experiencia y las cualificaciones adquiridas anteriormente fuera de la UE. Ello supone poder reconocer y evaluar adecuadamente sus cualificaciones formales e informales (incluidos los diplomas). Supone también adoptar nuevas medidas para eliminar los obstáculos a la obtención y el mantenimiento de un empleo, como puede ser la rigidez de los requisitos laborales o las restricciones jurídicas, por ejemplo, sobre las competencias lingüísticas o la nacionalidad. La discriminación en el lugar de trabajo y el comportamiento racista son también serios obstáculos que deben eliminarse. Es necesario un esfuerzo especial de evaluación y mejora de las cualificaciones de los inmigrantes, entre las que se incluyen sus conocimientos lingüísticos, para que puedan incorporarse al mercado laboral y acceder a la formación continua en igualdad de condiciones con los nacionales. Estas políticas activas del mercado de trabajo deben facilitar la integración de los inmigrantes en el mercado laboral con objeto de reducir a la mitad las diferencias entre las cifras de desempleo de los ciudadanos de los países comunitarios y los de los países no comunitarios de aquí a 2010». En este empeño poseen un importante papel los interlocutores sociales «sobre todo para garantizar un trato justo a los trabajadores inmigrantes en cuanto a salarios y condiciones laborales y buscar soluciones a las necesidades específicas» [38,39].

---

[38] COM(2003) 6 de 14.1.2003 «El futuro de la Estrategia Europea de Empleo».

* la integración sostenible de los ciudadanos de terceros países en el mercado laboral. Ello implica darles acceso a servicios de formación y de empleo, así como a otras medidas destinadas a incrementar la participación en el mercado laboral. En sus directrices de 2003, la Comisión propone que los Estados miembros se comprometan a reducir las diferencias de desempleo entre los ciudadanos de países no comunitarios y los ciudadanos de la UE de aquí a 2010;

* combatir el trabajo no declarado y reducir la economía informal con vistas a desarrollar un amplio conjunto político de sanciones y medidas preventivas para transformar el trabajo no declarado en trabajo legal;

* un seguimiento más en profundidad de las necesidades del mercado laboral de la UE y de la contribución de la inmigración para suplir las carencias de mano de obra actuales y futuras, teniendo en cuenta la creciente competencia entre los países de acogida;

* la contribución a la movilidad laboral de ciudadanos de terceros países en la UE, en especial a través del desarrollo de la red EURES, así como en el marco de la estrategia para facilitar su admisión en la UE con fines laborales;

III. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO: UNA DELIMITACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Una evolución como la descrita no ha podido dejar de impactar en la noción de políticas activas de empleo —y de su eventual orientación selectiva— que se maneje desde una perspectiva jurídica o económica. Para empezar, porque existe acuerdo doctrinal en que estamos haciendo referencia a una multiplicidad de medidas e instrumentos de todo tipo, un «amplísimo y heterogéneo catálogo» [40] no sistematizado, que pueden llegar a incidir sobre instituciones tradicionalmente muy alejadas del ámbito clásico de las políticas de empleo —salarios, jornada, conciliación de la vida laboral y familiar , movilidad funcional y geográfica, despido y sus costes etc.—y que, a través de esta vía pueden convertir a una parte sustancial del Derecho del Trabajo en un Derecho del Empleo. Ello exige una diversificación preliminar para abordar el estudio de ese «catálogo» con cierta racionalidad en la extensión. Es visible en el conjunto de reglas de origen internacional que hemos manejado una división fundamental: políticas de activación del mercado de trabajo, o políticas de empleo como categoría general, y dentro de ellas políticas «activas» propiamente dichas, que, aunque no definidas estrictamente se refieren a cierto tipo de medidas de empleo o de mercado de trabajo que inciden *directamente* sobre los elementos clave de ese mercado: la oferta y la demanda de empleo. Se trata de una distinción básica elaborada por Martín Valverde hace más de 20 años que no ha perdido su efectividad a pesar de todo el tiempo pasado [41]. Este es el tipo de medidas al que voy a hacer referencia. Mantener a toda costa la tesis omnicomprensiva que tiende a dibujarse progresivamente en el marco internacional podría, en un momento dado de su evolución, absorber la socialidad del Derecho del Trabajo en aras de imperativos económicos ineludibles, desfigurandola. Entiendo que ese peligro existe y debe ser conjurado.

---

* el intercambio de experiencias y buenas prácticas en este ámbito, entre otras cosas a través de las actividades de evaluación por pares realizadas dentro del programa de medidas de incentivación del empleo. Debe prestarse especial atención al reconocimiento de las capacidades y los diplomas; el espíritu empresarial; las iniciativas especiales para los jóvenes inmigrantes de segunda o tercera generación; los obstáculos a la integración en el mercado laboral; la estrategia de empleo local para inmigrantes; la formación lingüística con fines profesionales, en la que se incluyen los sistemas de formación rápida.

La Comisión considera que los interlocutores sociales deberían abordar estas cuestiones a escala de la UE en el contexto de su programa de trabajo conjunto.

[39]/* COM/2003/0336 final */

[40] Molina Navarrete, C, García Jiménez, M.: «Modernización del sistema público de empleo estatal…» cit. pág. 166.

[41] Martín Valverde, A.: «La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo», Documentación Laboral num. 8, 1983.

Por supuesto, la regulación del contrato de trabajo, y aún de las relaciones colectivas de trabajo pueden tener un impacto directísimo sobre las decisiones empresariales de crear empleo o deslocalizar empresas, por poner ejemplos extremos. Pero se trata de un impacto indirecto, generado a tenor de normas que sustancialmente atienden a otras finalidades y en último extremo a reajustar el equilibrio entre las partes contratantes. No son normas susceptibles en encajar en definiciones de políticas de empleo sino a costa de quitarles a estas últimas su singularidad. Y a costa de ignorar la propia naturaleza del Derecho del Trabajo, desde el que la única valoración posible no es la estrictamente economicista del juego de las fuerzas del mercado.

En línea con las tesis restrictivas se sitúa también la propia legislación española, si bien requiere un trabajo de interpretación para identificar este alineamiento. En efecto, la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre, en adelante LDE), define las políticas de empleo activas en su artículo 23, que las identifica como «el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social». Son, pues, dos los elementos básicos de la definición:

— La finalidad: crear empleo por cuenta ajena o propia, y mejorar la empleabilidad de los trabajadores desempleados;

— los instrumentos: programas y medidas de orientación, empleo y formación.

La propia ley establece algunas precisiones adicionales, al enunciar un lista de políticas activas del siguiente tenor: «a) informar y orientar hacia la búsqueda activa de empleo; b) desarrollar programas de formación profesional ocupacional y continua y cualificar para el trabajo; c) facilitar la práctica profesional; d) crear y fomentar el empleo, especialmente el estable y de calidad; e) fomentar el autoempleo, la economía social y el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas; f) promover la creación de actividad que genere empleo; g) facilitar la movilidad geográfica; h) promover políticas destinadas a inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social».

Políticas que en especial se han de proyectar sobre colectivos «con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, mujeres, parados de lar ga duración mayores de 45 años, discapacitados e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería» (art. 26.1 LDE).

Sintetizando este conjunto de aportaciones a la delimitación de lo que sean políticas activas de empleo, son tres los instrumentos que destacan con el conjunto y que han sido tomados como base en algunos de los estudios más recientes al respecto:

— Centralidad de la actividad de orientación, seguimiento e intermediación en el marco del mercado de trabajo, sea mediante la actuación de un Servicio Público centralizado, sea, como sucede en España, a través de varios Servicios de Empleo territorialmente diversificados y un conjunto de operadores vinculados con ellos.

— Adquisición progresiva de un papel determinante de la política de formación orientada al mercado de trabajo en todos sus niveles y grados, reglada, ocupacional o continua, en la medida en que, como se ha visto, las políticas de empleo no se pueden concebir en el marco de la firma de un singular contrato de trabajo sino del ciclo de vida del trabajo.

— Actividades de fomento e incentivación de la creación de empleo, por una parte, y del empleo por otra (aquí podría incluirse también la creación directa de empleo, a pesar de su escasa trascendencia actual). Tradicionalmente estas medidas se han orientado a los incentivos económicos, aunque la experiencia demuestra el enriquecimiento de sus contenidos, en relación con la oferta de trabajo tanto como con la demanda.

— Con carácter transversal, predicándose de todo el catálogo de medidas, la necesaria polivalencia y ajuste de las antes citadas para hacer frente a las distintas necesidades de los trabajadores, en especial de aquellos con mayores dificultades de colocación, que previamente la ley ha detectado. Según la Ley de Empleo, la calificación como «selectiva» descansa sobre el tipo de colectivo de trabajador al que se dirige, pudiendo (y debiendo) serlo todas las modalidades de políticas activas, y no sólo las de fomento del empleo tradicionales. Un colectivo de trabajadores, por cierto, que se superpone sin problemas excesivos sobre los aislados por la normativa internacional.

IV. LAS POLÍTICAS ACTIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: UNA PANORÁMICA DESDE SU «SELECTIVIDAD»

En nuestro sistema, como se sabe, uno de los problemas de la política de empleo ha sido y es la necesidad de hacer frente con ella no sólo al problema de los trabajadores en paro, sino paralelamente a la corrección de la deriva a la temporalidad de nuestro mercado de trabajo gene-

rada por años de política de empleo centrada en el contrato temporal acausal como eje de la política de fomento del empleo. Esta doble variable dificulta desde luego la concepción de las políticas de empleo de los trabajadores «ordinarios» desempleados, pero es más que evidente que la dificultad será mayor en relación con los colectivos desfavorecidos, a los que la temporalidad general les afecta especialmente, dada la tendencia generalmente percibida al empleo precario —si alguno—de estos trabajadores. Y, si cabe, aún será mayor el efecto añadido cuando la falta de empleabilidad de estos trabajadores se supla con la oferta de contratos temporales en el contexto de preferencia por el trabajo fijo. Por eso es preciso tener presente el error que supone restringir o agotar el esfuerzo en políticas de fomento incentivado de la contratación, desconociendo las necesidades de paliar las dificultades que obstaculizan el acceso al mercado regular de trabajo de estos trabajadores. Y por tanto abordar las medidas selectivas en relación con los instrumentos básicos de las políticas activas: la intermediación, la formación y el fomento del empleo, para hacer una evaluación adecuada de hasta qué punto nuestro sistema se halla libre de ese error.

1. La intermediación laboral: la necesidad de rediseñar el sistema de gestión del de trabajo

Ya se ha visto hasta qué punto las diversas or ganizaciones internacionales que se han pronunciado sobre el tema de las políticas activas de empleo han hecho hincapié en la necesidad de que los servicios de empleo activen y desarrollen nuevas competencias y funciones que les permitan incidir con mayor eficiencia en el funcionamiento del mercado de trabajo. Y eso como presupuesto ineludible de una mínima política de activación en el mercado de trabajo: la vieja imagen del servicio de empleo superado por la gestión del desempleo debe ser , por tanto, erradicada De hecho, la aproximación internacional se centra en los servicios de empleo desde dos puntos de vista:

— Criterios organizativos de dichos servicios. Con palabras de la OCDE es conveniente el diseño descentralizado de los servicios de empleo, pero también es necesario «que exista un control jerárquico, autonomía local y una comunicación en los dos sentidos» [42], en unos términos que se reiteran en textos comunitarios como presupuesto para el correcto cumplimiento de unas estrategias para el empleo que siguen teniendo en el Estado, en el mercado estatal, el referente necesario para coordinar, dirigir y ayudar.

[42] OCDE «Perspectivas de Empleo 2005» cit., págs. 351-352. Con menor contundencia, pero en el mismo sentido, vid. «Proyecto de Comunicación de la Comisión 'Modernizar los Servicios Públicos de Empleo para apoyar la Estrategia Europea de Empleo'».

— Funciones que los servicios de empleo han de acometer en un marco de empleo basado en el ciclo de vida del trabajador y centrado especialmente en la oferta de trabajo, que en principio requiere un determinado perfil de los or ganismos de gestión del mercado de trabajo. Y, cabe añadir, una determinada orientación en los soportes financieros de los servicios de empleo, y en el personal que, desde ellos atienda a los parados que se trata de reincorporar al mercado de trabajo.

— Funciones asociadas de forma especializada a paliar los problemas específicos que impiden la colocación de los trabajadores pertenecientes a colectivos desfavorecidos que se superponen sobre las anteriormente reseñadas y en ocasiones pueden exigir un «algo más», unos contenidos específicos dirigidos a paliar o suprimir los efectos de la exclusión del mercado de trabajo.

En nuestro país, como no podía ser menos, en una ocasión tan importante como la firma del AMCE los interlocutores sociales y el Gobiernan expresan su interés por la reforma a fondo de los servicios de empleo, en la dirección requerida por las corrientes internacionales, al hilo de las numerosas recomendaciones que en materia de reforma de los servicios de empleo nos han ido llegando desde el plano internacional y también, de la experiencia española. Por ello descartan las intervenciones de reforma puntual de aspectos concretos de esos servicios, y se enfrentan a una estrategia de planificación que se desglosa en tres grandes contenidos:

A) «Plan global de modernización, que incluirá necesariamente la mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas».. Y «un plan estratégico de Recursos Humanos del Servicio Público de Empleo Estatal para mejorar su estructura or ganizativa y la situación laboral y retributiva de su personal».T odo ello en aras de «mejorar la atención a los usuarios y la calidad de los servicios, garantizando la coordinación entre medidas activas y protección por desempleo y elevando la tasa de intermediación en el mercado laboral de los Servicios Públicos de Empleo», sugiriendo medidas a acometer por los SPE que son conocidas en los textos internacionales [43].

B) Implantación de una evaluación durante el segundo semestre de 2006 del conjunto de medidas activas de empleo «el Gobierno asegurará el cumplimiento del objetivo de que, en un plazo no superior a 6 meses desde su inscripción en la Oficina de Em-

[43] «A tal efecto, se incorporarán medidas específicas tales como el establecimiento de un Portal del Empleo que incremente la captación de ofertas de trabajo y asegure la difusión de las mismas, así como programas de incentivación de la búsqueda de empleo por parte de los propios desempleados»

pleo, los demandantes de empleo reciban una oferta de orientación, formación profesional o inserción laboral».

C) Creación de un grupo tripartito en el ámbito del servicio público de empleo estatal con la finalidad de abordar el desarrollo de la Ley de Empleo, entre cuyas temáticas se encuentra «el papel de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo y su ámbito de actuación: Servicios Público de Empleo, Entidades Colaboradoras, Agencias de Colocación y Empresas de Recolocación»

Se trata de propuestas bien orientadas hacia algunos de los problemas que presenta nuestro sistema de intermediación en el mercado de trabajo, no sólo desde la Ley Básica de Empleo de 1980, sino también desde la ley de empleo de 2003.

Efectivamente, uno de los primeros problemas de nuestro sistema es puramente organizativo, y en buena medida puede identificarse con la falta de sistemática articulación entre los distintos Servicios Públicos de Empleo, a pesar de que sea uno de los principios proclamados en el texto legal: articulación que abarcará a las CCAA (art. 3 último inciso) y a las Corporaciones locales en relación con las CCAA respectivas (art. 4). Esa es la impresión que se deduce de la regulación particularizada de cada concreto Servicio autonómico, sin perjuicio de los mecanismos de armonización que se desprenden de los arts. 27 y 28 de la LDE, que en buena parte se centran en el delicado punto de conexión entre la protección económica por desempleo y la inserción a través de programas de activación del desempleado, a través de las Conferencias sectoriales y los acuerdos de colaboración que puedan suscribirse con los servicios de empleo implicados, sin perfilar sistemas de coordinación más «fuertes», que se revelan inexcusables en el modelo de planificación impuesto en la UE, que permite y aún recomienda la asociación de todas las instancias interesadas en el diseño y aplicación de la Política de Empleo, pero que también hace descansar en manos del Estado el control de ejecución y la evaluación de todo el conjunto.

El segundo rasgo tipificador de los modelos de servicios autonómicos es la concepción integral de la intervención del mercado de trabajo que se atribuyen, lo que no deja de sorprender si se tiene en cuenta que la mayor parte de ellos se crean antes de la aprobación de la LDE en 2003. No cabe duda de que las directrices comunitarias han tenido una fuerte influencia en la aplicación de estas orientaciones en un momento en que la legislación estatal de empleo se encontraba en fase de fuerte remodelación orgánica, y de cierta continuidad en las políticas y en las acciones de intervención en el mercado de trabajo. En consecuencia de lo dicho, las normas autonómicas reflejan listas amplias de competencias y funciones de los organismos públicos en materia de empleo, que se eri-

gen en único agente público de gestión del mercado de trabajo, que pueden ordenarse en torno a tres grandes ejes: diseño y gestión de las políticas activas en el ámbito autonómico (obviamente, políticas activas estatales y no estatales); gestión de la formación profesional ocupacional y continua; gestión integrada de la intermediación, con acciones de orientación y acompañamiento de los trabajadores afectados.

Hay que poner de manifiesto que la reforma or ganizativa ha de pasar por la asignación de sustanciales mejoras de elementos personales y materiales a los servicios de empleo, a todos los niveles, con la finalidad de que puedan mantener niveles mínimos de adecuación a la diversificación de sus nuevas funciones. En este sentido, el trabajo de Alujas Ruiz evidencia que España se encuentra en el último lugar en la ratio parados/agente del Servicio público de empleo, con 232, frente a los menos de 50 de Alemania, Suecia o Suiza [44], lo que expresa indirectamente la naturaleza del cambio requerido. También resulta elocuente la evaluación de la OCDE que pone de manifiesto la relativa escasez del gasto público en España en los Servicios de colocación, medido en porcentaje del PIB, que en los años 2002 a 2004 no ha excedido del 0,10% (para 2002, 0,09% para 2003 y 0,08% para 2004), una situación que se pone de relieve aún más si se compara con la misma magnitud en países como Alemania (0,27 para 2001 y 0,28 para 2003), o Irlanda (0,67% para 2003 y 0,60 para 2003) [45].

Así las cosas, se hace precisa una revisión de las estructuras administrativas no sólo desde la perspectiva de la adecuada coordinación y de la suficiencia de los recursos humanos y materiales, sino desde la perspectiva de las nuevas funciones que los SPE han de desarrollar en el marco de las políticas activas de empleo. Unos servicios que no se agotan en la tradicional intermediación, sino que imponen la detección preventiva de necesidades, el seguimiento individualizado del trabajador desempleado, la orientación y elaboración de los oportunos itinerarios de inserción, la garantía de procurarles experiencias formativas o laborales en periodos de tiempo próximos a la entrada en el paro para evitar el progresivo alejamiento del mercado de trabajo, En fin, todo un conjunto de actuaciones que permitan poner en marcha efectivamente los objetivos de reactivación de las políticas de empleo a que se ha hecho referencia, y en especial las selectivas, por su complejidad técnica. Se trata sin duda de una ardua serie de tareas, en la que probablemente el Servicio como tal no pueda asumir el global de funciones que le incumbirían en este ámbito. De ahí la necesidad de extraer las enseñanzas que se desprenden de la evolución reciente en torno a la propia naturaleza de los servicios y a su posición en el marco del empleo y la intermediación.

---

[44] Alujas Ruiz, J. A.: «Políticas activas…» cit., pág. 38, con datos de la Comisión Europea.

[45] OCDE «Perspectivas de Empleo para 2005», págs. 433 y ss., especialmente para España 439.

No es de extrañar que en este complejo contexto no haya sido excesivamente bien recibida por la doctrina la plasmación legal de los acuerdos tripartitos de 2006, a través de la ley 43 /2006, porque se trata de una plasmación legal extremadamente pobre. En efecto, la ley 43/2006 (tanto como, antes de ella, el RDL 5/2006), se ha abstenido de acometer, siquiera parcialmente una reforma en la línea marcada por el Acuerdo en que hallan su base expresa. Ni siquiera se menciona la reforma en el texto articulado, sino en una Disposición Adicional —la 6.ª—que impone al Gobierno el compromiso de instrumentar «en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley un Plan Global de Modernización del Servicio Público de Empleo Estatal que garantice la modernización y mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas y que contará con una adecuada dotación presupuestaria que se reflejará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007. Este Plan incluirá necesariamente un Plan Estratégico de Recursos Humanos del Servicio Público de Empleo Estatal para mejorar su estructura or ganizativa y la situación laboral y retributiva de su personal». Se trata de un compromiso que no aparece expresamente recogido, como partida independiente, en la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, ni en su complejo texto ni en sus anexos. Es cierto que lo anterior no es óbice para que los compromisos de dotación de medios materiales y materiales se hallen, de alguna manera, ocultos bajo otros epígrafes próximos, pero habrá que convenir que se trata de una opción extraña en el contexto de una reforma que unánimemente se ha considerado como necesaria.

2. La formación profesional como presupuesto de la empleabilidad

Como se ha visto anteriormente, en las publicaciones y documentos internacionales en materia de empleo y de políticas activas de acceso al empleo la formación profesional es uno de los vectores más mencionados para propiciar una adecuada empleabilidad del trabajador y una mejor adaptación a las exigencias de un mercado de trabajo cambiante. Desde luego, así se pone de manifiesto en los textos de la OCDE ya vistos. Y se hace en ella especial hincapié desde la Unión Europea desde el derecho originario.

Esta es la idea-fuerza del Programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente aprobado por Decisión 1720/2006/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 15 de noviembre, que recurre de forma prácticamente sistemática a las técnicas de fomento y subvención en una multiplicidad de programas y subprogramas cuya simplificación, por cierto, es una de las finalidades de la norma [46].

[46] Complejidad interna de la norma que se deduce ya desde sus inicios, al fijar sus objetivos y programes: «El programa de aprendizaje permanente. Artículo 1. Establecimiento del programa de aprendizaje permanente. 1. La presente Decisión establece un programa de acción comunitario en el ámbito del aprendizaje permanente, denominado

Precisamente por su inherencia al empleo y a la capacidad de empleo de los trabajadores concernidos, objetivos en esta materia de formación profesional se incorporan a las Directrices para el empleo desde sus manifestaciones mas antiguas hasta las mas recientes. Centrando el análisis solamente en las directrices integradas 2005-2008, como síntesis de una carrera anterior ininterrumpida, èstas abordan, como no podìa ser menos, la formación profesional en el capìtulo integrado a la empleabilidad

---

en adelante «el programa de aprendizaje permanente». 2. El objetivo general del programa de aprendizaje permanente es contribuir, mediante el aprendizaje permanente, al desarrollo de la Comunidad como sociedad del conocimiento avanzada, con un crecimiento económico sostenible, más y mejores puestos de trabajo y una mayor cohesión social, garantizando al mismo tiempo una buena protección del medio ambiente en beneficio de las generaciones futuras. En particular , pretende estimular el intercambio, la cooperación y la movilidad entre los sistemas de educación y formación dentro de la Comunidad, de modo que se conviertan en una referencia de calidad mundial. 3. a) contribuir al desarrollo de un aprendizaje permanente de calidad y promover elevados niveles de calidad, la innovación y la dimensión europea en los sistemas y las prácticas en ese ámbito; b) apoyar la realización de un espacio europeo del aprendizaje permanente; c) ayudar a mejorar la calidad, el atractivo y la accesibilidad de las oportunidades de obtener un aprendizaje permanente disponibles en los Estados miembros; d) *reforzar la contribución del aprendizaje permanente a la cohesión social, la ciudadanía activa, el diálogo intercultural, la igualdad entre hombres y mujeres y la realización personal;* e) ayudar a promover la creatividad, la competitividad, la empleabilidad y el crecimiento de un espíritu empresarial; *f) favorecer una mayor participación en el aprendizaje permanente de personas de todas las edades, incluidas las que tienen necesidades especiales y las pertenecientes a grupos desfavorecidos, independientemente de su nivel socioeconómico; g) promover el aprendizaje de las lenguas y la diversidad lingüística*; h) apoyar el desarrollo, en el ámbito del aprendizaje permanente, de contenidos, servicios, pedagogías y prácticas innovadores y basados en las TIC; i) reforzar la capacidad del aprendizaje permanente para crear un sentimiento de ciudadanía europea, basado en la comprensión y en el respeto de los derechos humanos y de la democracia, y fomentar la tolerancia y el respeto hacia otros pueblos y otras culturas; j) promover la cooperación en materia de garantía de la calidad en todos los sectores de la educación y la formación en Europa; k) estimular el mejor aprovechamiento de los resultados y productos y procesos innovadores e intercambiar buenas prácticas en los ámbitos cubiertos por el programa de aprendizaje permanente, a fin de mejorar la calidad de la educación y la formación.

4. De acuerdo con las disposiciones administrativas que figuran en el anexo, el programa de aprendizaje permanente apoyará y complementará la actuación de los Estados miembros, respetando plenamente, al mismo tiempo, la responsabilidad de estos lo que se refiere al contenido de los sistemas de educación y formación y su diversidad lingüística y cultural.

5. Tal como se establece en el artículo 3, los objetivos del programa de aprendizaje permanente se perseguirán mediante la aplicación de cuatro programas sectoriales, un programa transversal y el programa Jean Monnet, que se denominan en lo sucesivo, en conjunto, «los subprogramas»», enunciados a su vez en el art3 de esta decisión». En este marco definitorio, es formación profesional.

12) «formación profesional»: toda forma de educación o formación profesional inicial, incluidos la enseñanza técnica y la profesional y los sistemas de aprendizaje, que contribuya al logro de una cualificación profesional reconocida por las autoridades competentes del Estado miembro en el que se obtenga, así como toda educación o formación profesional continuada cursada por una persona durante su vida laboral.

del trabajador. De hecho, en sus Directrices 22 «Aumentar la inversión en capital humano mediante la mejora de la educación y las cualificaciones», y 23 se hace un extenso repaso a los logros alcanzados y a los objetivos por venir[47].

Tan ambicioso programa, se traduce en el Plan Nacional de Reformas para el Reino de España, y en muy recientes reformas normativas. En el primero de los instrumentos citados, se hace una evaluación de lo ya hecho y por hacer tomando como esquemael modelo fraccionado de Formación Profesional que ha operado en nuestro país tradicionalmente, y que se abandona por RD 295/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo. Sin desconocer este importante cambio en el panorama normativo, merece la pena, pese a todo, describir la situación inmediatamente anterior que nos proporciona el Plan con arreglo al esquema antes vigente. Así, se reconocen los avances de la reforma en curso del sistema educativo, incrementándose los Ciclos Formativos de Grado Medio y de Grado Superior . Ahora bien, a pesar del incremento de alumnos, que es creciente en todas las edades «el porcentaje de jóvenes de 18 a 24 años que consiguen superar al menos la Educación Secundaria Superior no crece en la medida en que serìa necesario para la consecución del objetivo de Lisboa y...mejora muy lentamente el porcentaje de población adulta que participa en actividades de educación o formación». En este sentido, las predicciones objetivas del reino de España en formación ocupacional se hacen descansar en buena medida en el adecuado funcionamiento de la reforma de la formación profesional puesto en marcha a partir de la ley 5/2002.

Mayor interès presentan las argumentaciones en torno a los logros en formación continua, incluso tras haberse desplomado en parte su sistema de organización a partir de las Sentencias del TC de 25 de abril y 17 de octubre de 2002, lo que ha obligado a modificar el modelo de gestión de la misma. Ello no ha tenido como consecuencia una reducción de las dotaciones para formación continua, como se pone de relieve en el Plan: «se ha realizado un progresivo incremento de financiación, pasando de 382 millones de euros en 1997 a 740 millones en 2001…este incremento de la financiación se produce tambièn en los años sucesivos, siendo de 763 millones de euros en 2002, 854 millones de euros en 2003 y 862 millones de euros en 2004», que se ha correspondido con un incremento progresivo de los trabajadores beneficiarios de estas acciones formativas, que «ha pasado de 1.3 millones de personas en 1997 a 1.55 millones previstos en 2002 y a 1.56 estimados para 2003. De esta cifra el 4 por ciento son trabajadores que pertenecen a pymes». En el conjunto, reciben *un tratamiento prioritario las mujeres, los trabajadores mayores de 45 años*

[47] Directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2005-2008) /* COM/2005/0141 final.

y los no cualificados, asi como programas de formación en nuevas tecnologìas, que han supuesto, respectivamente un 18 por ciento del total de los formados para trabajadores de 45 años, un 42 por ciento en mujeres y un 33 por ciento en trabajadores no cualificados.

Las propuestas del Gobierno de España para los años siguientes descansan en la aceleración de la puesta en marcha de las reformas generales en la legislación educativa: el desarrollo de la Ley Or gánica de Calidad de la Educación, especialmente del título dedicado al aprendizaje permanente de las personas adultas y la LO 5/2002 de las Cualificaciones, citada; la creación del Sistema Nacional de Cualificaciones y la finalización del Código; y, entre otros, el desarrollo del sistema de orientación académica y profesional [48]. Por supuesto, en este contexto, el RD 395/2007 se eleva a la categoría de una pieza imprescindible, sur gida, además, en el marco del diálogo social que se orienta a hacer realidad lo más posible la idea del aprendizaje de por vida.

El desarrollo de la formación de trabajadores en paro, la formación para la inserción fue, como se sabe, el objeto de los Planes Nacionales de Formación e Inserción Profesional, de prolongada experiencia en nuestro país, regulados en esencia por el RD 631/1993, de 3 de mayo, recientemente derogado por el RD 395/2007, que afianza más si cabe la función de instrumento de inserción de los trabajadores [49]. En aras de esa función de inserción se establecieron preferencias para ciertos colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo (art. 1.2) «tendrán preferencia para participar en las acciones del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional los siguientes colectivos: a) desempleados perceptores de la prestación o subsidio por desempleo; b) desempleados mayores de 25 años, en especial los que lleven inscritos más de un año como parados, aún cuando no se encuentren en la situación prevista en la letra a); c) desempleados menores de 25 años que hubiesen perdido un empleo anterior de, al menos, seis meses de duración, aún cuando no se encuentren en el supuesto a); d) desempleados con especiales dificultades para su inserción o reinserción laboral, en especial, mujeres que quieran reintegrarse a la vida activa, minusválidos y migrantes».

---

[48] Como es sabido, los Catálogos nacionales de cualificaciones —constituidos «por las cualificaciones identificadas en el sistema productivo y por la formación asociada a éstos» fueron aprobados por RRDD 1 128/2003, de 5 de septiembre y 1416/2005, de 25 de noviembre, en el que se establecen sus funciones y el procedimiento para la elaboración de su contenido, comenzando a establecerse las cualificaciones en RRDD 295/2004, de 20 de febrero, 1087/2005, de 16 de septiembre y 1228/2006, de 27 de octubre, sin perjuicio, obviamente, de su posterior y remodelación atendiendo a las necesidades presentes y concretas del mercado de trabajo.

[49] Fue en este marco formativo donde se encuentran alguna de las escasas programaciones de inserción de inmigrantes, vif. OM 2 febrero 2007, sobre la formación ocupacional de trabajadores inmigrantes.

El reglamento desaparecido retuvo la competencia fundamental de diseño de los planes en el INEM, con la participación de las CCAA, generando una estructura formativa en buena parte acordada con el sector privado a través de planes de colaboración subvencionados (incluida la posibilidad de que desarrollen esas acciones las or ganizaciones empresariales o sindicales).

Sirvan los datos del Plan de Reforma para captar hasta qué punto la situación de formación profesional ocupacional está necesitada de una más intensa proyección social, y , sobre todo, de un adecuado funcionamiento de los ór ganos de coordinación y seguimiento a escala estatal y de ámbito inferior, lo que requiere un esfuerzo notable de cooperación en todos los actores implicados. Y no sólo de incrementos de las dotaciones presupuestarias, aunque éstas sin duda son necesarias en un ámbito en que se ha mantenido la atención alejada durante un prolongado periodo de tiempo. En este sentido, en la Ley 42/2006, de Presupuestos del Estado para 2007 se prevé una dotación presupuestaria en programas de formación que supera hasta en un 30% las cifras de 2004.

La reforma educativa de la formación ocupacional recibe, en el marco del Plan de Reformas, un tratamiento breve y preciso en el Eje dedicado a la inversión en capital humano. Y se diseña la acción del Estado de forma realista «una reforma del modelo de formación que favorezca el aprendizaje a lo lar go de la vida, conjugando el modelo autonómico de nuestro Estado y la inserción de la formación en la negociación colectiva sectorial». Por todo ello se plantea el reforzamiento de la intervención de los interlocutores sociales —que la experiencia ha demostrado que han sido baluartes de la centralización en las políticas de formación hasta la decidida y reciente intervención del TC—.

La consecución de esos objetivos se ha de lograr mediante la de los objetivos siguientes:

— Creación de un subsistema formativo único, que supere la diferencia entre formación ocupacional y continua en aras de la visualización de la idea del aprendizaje de por vida.

— Desarrollo de planes de formación en empresas, que cubran las necesidades formativas de sus trabajadores.

— Aumento y mejora de la formación del personal al servicio de las distintas Administraciones.

— Desarrollo de sistemas de acreditación de competencias que no se basen sólo en la formación institucionalizada, sino también en procesos formativos no formales, como la experiencia laboral (en la línea que la UE ha ido experimentando en sus Directivas sobre reconocimiento de títulos hasta culminar en la de 2005).

Justo los medios que se aprestan en el RD 395/2007, cuyo significativo artículo 2 recuerda que son fines de la formación profesional para el empleo:

a) Favorecer la formación a lo lar go de la vida de los trabajadores desempleados, mejorando su capacitación profesional y su desarrollo personal.

b) Proporcionar a los trabajadores los conocimientos y las prácticas adecuados a las competencias profesionales requeridas en el mercado de trabajo y a las necesidades de las empresas.

c) Contribuir a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas.

d) Mejorar la empleabilidad de los trabajadores especialmente de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento en el empleo o de inserción laboral.

e) Promover que las competencias profesionales adquiridas por los trabajadores tanto a través de procesos formativos (formales y no formales), como de experiencia laboral, sean objeto de acreditación».

Para el logro de estos fines, la tripartición de sistemas tradicional se desagrega en varias clases o tipos de formación (art. 3):

a) Formación de demanda para trabajadores que no estén afectados por los sistemas de formación de las Administraciones públicas, y que se encuentren temporalmente desocupados por la interrupción de campañas en fijos discontinuos, trabajadores desempleados en periodo formativo o trabajadores en suspensión de empleo por Expediente de Regulación de Empleo.

b) La formación de oferta se destinará a trabajadores ocupados y a los desempleados que designen las Administraciones Públicas

c) Y la formación en alternancia, en el marco de los contratos formativos y los programas públicos de empleo-formación.

Dicho lo cual, la norma señala la potencial prioridad para recibir formación de los desempleados pertenecientes a colectivos con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo: desempleados que sean mujeres, jóvenes, discapacitados, afectados y víctimas del terrorismo y de la violencia de género y personas en riesgo de exclusión social, siempre en coherencia con los fines determinados en los Planes de Reforma españoles y de acuerdo con lo establecido en la Estrategia Europea de Empleo y los programas operativos del FSE. Con palabras del Reglamento del Consejo y del Parlamento Europeo 1081/2006 «con objeto de

prevenir y gestionar el cambio y de aumentar el crecimiento económico, las oportunidades de empleo de mujeres y hombres y la calidad y la productividad en el trabajo, en el marco del objetivo de «competitividad regional y empleo» y del objetivo de «conver gencia», las ayudas concedidas con cargo al FSE deben destinarse, sobre todo, a mejorar la capacidad de adaptación de los trabajadores y las empresas, a incrementar el capital humano, el acceso al empleo y la participación en el mercado laboral, a propiciar la inclusión social de las personas desfavorecidas, a luchar contra la discriminación, (y) [50] a fomentar la inserción en el mercado de trabajo…».

Y con una finalidad de mantener en el empleo a trabajadores caracterizados por su debilidad en el seno del mercado de trabajo, el aparta-

---

[50] Resulta crucial el muy sustancioso artículo 3 del nuevo Reglamento, que, al determinar los objetivos de las acciones del FSE, asume una óptica claramente selectiva al enunciar el contenido de la mayor parte de las acciones y cierra el elenco con una referencia directa y específica a los colectivos débiles del mercado de trabajo, incluidos los trabajadores migrantes.: «*Artículo 3*. **Ámbito de intervención.** 1. En el marco de los objetivos de «convergencia» y de «competitividad regional y empleo», el FSE apoyará acciones en los Estados miembros encaminadas a dar respuesta a las prioridades siguientes: a) mejorar la capacidad de adaptación de los trabajadores, empresas y empresarios, con objeto de aumentar de esta manera la previsión y la gestión positiva del cambio económico, fomentando en particular: i) la formación permanente y el aumento de las inversiones en recursos humanos por parte de las empresas, especialmente las PYME, y los trabajadores, mediante el desarrollo y la aplicación de sistemas y estrategias, incluidos los sistemas de aprendizaje profesional, que faciliten el acceso a la formación, en particular a *los trabajadores poco cualificados o de mayor edad*, el desarrollo de las cualificaciones y competencias, la difusión de tecnologías de la información y de la comunicación, el aprendizaje por medios electrónicos, las tecnologías respetuosas del medio ambiente y las habilidades de gestión, el fomento del espíritu empresarial y de innovación, y la creación de empresas, …b) facilitar el acceso al empleo y la inserción duradera en el mercado de trabajo de las personas inactivas y de las que buscan trabajo, evitar el desempleo, en particular, el desempleo de lar ga duración y el *desempleo de los jóvenes*, apoyar el *envejecimiento activo* y la prolongación de la vida laboral, e incrementar la participación en el mercado laboral, propiciando especialmente: … medidas para conciliar la vida profesional con la vida privada, facilitando el acceso a los servicios de guardería y de atención a las personas dependientes, iii) integración y medidas específicas para mejorar el acceso al empleo, incrementar la participación duradera y promover el *avance de las mujeres en el empleo*, así como para reducir la segregación en función del sexo en el mercado laboral, incluso abordando las causas profundas, directas e indirectas, de las diferencias salariales entre mujeres y hombres, iv) medidas concretas orientadas a incrementar la *participación en el empleo de los trabajadores migrantes*, reforzando de esta forma su integración social, y a facilitar la movilidad geográfica y ocupacional de los trabajadores y la integración de los mercados de trabajo transfronterizos, incluso a través de la orientación, formación lingüística, y la convalidación de las competencias y aptitudes adquiridas; c)*potenciar la inclusión social de las personas desfavorecidas con vistas a su inserción duradera en el empleo y luchar contra todas las formas de discriminación en el mercado de trabajo*, fomentando en particular: i) los itinerarios de inserción y reingreso laboral para las personas desfavorecidas, como las *víctimas de la exclusión social, los jóvenes que abandonan prematuramente los estudios, las minorías, las personas con discapacidad, y para aquellos que cuidan de personas dependientes*, …».

do 3.b) del artículo 3 del RD 395/2007 menciona también la potencial prioridad de los trabajadores ocupados pertenecientes a pequeñas y medianas empresas, mujeres, afectados y víctimas del terrorismo y de la violencia de género, mayores de 45 años, trabajadores con baja cualificación y personas con discapacidad, de acuerdo con lo que se establezca en los Programas operativos del FSE. Supuesto este en que las tradicionales categorías de selección de colectivos débiles se enriquecen con nuevos colectivos en los que el elemento selectivo es la baja calidad de su trabajo en el seno de empresas con alto nivel de mortalidad, o su escasa empleabilidad, traducida en su escasa formación. Argumentos de mercado de trabajo estrictos, y no de pertenencia a un colectivo marcado por circunstancias en cierta medida extralaborales, que harían dudar de si realmente en estos dos últimos casos estamos ante medidas selectivas genuinas.

Para el logro de estos fines se refuerza la existencia de bonificaciones sobre la cuota de formación en empresas que contemplen la realización de formación entre sus trabajadores en el contexto de créditos empresariales de formación (señaladamente PYMES, por ejemplo, artículo 12 RD 395/2007, o directamente subvenciones en el marco de la formación de oferta, artículo 22)); regulación de permisos individuales de formación; potenciación del contrato para la formación como vehículo para favorecer la formación y la inserción laboral de los jovenes; la implantación de programas públicos de empleo-formación; desarrollo de contratos programa o similares que permitan estabilidad en la oferta formativa; reforzamiento de los Centros de Referencia Nacional por sectores productivos; creación de redes de Centros Integrados de FP para facilitar la oferta integrada de formación; etc. dedicando una parte sustancial de este III Eje a la formación en nuevas tecnologías. Y sobre todo, flexibilizándose los términos en que se recibe la formación, abandonándose el modelo «escolástico» o formal que ha sido la pauta entre nosotros.

Una profunda reforma, pues, que no permite ignorar que las cifras de abandono de estudios son muy altas en nuestro país, y que el gasto en políticas activas y «aggiornate» de formación ha de experimentar una subida de mucho calado para alcanzar los resultados que arrojan las experiencias de los países de nuestro entorno. En cifras de la OCDE, como puede verse, España ocupa un lugar significativamente bajo en todos los indicadores utilizados por la OCDE: gasto en instituciones educativas; y gasto anual por estudiante. Siendo especialmente ilustrativo el dato referido a la primera de estas materias, en la que España ocupa el lugar 23.º de una lista de 29 países, España inclusive, y en gasto por estudiante, en que ocupa el 22.º puesto del listado, aunque sea apreciable un aumento significativo en este item en el último decenio.

EDUCATION:
EXPENDITURE [1]

	Expenditure on educational institutions				Annual expenditure per student USD			Index of change in annual expenditure per student (1995 = 100)		Teachers' salaries in public lower-secondary education after 15 years of experience[2]	
	Public and private % of GDP	*Public*		*Private % of GDP*	*Primary education*[3]	*Secondary education*[3]	*Tertiary education*[3]	*Primary and secondary education*	*Tertiary education*	*Annual statutory salary USD*[3]	Salary *per statutory teaching hour USD*[3]
		% of GDP	*1995 = 100*								
Australia	5,97	4,53	127	1,44	5 052	7 239	12 688	131	96	40 479	50
Austria	5,78	5,56	108	0,22	6 571	8 562	11 274	—	109	33 138	53
Belgium	6,36	5,97	—	0,39	5 321	7 912 [c]	11 589	—	—	—	—
Canadá	6,14	4,88	107	1,31	—	—	—	—	—	—	—
Czech Republic	4,58	4,21	97	0,38	1 871	3 448	5 555	96	63	16 453	26
Denmark	7,10	6,82	130	0,28	7 572	8 113 [d]	14 280 [d]	121 [d]	124 [d]	35 809	56
Finland	5,84	5,74	117	0,10	4 708	6 537	10 981	109	101	36 552	61
France	5,98	5,61	112	0,38	4 777	8 107	8 837	114	113	32 933	52
Germany	5,26	4,28	106	0,98	4 237	6 620	10 504	103	111	47 165	64
Greece	4,06	3,82	154	0,23	3 299 [a]	3 768	4 280	144 [a,e]	131 [e]	25 563	41
Hungary	5,18	4,61	119	0,57	2 592 [b]	2 633 [b]	7 122 [b]	115 [b]	92 [b]	10 412	17
Iceland	6,70	6,15	—	0,56	6 373	7 265	7 674	—	—	19 377	31
Ireland	4,49	4,14	148	0,35	3 743	5 245	10 003	145	139	38 066	52
Italy	5,31	4,87	113	0,44	6 783 [b]	8 258 [b]	8 347 [b]	112 [b,e]	120 [b,e]	30 220	49
Japan	4,63	3,47	109	1,15	5 771	6 534 [d]	11 164 [d]	122 [d]	117 [d]	44 345	86
Korea	8,20	4,79	—	3,41	3 714	5 159	6 618	—	—	46 269	83
Luxembourg	3,64	3,64	—	—	7 873 [a]	11 091 [c]	—	—	—	—	—
México	5,87	5,12	140	0,75	1 357	1 915	4 341	125	90	20 722	18
Netherlands	4,90	4,51	123	0,39	4 862	6 403	12 974	124	105	38 697	44

EDUCATION:
EXPENDITURE [1]

	Expenditure on educational institutions				Annual expenditure per student USD			Index of change in annual expenditure per student (1995 = 100)		Teachers' salaries in public lower-secondary education after 15 years of experience[2]	
	Public and private % of GDP	*Public*		*Private % of GDP*	*Primary education*[3]	*Secondary education*[3]	*Tertiary education*[3]	*Primary and secondary education*	*Tertiary education*	*Annual statutory salary USD*[3]	Salary *per statutory teaching hour USD*[3]
		% of GDP	*1995 = 100*								
New Zealand	—	5,53	135	—	—	—	—	—	—	35 034	36
Norway	6,37	6,12	105	0,25	7 404	9 040 [c]	13 189	94 [a,e]	94 [e]	30 533	48
Poland	—	5,56	132	—	2 322 [b]	—	3 579 [b]	157 [b,e]	89 [b,e]	—	—
Portugal	5,85	5,77	135	0,09	4 181	5 976	5 199	166	111	31 876	50
Slovak Republic	4,11	3,99	107	0,12	1 252	1 874 [c]	5 285	115	101	6 611	10
Spain	4,89	4,33	117	0,56	4 168	5 442 [c]	7 455	129 [e]	133	36 930	65
Sweden	6,46	6,25	121	0,21	6 295	6 482	15 188	103	101	27 359	—
Switzerland	—	5,43	112	—	6 889 [b]	10 916 [b]	20 230 [b]	100 [b,e]	128 [b,e]	55 431	—
Turkey	3,51	3,46	167	—	—	—	—	147 [b,e]	159 [b]	—	—
United Kingdom	5,48	4,66	115	0,82	4 415	5 933 [c]	10 753	106	96	—	—
United States	7,34	5,08	125	2,26	7 560	8 779	22 234 [c]	114	109	42 801	38
Country mean	5,62	4,96	—	0,65	4 850	6 510	10 052	—	—	33 345	47

Notes:
StatLink: http://dx.doi.org/10.1787/650383071321
— not available or negligible.
1. Financial and human resources invested in education; 2001 data, unless otherwise stated
2. Year of reference 200
3. Converted using Purchasing Power Parities for GDP , see note 1 page 13

a. Incluyes pre-primary education.
b. Public institutions only.
c. Includes post-secondary non-tertiary education.
d. Includes part of post-secondary non-tertiary education.
e. Public expenditure only.

Source: *Education at a Glance - OECD Indicators 2004*, OECD, Paris, 2004. www.oecd.org/edu/eag2004

Fuente: OECD, Revisión del gasto en enseñanza 2005.

En el marco de reforma y unificación del subsistema de formación profesional, el tratamiento de la destinada a los trabajadores ocupados reviste un interés esencial en la arquitectura del RD 395/2007, en la medida en que a los cambios materiales se han de añadir los estructurales necesarios para coordinar la gestión entre Estado, CCAA y la colaboración de los agentes sociales, que han hecho de esta área material uno de los elementos más dinámicos en la reforma de los procesos educativos, precisamente a través de la negociación colectiva, en una serie de acuerdos [51] que generaron una Fundación para la Formación Continua que sistematizaron y normalizaron los instrumentos puestos a disposición de los trabajadores para su perfeccionamiento profesional o para los cambios más o menos tutelados de cara a la conservación del propio empleo [52].

Se trata, pues, de un subsistema básicamente centralizado en la gestión de los fondos, la aprobación de programas y control de los mismos, compartiendo el servicio de empleo y los interlocutores sociales papeles de actores políticos de ámbito inferior , con lo que, en última instancia, pueden generarse distorsiones en los mismos principios de unidad y coordinación que se han proclamado en el texto reglamentario regulador . La participación de los interlocutores sociales, y el progresivo protagonismo que se ha querido dar al nivel más sectorial que de empresa en la elaboración y diseño de los planes formativos es la causa, obviamente, del enriquecimiento de los contenidos de la negociación colectiva en materia de formación profesional[53], y de la potencial inserción de estos requerimientos formativos en empresas de pequeñas dimensiones tradicionalmente reacias a ellos.

Tanto en este subsistema como en el de formación ocupacional están previstas acciones de seguimiento y evaluación, que no parecen que se acerquen mínimamente a los requerimientos de evaluación de políticas activas, limitándose en buena parte a computar las acciones acometidas, los beneficiarios de las mismas y los fondos dedicados a sufragar estas acciones, evitandose seguimientos más profundos de adecuación al mercado y de inserción y permanencia de los formados que resultan de

---

[51] Sobre la serie de Acuerdos de Formación continua, su naturaleza y sus contenidos básicos, *vid*., Mirón Hernández, María del Mar: «El derecho a la formación profesional del trabajador» Ed. CES, Madrid., 2000, págs. 326 y ss, referido el análisis a la etapa previa a las Sentencias del TC —95/2002, de 25 de abril; 190/2002, de 17 de octubre; 230/2003, de 18 de diciembre; 228/2003, de 18 de diciembre; 158/2004, de 21 de septiembre— en materia de formación continua y a la reforma de este «subsistema». Véase también Martín Puebla, E.: «Formación profesional y contrato de trabajo. Un estudio sobre la adquisición de cualificación profesional a cargo de la empresa» La Ley , Madrid, 1998, págs. 164 y ss.

[52] Con ser importantes los ANFC, no es posible desdeñar la experiencia de acuerdos autonómicos en Cataluña y País Vasco, éste con la creación específica en materia de formación continua. Sobre el tema Mirón Hernández MM «El derecho a la formación profesional del trabajador» cit., págs. 331 y ss.

[53] Sobre estos contenidos, *vid*. El análisis de Mirón Hernández, M. M.: cit., págs. 366 y ss.

extraordinaria importancia para la evaluación de las políticas activas de empleo en general (vid. www .fundaciontripartita.org).

3. Una versión clásica de las políticas activas y selectivas: La creación y el fomento del empleo

Ya se ha dicho que la expresión «medidas selectivas», en realidad, no alude tanto o tan sólo a un determinado contenido, sino sobre todo alude a una finalidad de facilitar el acceso al mercado de trabajo de trabajadores con especiales dificultades para ello. Lo cual compromete para su consecución a toda la panoplia de políticas activas, adecuadamente ajustada a las necesidades de estos colectivos.

Ya se ha dicho, sin embar go, que la «selectividad» de las políticas activas ha experimentado importantes retrocesos en aras de políticas activas por así decirlo «simples», orientadas a la colocación de trabajadores desempleados. Por esa razón sufren un notorio retraso en su diseño y concepción en alguna or ganización internacional (la OCDE es un modelo al respecto) y, desde luego, entre nosotros, porque nuestra legislación ha tendido por prolongados periodos de tiempo a recluir a los colectivos desfavorecidos en el ámbito de las medidas de fomento del empleo en sentido estricto, a través sobre todo, de la temporalidad de los contratos ofertados y del incentivo económico por su concertación.

Conviene precisar esto: se trata de medidas que han sido consideradas fundamentalmente accesorias de las generales de activación del mercado de trabajo, llamadas a operar cuando estas fallan porque se trata de colectivos con dificultades añadidas al hecho de hallarse en situación de desempleo que les alejan del mercado de trabajo regularizado (y por tanto les mantienen en el eslabón más débil de un mercado de trabajo fragmentado). Por ello son necesarias, aunque no siempre sean efectivas. Esto es algo que admiten los estudiosos de la materia del empleo: no siempre los países con más alta tasa de paro plantean políticas de selección de trabajadores; y tampoco los países con baja tasa de paro se decantan por ellas en todos los casos. Y algo más, siguiendo el análisis de Gazier [54], es difícil evitar que en este tipo de medidas concurran los efectos «perversos» más frecuentes en las políticas activas en general:

a) El «efecto de selección», que genera el seleccionar , aún dentro de los programas, a las personas más capacitadas y más proclives a encontrar un trabajo por sí mismas, desviando en parte los resultados globales queridos por el programa;

[54] Gazier, B.: «Evaluación de las políticas activas de empleo: experiencias europeas», en VV. AA. «La evaluación de las políticas de ocupación» MT AS, Madrid 2000, págs. 47 y ss.

b) el «efecto peso muerto», «el más conocido», que genera la contratación a través del programa de una persona que de todas formas hubiera sido contratada. Algo más, según el autor citado «un resultado común de muchos estudios de evaluación es que los efectos peso muerto pueden llegar al 80% del total de subvenciones al empleo»;

c) el efecto «desplazamiento y sustitución», que «aparecen cuando el resultado se obtiene a expensas de otra persona» que no es seleccionada o pierde su empleo, nuevamente en aras de su debilidad como competidor para el puesto de trabajo;

d) el «efecto de expulsión» «cuando la contratación subvencionada masiva hace casi imposible que haya contrataciones no subvencionadas» y

e) el «efecto de rotación o puerta giratoria», que no consiguen asegurar un puesto de trabajo al desempleado, que ha de salir para que se contrate a otro con la preceptiva subvención.

Aparte esta dificultad técnica, que puede tratar de soslayarse con medidas rigurosas de incompatibilidades y exclusiones —y con una adecuada política de evaluación de los programas, no siempre existente—las medidas selectivas pueden plantear problemas de encaje en el global de las instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, señaladamente en cuanto en éste se consagra el principio de igualdad de trato (en el nuestro en los tan conocidos arts. 9.2 y 14 CE), ya que se basan en la desigualdad, en la diferencia de tratamiento normativo favorable a los trabajadores contemplados por los distintos programas de empleo, y a la inanidad normativa en relación con los no protegidos, que pueden hallarse igualmente sin empleo y con dificultades de acceso a una colocación.

Esto es, se trata de un área en que los problemas jurídicos planteados por las «acciones positivas» no pueden dejar de plantearse. La unanimidad de las organizaciones internacionales en admitir estas figuras es patente, y se basa en algo también evidente: el tratamiento preferente tiene su origen en las necesidades cualificadas de estos colectivos, que deben ser tratadas coherentemente para que se pueda hablar de igualdad sustancial.

No es casual, por ello, que la única vez que nuestro Tribunal Constitucional se ha enfrentado al tema de acciones positivas haya sido en relación con las preferencias de empleo de minusválidos —de hecho, reserva de plazas, una forma «dura» de la política de cuotas— en el seno de una administración pública (STC 269/94, de 3 de octubre), acerca de una reserva para minusválidos en la administración canaria. Dejando de lado las vicisitudes concretas del caso, el TC resuelve el tema afirmando

que «es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, aplicada por la Comunidad Autónoma de Canarias, no vulnera el artículo 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE)» (FJ 4).

Las medidas selectivas, por tanto, pueden venir exigidas por algo más que requerimientos económicos de racionalizar el mercado de trabajo, sino también por la necesidad de promocionar a los sujetos protegidos al factor integrador en la sociedad que es el trabajo. De ahí la racionalidad y la licitud de la autorización general que para este tipo de medidas se contiene en el propio artículo 17 ET . Y la referencia expresa que en la ley 56/2003 se contiene en su artículo 26, que señala al Gobierno y a las CCAA la obligación de establecer «programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, mujeres, parados de larga duración mayores de 45 años, discapacitados e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería». Y la modificación de la Ley de empleo realizada por la LO 3/2007, en relación con la necesaria existencia de líneas de empleo y formación exclusivas o prioritarias para mujeres desempleadas.

Pero la mención de la ley de empleo no se agota ahí. Teniendo en cuenta las recomendaciones internacionales prevé que se elaboren «itinerarios de inserción que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de estos desempleados y a sus necesidades específicas. Cuando ello sea necesario, los servicios públicos de empleo valorarán la necesidad de coordinación con los servicios sociales para dar una mejor atención al desempleado» (art. 26). Y una orientación semejante, de evitar alejamientos definitivos del mercado de trabajo, preside el artículo 28 de la ley , cuando inserta en las obligaciones de los perceptores de prestaciones por desempleo la necesidad de someterse a los procesos de inserción diseñados —se supone—de acuerdo con su perfil.

Como puede verse, el diagnóstico de los colectivos desfavorecidos que hace la ley de empleo no es exhaustivo, pero comprende a una serie de supuestos cuyos problemas de acceso al trabajo nadie discute: jóvenes, mujeres, parados de larga duración, discapacitados e inmigrantes. Los listados comunitarios a los que se ha hecho referencia con anterioridad se demuestran certeros también en relación con nuestro país, aunque no se refieran a todos los colectivos del artículo 26 de la ley 56/2003. Las desigualdades territoriales propias de la ineludible localización de los mercados de trabajo y la inserción de las CCAA en la gestión de políticas de empleo propias contribuyen, como veremos, a hacer más densa y compleja la lista, hasta alcanzarse los extremos de la legislación ahora vigente.

Por lo demás, desde la perspectiva comunitaria, las acciones acometidas por España —en el Informe Conjunto 2004-2005 reciben calificaciones que reflejan cierta incoherencia interna a la hora de diseñar las políticas activas en nuestro país, pero que califican de «avanzada» la acción ejercida a favor de mujeres y jóvenes [55] y demuestran hasta qué punto las acciones acometidas por el Gobierno de España —al menos las calificadas de forma más favorable—son precisamente las que se han traducido

---

55

Recomendaciones del Consejo en materia de empleo para 2004	*Apreciación sobre su aplicación*
Aumentar la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas	Limitada
• promover la modernización de la or ganización del trabajo para potenciar la productividad y la calidad en el trabajo;	Insuficiente
• revisar el marco regulador para hacer que los contratos indefinidos tengan más atractivo para los empresarios y disuadir del uso de contratos de duración determinada, a fin de contrarrestar la segmentación del mercado de trabajo; aumentar el atractivo para los trabajadores de la utilización de las agencias de trabajo temporal; suprimir los obstáculos para el trabajo a tiempo parcial;	Limitada
• aprovechar las posibilidades que ofrece la diferenciación salarial en función de la evolución de la productividad y de las condiciones a escala local, regional y sectorial (véase la directriz número 5 de las Orientaciones Generales de Política Económica).	
Atraer a más personas al mercado de trabajo y hacer del trabajo una verdadera opción para todos	
• aumentar los incentivos para que las mujeres participen en el mercado de trabajo así como incrementar la disponibilidad y asequibilidad de los servicios para el cuidado de los hijos y otras personas dependientes;	Avanzada
• aumentar la cobertura y la eficacia de las medidas activas del mercado de trabajo para las personas desfavorecidas, en particular las personas jóvenes, con discapacidad, inmigrantes y en paro de lar ga duración;	Avanzada
• completar la modernización de los servicios públicos de empleo, incluido el sistema de seguimiento estadístico; potenciar la coordinación entre los servicios de empleo regionales; y hacer frente a los demás obstáculos a la movilidad geográfica;	Limitada
• establecer una estrategia exhaustiva para el envejecimiento activo que ofrezca modalidades de trabajo flexibles e incentivos a los trabajadores de más edad con la finalidad de que permanezcan más tiempo activos y formándose.	

en medidas selectivas de incentivo a la contratación. En todas las demás medidas activas distintas de éstas —sin duda más caras y más complejas— la calificación es «limitada» o «insuficiente», en relación con colectivos tan trascendentes como los mayores o los jóvenes..

Por todo lo expuesto, este apartado hace referencia a los modelos de medidas más clásicas adoptadas en España en el marco de lo que hoy se llama medidas activas de mercado de trabajo v , donde «entre 1985 y 1994 se cifra su distribución de gasto «de una manera aplastante» en «ayudas al empleo»[56]. Y esta situación no cambia del todo con posterioridad. Resumiendo una visión de conjunto del mismo autor , a escala europea, pero también a escala española «a) La evolución del gasto activo responde al ciclo económico (aumentos en las etapas de expansión económica y disminuciones en las etapas de recesión); b) Registra un bajo nivel de importancia dedicado a las políticas activas, aunque ha recortado distancias respecto a la media europea en los últimos años; c) La proporción del gasto activo sobre el gasto total dibuja una clara conver gencia con la media europea» (salvo los datos de 2002) pero, en relación ya concreta con España, «d) representa un claro ejemplo del enfoque tradicional de las políticas activas centrado en las ayudas al empleo (en especial subvenciones y bonificaciones a la contratación)» [57].

Los datos elaborados por la OCDE confirman esta aproximación de entrada. Con todas las dificultades que supone elaborar una serie estadística a escala multinacional, se sostiene que en 2002 los gastos de políticas activas de empleo en España se distribuyeron así (tomando como unidad de medida el porcentaje sobre el +PIB):

Invertir más, y de forma más eficaz, en capital humano y educación permanente	
• reducir el abandono escolar y garantizar la calidad y la pertinencia de la educación terciaria con respecto al mercado de trabajo;	Limitada
• potenciar los incentivos al aprendizaje permanente para aumentar la participación, en particular la de las personas poco cualificadas.	Avanzada

Nota: El grado de aplicación se indica como «Concluida» cuando el proceso de reforma está prácticamente) concluido y se han alcanzado (prácticamente) los resultados esperados; Avanzada» cuando la reforma política se halla muy adelantada y se registran avances en su puesta en práctica; «Limitada» cuando las medidas adoptadas en respuesta a la recomendación son sólo parciales y su aplicación es limitada e «Insuficiente» cuando no se han tomado medidas sustanciales en la dirección recomendada.

[56] Alujas Ruiz, J. A.: «Las políticas activas de mercado de trabajo en España en el contexto de la Unión Europea», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales num. 61, pág. 83.

[57] Alujas Ruiz, J. A.: *op. cit.*, pág. 91.

	2002	*2003*	*2004*
Servicios públicos de empleo	0,10	0,09	0,08
Formación	0,17	0,15	0,17
Incentivos al empleo	0,29	0,30	0,33
Integración discapacitados	0,04	0,04	0,03
Creación directa empleo	0,09	0,09	0,10
Ayudas a la creación empresas	0,06	0,05	0,07

Fuente: OCDE «Perspectivas de empleo 2005» Anexo Cuadro H, pág. 439

Lo que obviamente implica que los incentivos al empleo suponen más de un 50% del total de las otras clases de medidas, y nos coloca en una posición relativamente alejada de la opción de otros países miembros de la OCDE, por delante de países como Eslovaquia, Bélgica, o Dinamarca. Lo cual no es en sí una opción censurable, si no fuera porque no existe seguridad en la efectividad real de este tipo de medidas frente a otras posibles medidas de activación, y porque esa cifra supone casi el total de las medidas adoptadas, estando dedicado el mayor esfuerzo inversor a la estructuración de la protección por desempleo.

Este primer rasgo de nuestro sistema de activación del mercado de trabajo se ha de acompañar con otro que estimo que es importante para entender la dinámica de la política de empleo española. Durante un prolongado periodo de nuestra historia reciente, prácticamente hasta las reformas de 1994, el recurso estrella en materia de medidas de fomento del empleo ha sido, no el alivio económico de las car gas que pesan sobre las empresas en virtud de cada contratación laboral, sino un mecanismo indirecto para flexibilizar la legislación general común a través del reconocimiento desmesurado de la posibilidad de contratación temporal sin causa como medida de fomento del empleo, que prácticamente oscureció la efectividad potencial de otro tipo de medidas. De hecho, en cifras del Ministerio de Trabajo y para el periodo comprendido entre 1988 y 1994, los concertados como temporales de fomento del empleo supusieron en todo lo lar go de vigencia alrededor del 50% del total de los registrados al amparo de medidas de fomento del empleo; las cifras oscilaron entre el 43,37% del total en 1988 y el 36,50% en 1993. Y, finalizada la experiencia a finales de 1993, se produjo un desplazamiento notable de estas cifras de contratación temporal, sólo que ahora al amparo de las categorías ordinarias del artículo 15 ET [58]. La siguiente categoría en im-

[58] Sobre la evolución de la contratación temporal como medida de fomento del empleo, *vid*. mi trabajo «Las políticas de fomento del empleo» en VV. AA. «La incidencia de la reforma del mercado laboral sobre la estructura, el empleo y las condiciones del mercado de trabajo en Andalucía», CARL, Sevilla, 1996, págs. 182 y ss.

portancia de medidas de fomento del empleo sería la contratación a tiempo parcial, con tendencia creciente desde el 14,2% en 1988 al 42,07 en 1993. Los contratos formativos serían el otro escalón en este «ranking» si bien a considerable distancia de los modelos anteriores [59]. Los contratos celebrados al amparo de lo concertado entre el INEM y las Administraciones Públicas serían la última modalidad reseñable por su importancia en el conjunto estatal, aunque su tendencia en conjunto fuera decreciente [60].

El resto de medidas de fomento de la contratación, tomando sólo en consideración las cifras de contratos celebrados que recoge el Anuario de Estadísticas Laborales pueden calificarse de fracaso sin paliativos, pues ninguna de ellas llegó a suponer más del 1% del total de contratos celebrados en el periodo de tiempo considerado. Se da la circunstancia adicional de que en este conjunto de medidas relativamente infructuosas se alineaban las que pudiéramos llamar «medidas selectivas», orientadas a colectivos con dificultades específicas de colocación, ya se tratase de trabajadores mayores de 45 años [61], minusválidos[62], jóvenes menores de 26 años [63], sustitución de trabajadores a consecuencia de jubilaciones anticipadas [64], contratos de relevo[65] o mujeres en sectores en que se hallen subrepresentadas [66].

Ni siquiera con ocasión de la importante reforma del ordenamiento laboral que tiene lugar en 1994 se generan importantes revulsivos en materia de empleo y fomento del empleo. Si existen cambios (que no estén ligados al empleo juvenil a través de las reformas en el régimen de los contratos formativos) son realmente tímidos. En efecto, la ley 42/94, de

---

[59] Así las cifras relativas al contrato en prácticas fueron, según el Anuario de Estadísticas Laborales: en 1988 un 8,56% del total; un 9,73% en 1989; un 9,06% en 1990; un 8,29% en 1991; un 6% en 1992; un 3,68% en 1993, un 3,59 en 1997 y un 4,84% en 1995. Respecto del contrato para la formación, y según la misma fuente: en 1988 supusieron un 13,24% del total; un 14,50% en 1989; un 13,04% en 1990; un 1 1,64% en 1991; un 7,56% en 1992; un 3,64% en 1993; un 12,53% en 1994 y un 12,40% en 1995.

[60] Igualmente, según cifras del Anuario de Estadísticas Laborales, en 1988 supusieron un 14,76%; un 11,36% en 1989; un 9,03% en 1990; un 7,90% en 1991; un 7,60% en 1992; un 11,44% en 1993 y un 9,07% en 1994.

[61] Para este colectivo, los contratos concertados al amparo de medidas de fomento del empleo fueron un 0,61% del total en 1988; un 0,03% en 1990; un 0,27% en 1991; un 0,35% en 1992; un 0,31% en 1993; un 0,35% en 1994 y un 0,47% en 1995.

[62] Según la misma fuente, y para el periodo considerado, los contratos de este colectivo supusieron un 0.21% en 1988; un 0,16 en 1989; un 0,17% en 1990; un 0,24 en 1992; un 0,38% en 1993; un 0,33% en 1994 y un 0,24% en 1995.

[63] Los contratos supusieron un 4,60% en 1988; al retomarse en 1992 supusieron sólo un 0,10%; un 0,08 en 1993; un 0,09 en 1994 y un 0,12% en 1995.

[64] En 1988 supusieron un 0,04% de la contratación total; un 0,03 en 1989; un 0,04% en 1990; un 0,04% en 1991; un 0,07% en 1992; un 0,08% en 1993; un 0,09$ en 1994 y un 0,12% en 1995.

[65] Un 0,06% en 1989; un 0,09% en 1990; un 0,1 1% en 1991; un 0,1 1% en 1992; un 0,10% en 1993; un 0,01% en 1994 y un 0,01 también en 1995.

[66] Serían un 0,02% del total de contratos en 1992; un 0,03% en 1993; un 0,03% en 1994 y un 0,03% en 1995.

30 de diciembre, de acompañamiento a los PGE de 1995, enuncia como colectivos cubiertos por el programa de fomento del empleo en ella contenido a un conjunto realmente breve de sujetos: los trabajadores beneficiarios de prestaciones de desempleo de nivel contributivo o asistencial, que lleven inscritos como parados cuando menos 1 año en la oficina de empleo; trabajadores mayores de 45 años y trabajadores minusválidos. En su favor se diseña un programa basado en la contratación temporal incentivada, y la posibilidad de conversión de contratos temporales en contratos indefinidos, asimismo incentivada, en régimen general (el previsto en la ley 22/92, de 30 de julio, de medidas ur gentes de Fomento del Empleo y Protección por Desempleo) y el específico para minusválidos, girando en torno a la ley 13/1982, de 7 de abril. La diferencia fundamental se centra en la tipología y cuantía de los incentivos o bonificaciones según el caso. La contratación temporal sigue siendo, por tanto, uno de los principales incentivos a la contratación —además de los puramente económicos—, vinculados al fomento del empleo de determinados colectivos, lo que sin duda incide, acentuándola, en la segmentación del mercado de trabajo, que pesa sobre los colectivos más débiles también por esta vía.

No es de extrañar , ante la concisión de la ley en torno a los colectivos más necesitados de cobertura en nuestro mercado de trabajo, que las CCAA tomen en cierta medida el relevo, abriendo el horizonte a otros grupos, en atención a las necesidades y peculiaridades de sus territorios, aunque alcanzando en su conjunto resultados muy similares. Como ejemplos de esta tendencia pueden citarse la LPG del País Vasco, Ley 3/82, 24 de marzo. DA 7.ª, que prevé la implantación de programas de fomento del empleo a favor de mujeres con responsabilidades familiares y jóvenes [67]. O la Orden de 27 abril 1998 de la Xunta de Galicia sobre fomento de la economía social y especialmente del trabajo de minusválidos y el Decreto 377/98, de 23 de diciembre, sobre diversos programas de promoción del empleo[68] dedicado a la promoción de la integración de determinados

[67] «**7.ª** El Gobierno elaborará las normas para el reparto de las subvenciones recogidas en la Sección 13, para la promoción del empleo juvenil y del de las mujeres en paro con responsabilidades familiares. Las citadas normas se presentarán a la «Comisión de Trabajo y Bienestar Social» antes de su definitiva aprobación por el Gobierno»

[68] *Artículo 1.1*. El presente Decreto tiene por objeto el establecimiento de una regulación unificada de todas las ordenes de convocatoria de ayudas y subvenciones que, en materia de medidas activas de empleo, realice la Consellería de Familia y Promoción del Empleo, Mujer y Juventud en cuanto a presentación de solicitudes, tramitación, valoración y resolución. 2. La concesión de las antedichas ayudas y subvenciones con car go a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se efectuará mediante el procedimiento previsto en este Decreto, de acuerdo con los principios de objetividad, concurrencia y publicidad, garantizando la transparencia de las actuaciones administrativas. *Artículo 2*. Las disposiciones de la presente norma serán de aplicación a todas las órdenes de convocatoria de subvenciones que realice la Consellería de Familia y Promoción del Empleo, Mujer y Juventud en materia de medidas activas de empleo y, en concreto, a las siguientes: a) Ayudas para la impartición de cursos de formación ocupacional, así como para la realización de actuaciones en materia de evaluación y ca-

colectivos de desempleados en empresas de economía social[69]. O también, en el ámbito andaluz, el prolongado programa «Andalucía Jóven (Dto 58/86 de 19 de marzo, para jóvenes entre 16 y 25 años), o los programas de fomento del empleo de parados de larga duración (Dto 249/87, de 14 de octubre) o los programas de fomento del empleo para trabajadores con especiales dificultades de colocación a partir del Dto. 55/95, de 7 de marzo, que refunde los anteriores, y el Dto. 56/95, de 7 de marzo, monográficamente dedicado al empleo de mujeres, en cuanto a medidas de formación, o de autoempleo o empleo por cuenta ajena subvencionados.

En fin, mujeres en sectores en que están infrarrepresentadas o con responsabilidades familiares, jóvenes con distintas escalas de edad, parados de larga duración con o sin consideraciones a la edad del trabajador y minusválidos (éstos también contemplados en la normativa estatal desde 1983 con normas específicas, como se ha dicho) van apareciendo de forma recurrente como colectivos necesitados de ayudas de fomento del empleo, en forma de trabajo por cuenta ajena o en el marco de la economía social y el autoempleo. Probablemente el patente recurso al autoempleo o a la economía social para estos colectivos tenga su base, tanto en sus dificultades reales de colocación [70] cuanto

---

lificación profesional y en lo referente a la formación de formadores. b) Ayudas para la realización de acciones de inserción y orientación profesional y asistencia para el empleo. c) Ayudas para el fomento del empleo a través de los programas de cooperación. d) Ayudas para la creación de escuelas taller, casas de oficios y unidades de promoción y desarrollo. e) Ayudas al fomento de la contratación y a la creación de puestos de trabajo. f) Ayudas a la promoción de la economía social. g) Ayudas a la integración laboral de las personas con discapacidad. h) Ayudas al fomento del empleo en el ámbito local y rural.

[69] *Artículo 3*. *Cuantía de la subvención* 1. El Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social procederá a conceder las subvenciones según las circunstancias que concurran en las personas beneficiarias, de acuerdo con el siguiente baremo: a) Personas desempleadas menores de 25 años: Hasta 250.000 pesetas. b) Personas desempleadas mayores de 25 años y menores de 40 años: I. Hasta 350.000 pesetas si llevan inscritas como desempleados/as, entre 12 y 18 meses. II. Hasta 400.000 pesetas si llevan inscritas como desempleados/as, más de 18 meses. c) Personas desempleadas mayores de 40 años: I. Hasta 350.000 pesetas, si llevan inscritas como desempleados/as, menos de 12 meses. II. Hasta 400.000 pesetas si llevan inscritas como desempleados/as, entre 12 y 18 meses. III. Hasta 450.000 pesetas si llevan inscritas como desempleados/as, más de 18 meses. 2. Atendiendo a las circunstancias de su integración en la vida laboral: a) A las mujeres que se incorporen como socias trabajadoras o de trabajo en una sociedad cooperativa o laboral, se les podrán incrementar las cantidades establecidas en el número anterior en 50.000 pesetas más. b) Así mismo y en atención al Convenio Marco entre el Gobierno Vasco y el Ministerio de Justicia en materia penitenciaria, se incrementará en 50.000 pesetas más a los internos/as en tercer grado y a los liberados/as condicionales que se incorporen como socios/as trabajadores/as o de trabajo en una sociedad cooperativa o laboral. 3. En ningún caso la subvención otorgada podrá sobrepasar el capital suscrito por la persona beneficiaria en el momento de su incorporación como socio/a trabajador/a o de trabajo en la sociedad cooperativa o laboral correspondiente.

[70] Uno de los motivos no expresos de recurrir a estas fórmulas de colocación, sin perjuicio de la evolución del autoempleo, cuando pasa aser valorado como fórmula de potenciación del espíritu empresarial, *vid*. sobre el tema, Cueto Iglesias, B. Taboada González, I.: «Un análisis comparativo de los programas de fomento del empleo autónomo en España» Boletín Económico del ICE num. 2819, octubre 2004, págs. 9 y ss.

en la mayor facilidad competencial para abordar estas formas de trabajo desde un punto de vista no estrictamente subvencional por parte de las CCAA.

Es a partir de 1997 cuando se empiezan a registrar importantes cambios de filosofía en la política de fomento del empleo, con el concurso de los agentes sociales a través de procesos de concertación, en la medida en que se implanta un modelo de contrato laboral suavizado sobre todo en materia de efectos del despido ilícito, pero con duración indefinida, lo que convierte a esta característica del contrato en un elemento de depuración potencial de los vicios que afectaban a nuestro mercado de trabajo.

Así lo reconoce palmariamente la Exposición de Motivos de la ley 63/97 de 23 de diciembre, de medidas ur gentes de reforma del mercado de trabajo y para el fomento de la contratación indefinida: «Con carácter transitorio se articula una modalidad para el fomento de la contratación indefinida, dirigida a colectivos específicos singularmente afectados por el desempleo y la inestabilidad laboral, estableciéndose algunas particularidades, que tienen una sólida, razonable y objetiva fundamentación, en lo que se refiere a su régimen indemnizatorio en el supuesto de que la extinción del contrato se produjera a través de un despido objetivo declarado improcedente». Este era el sentido de su Disposición Final 1.ª, que incorpora el llamado «contrato para el fomento de la contratación indefinida», previendo para esta norma concreta una duración de 4 años, dando al modelo de contrato una valencia claramente selectiva: restringiendo la concertación de este contrato sólo con trabajadores jóvenes entre 18 y 29 años; parados de lar ga duración que lleven 1 año inscritos como tales en la Oficina de empleo; mayores de 45 años; minusválidos; ó trabajadores temporales, por conversión de su contrato en uno estable. La programación de las Escuelas taller y Casas de oficio se prevé que se dirija a jóvenes entre 16 y 24 años.

La línea ya implantada sobrevive en la reforma de 2001 (ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas asimismo ur gentes de reforma del mercado de trabajo) que, en el plano del programa ordinario de fomento del empleo, promociona en exclusiva la contratación indefinida —restringiendo la modalidad de empleo temporal sólo a la contratación de minusválidos, DA 3.ª— y continúa en la línea de incentivación selectiva que se había plasmado en la reforma anterior, integrando una selección de trabajadores beneficiarios mucho más amplia (art. 4), que contempla a «a) Mujeres desempleadas, entre dieciséis y cuarenta y cinco años. b) Mujeres desempleadas, cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino. c) Desempleados inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante seis o más meses. d) Desempleados mayores de cuarenta y cinco años y hasta los cincuenta y cinco. e) Desempleados mayores de cincuenta y cinco años y hasta los sesenta y cinco. f) Desempleados perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo, a los que les reste un año o más de percepción en el momento de la contratación. g) Desempleados perceptores del

subsidio por desempleo en favor de los trabajadores incluidos en el Régimen especial agrario de la Seguridad Social. h) Desempleados admitidos en el programa que contempla la ayuda específica denominada renta activa de inserción. i) Mujeres desempleadas inscritas durante un período de doce o más meses en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto. Todo ello con reglas específicas de bonificación de las cargas sociales de trabajadores empleados mayores de 60 años (art. 6.7). Y con una previsión específica acerca de la contratación posible por empresas o entidades que no persigan fin de lucro de «trabajadores con riesgo de exclusión social», que el artículo 4.1.3 enuncia como perceptores de rentas mínimas de inserción; trabajadores que no hayan podido percibir dichas rentas por haber agotado el periodo máximo exigido o por no reunir los requisitos de la norma que las reconoce; jóvenes de entre 18 y 30 años procedentes de instituciones de protección de menores; internos en centros penitenciarios que puedan acceder a un empleo; y personas con problemas de drogadicción o alcoholismo en periodo de rehabilitación.

De otra parte, la regulación del contrato de fomento de la contratación indefinida de la Disposición Adicional 1.ª reviste la misma orientación selectiva que la medida general, en cuanto que reserva su suscripción en beneficio de trabajadores desempleados e inscritos en la Oficina de empleo en quienes concurra alguno de los requisitos previstos en la norma, que normalmente coinciden con alguna de las circunstancias que está demostrado que dificultan especialmente el acceso al empleo normalizado:

— Jóvenes de 16 a 30 años, ambos inclusive, por la dificultad de acceder a un contrato normalizado, que crece cuanto más se alejan de los periodos formativos, cuando éstos no están adecuadamente diseñados para un acompañamiento continuo del trabajador, en el modelo de formación de por vida [71] y que se

[71] La tasa de actividad en función del nivel de estudios terminados puede ser un indicador de esta tendencia en el trabajo y el paro:

ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA *EPA-40.*
Tasas de actividad, ocupación y paro, por sexo y nivel de estudios terminados (1)

Media anual en porcentaje

	Tasas de actividad			*Tasas de ocupación*			*Tasas de paro*		
	2003	*2004*	*2005*	*2003*	*2004*	*2005*	*2003*	*2004*	*2005*
AMBOS SEXOS									
Total	**55,5**	**56,4**	**57,4**	**49,1**	**50,2**	**52,1**	**11,5**	**11,0**	**9,2**
Analfabetos	9,4	10,4	10,1	7,1	7,8	7,9	24,2	25,3	21,6
Estudios primarios incompletos	18,8	17,9	18,0	15,4	14,9	15,8	18,0	16,5	12,2
Estudios primarios completos	37,2	36,9	36,3	33,0	32,7	32,6	11,3	11,4	10,1

encuentran especialmente afectados por la contratación temporal;[72]

— mujeres desempleadas en ámbitos en que se encuentren infrarrepresentadas, en cuanto se trata de generar en el mercado de trabajo la mixicidad que permita realmente la igualdad de trato, en lo funcional y en lo retributivo, evitando la «feminización» rampante de determinadas categorías y sectores;

— trabajadores mayores de 45 años de edad, [73]

Estudios secundarios	66,0	66,4	67,0	57,7	58,5	60,2	12,5	11,9	10,1
Programas formación profesional	78,2	79,1	78,0	68,2	68,9	70,6	12,8	12,9	9,5
Educación general	64,2	64,5	65,1	56,2	56,9	58,4	12,4	11,7	10,2
Estudios postsecundarios	81,5	82,2	81,7	74,2	75,4	76,2	8,9	8,3	6,8
Técnico-profesionales superiores	84,4	84,9	83,0	76,1	76,9	76,8	9,8	9,4	7,5
Primer ciclo	75,4	76,6	77,0	69,0	70,6	72,0	8,4	7,9	6,6
Segundo y tercer ciclo	84,7	85,0	84,4	77,4	78,3	79,0	8,6	7,9	6,4
Otros	77,4	81,7	84,1	71,3	74,5	79,9	7,9	8,9	5,0

[72] Téngase en cuenta que, en datos de 2005 «el 91,71% de la contratación de jóvenes tiene una duración temporal frente al 8,29% que es indefinida…Por otra parte, el 26,63% de los contratos temporales tienen una duración igual o superior a un mes, porcentaje que ha descendido con respecto a 2004, que se encontraba en el 29,51%. Se desconoce la duración exacta del 35,05% de los contratos que son fundamentalmente de obra y servicio» INEM, Observatorio «Mercado de Trabajo de los Jóvenes. Nacional».

[73] Respecto de los cuales el diagnostico comunitario es también acertado, si bien no parece que sea tanto por la tasa de paro como por la duración de éste y la posibilidad de reintegrarse al mercado de trabajo.

Parados, por sexo y edad (1)

Media anual

	Valores absolutos		*Variaciones sobre año anterior*					
	En miles		*Absolutas En miles*			*Relativas En porcentaje*		
	2004	*2005*	*2003*	*2004*	*2005*	*2003*	*2004*	*2005*
AMBOS SEXOS								
Total	**2.213,6**	**1.912,5**	**86,9**	**-28,5**	**-301,1**	**4,0**	**-1,3**	**-13,6**
De 16 a 19 años	147,8	157,1	9,2	-12,6	9,3	6,1	-7,8	6,3
De 20 a 24 años	382,5	333,4	-0,2	-8,3	-49,1	-0,1	-2,1	-12,8
De 25 a 29 años	407,2	349,5	14,3	-28,7	-57,7	3,4	-6,6	-14,2
De 30 a 34 años	322,3	258,9	22,6	-13,1	-63,4	7,2	-3,9	-19,7
De 35 a 39 años	287,5	228,4	21,3	6,4	-59,1	8,2	2,3	-20,5
De 40 a 44 años	226,7	193,1	8,0	8,8	-33,6	3,8	4,0	-14,8
De 45 a 49 años	173,5	153,1	10,6	6,1	-20,4	6,8	3,6	-11,8
De 50 a 54 años	126,7	108,3	-1,2	5,3	-18,4	-1,0	4,4	-14,5
De 55 a 59 años	91,0	86,6	-0,5	1,4	-4,4	-0,5	1,6	-4,8
De 60 a 64 años	47,1	40,7	2,3	6,6	-6,4	6,0	16,4	-13,6
De 65 y más años	1,6	3,4	0,6	-0,5	1,8	40,0	-23,8	112,5

Fuente: Anuario de Estadísticas Laborales 2005.

— parados inscritos como mínimo 6 meses en la Oficina de empleo,

— minusválidos[74],

— y trabajadores que estuvieran vinculados por un contrato temporal, mediante la conversión del mismo.

Es esta tercera fase la que se prolonga hasta la actualidad, y se plasma en la importante reforma de 2006, también orientada a favor de la ex-

MOVIMIENTO LABORAL REGISTRADO

MLR-8.
Paro registrado, según antigüedad de la inscripción, por sexo y edad

Año 2005 Media anual. En miles

	VALORES ABSOLUTOS						
	Total	*Menos de 3 meses*	*De 3 a 6 meses*	*De 6 a 12 meses*	*De 12 a 18 meses*	*De 18 a 24 meses*	*Más de 24 meses*
AMBOS SEXOS							
Total	**2.069,9**	**752,2**	**326,6**	**333,7**	**184,3**	**120,0**	**353,1**
De 16 a 19 años	78,4	52,8	13,0	8,4	2,6	1,0	0,6
De 20 a 24 años	190,2	110,4	36,2	25,4	8,7	4,1	5,5
De 25 a 29 años	298,1	142,3	57,5	50,8	21,4	10,6	15,5
De 30 a 34 años	297,4	118,3	52,8	53,6	27,7	16,1	28,8
De 35 a 39 años	271,3	98,0	45,4	47,5	26,0	16,3	38,1
De 40 a 44 años	234,7	80,2	38,0	40,3	22,3	14,3	39,6
De 45 a 49 años	206,1	60,7	29,9	33,6	20,2	14,1	47,5
De 50 a 54 años	183,0	42,5	22,9	28,6	19,8	14,8	54,4
De 55 a 59 años	188,2	30,0	18,5	25,9	19,6	16,2	78,0
De 60 y más años	122,3	16,9	12,3	19,6	15,9	12,4	45,2

Fuente: Encuesta de Coyuntura Laboral 2005.

[74] **Cuadro 3. Tasas de actividad, empleo y paro de las personas de 16 a 64 años con y sin discapacidad, por sexo**

	Ambos sexos	*Varones*	*Mujeres*
con discapacidad			
Tasa de actividad	33,7	39,3	27,1
Tasa de empleo	28,5	34,3	21,7
Tasa de paro	15,3	12,8	19,7
Sin discapacidad			
Tasa de actividad	70,0	84,4	55,8
Tasa de empleo	62,4	78,1	48,7
Tasa de paro	11,0	7,5	16,2

Fuente: «Las personas con discapacidad y su relación con el empleo» EP A 2002.

tensión del contrato indefinido en detrimento de la abundante contratación temporal, sobre cuyos excesos se sucedían las recomendaciones de las instituciones comunitarias. Y eso sucede en las dos series de normas que contemplan la materia de fomento del empleo, la LPGE de 2006 y , mediado el año 2006, en RDL 5/2006, luego tramitado como ley 43/2006.

En la DA 50 de la LPGE para 2006 se mantiene la regla de proponer como medida de fomento del empleo la contratación indefinida de determinadas categorías de trabajadores, que reiteran las pautas marcadas en 2001, pero que recogen una minuciosa serie de supuestos que trata de alguna manera de «afinar» la selección, evitando los errores técnicos y convergiendo con las propuestas de los organismos internacionales, sobre todo mediante un esfuerzo explícito de prolongar la vida laboral de los trabajadores mayores y de activar a los perceptores de rentas de sustitución del salario, evitando el juego de una «trampa» reiteradas veces denunciadas y difícil de eludir: mujeres desempleadas entre 16 y 45 años; mujeres para ser contratadas en sectores en que se encuentren infrarrepresentadas; desempleados inscritos en la Oficina de empleo durante 6 ó más meses; desempleados comprendidos entre los 45 y los 55 años; desempleados comprendidos entre los 55 y los 65 años; desempleados perceptores del subsidio por desempleo a favor de los trabajadores incluidos en el Régimen especial agrario de la Seguridad Social, así como a los perceptores de la renta agraria; desempleados admitidos en el programa de renta activa de inserción; y mujeres desempleadas inscritas en la oficina de empleo que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto, así como a los contratos de interinidad suscritos para sustituir a mujeres que disfruten del permiso por maternidad o la excedencia por cuidado de hijos. A lo anterior han de añadirse reglas específicas del empleo de trabajadores mayores de 60 años, de mujeres víctimas de violencia de género y de trabajadores con riesgo de exclusión social, definidos en los mismos términos que en la legislación precedente.

Es de destacar asimismo en la reforma de 2006 la propensión a emplear criterios «cruzados» en la selección, en los que no basta la mera indicación de empleo, sino que son tomados en consideración en aras de la efectividad de otras políticas paralelas, que igualmente inciden al menos en parte en la oferta de empleo. Tradicionalmente eso ha sucedido con el empleo femenino y la lucha por la igualdad laboral, pero en 2006 los ejemplos se suceden: propiciar la reincorporación de la mujer trabajadora en un periodo relativamente breve tras el parto, evitando la retirada del mercado de trabajo por nacimiento de hijos que es evidente estadísticamente —en parte paralelo a la selección de las mujeres por edad, en otro de los programas, que se orienta directamente al efecto de expulsión del trabajo durante la edad fértil—; ó a mujeres víctimas de violencia de género; o a facilitar la contratación de interinos que sustituyan a mujeres que están ejerciendo derechos de conciliación de la vida laboral

y familiar (permisos de maternidad o excedencias de cuidado de hijos), de cuya contratación, desde 1998, depende la amplia bonificación al empresario en las cotizaciones a la Seguridad Social de ambos trabajadores, la sustituida y el o la sustituta..

Obviamente, descartada la temporalidad como incentivo de la contratación, la ley desgrana un minucioso listado de bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social en función de las circunstancias de cada colectivo, o de las circunstancias en que el contrato se celebre —incluso atendiendo a la naturaleza del empleador , autónomo, por ejemplo, o empresas de economía social—. Y, con vistas al diálogo social pendiente, el apartado 10 remite y autoriza al Gobierno a alterar los términos del programa elaborado.

El texto de la ley 43/2006, trasladando el contenido del AMCE, recoge los elementos básicos de la LPGE, pero remodela aspectos clave de la política de fomento del empleo, que gira fundamentalmente en torno a la modificación de los sistemas de bonificación «a tanto alzado» para la mayor parte de los colectivos protegidos y , sobre todo —aunque no sólo—en torno al contrato para fomento de la contratación indefinida, que de alguna manera «resucita» bonificado —aunque por tiempo determinado—y en buena medida ligado a la contratación con personas que pertenezcan a colectivos con dificultades de acceso al empleo.

Esa resurrección contractual tiene una doble alma que permite captar hasta qué punto permanecen entre nosotros hábitos derivados de las primitivas políticas de fomento del empleo: por una parte, se trata de sanear el mercado de trabajo, liberándolo de la falsa contratación temporal, lo que trata de lograrse, en principio, con la incentivación de la conversión en indefinidos de los contratos temporales; por otra parte se trata de desarrollar medidas de fomento del empleo clásicas, sólo que asociadas esta vez a esta modalidad de contrato indefinido y no a contratos temporales, siguiendo la pauta que claramente se marcó a partir de 1997. Dejando de lado el tratamiento de la «conversión» de contratos temporales en indefinidos, (subvencionado pero no asociado necesariamente a medidas selectivas) y sintetizando mucho el complejo contenido legal, merecen destacarse los siguientes aspectos:

a) El primero, el elenco de colectivos que pueden verse beneficiados por la contratación indefinida incentivada; a) Mujeres en general; b) mujeres que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto, o de la adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente; c) mujeres que se reincorporen al empleo después de cinco años de inactividad laboral, siempre que, anteriormente a la retirada del mercado de trabajo, hubiesen estado de alta en cualquier régimen de Seguridad Social durante un mínimo de 3 años; d) Mayores de cuarenta y cinco años: e) jóvenes de dieciséis a treinta años (a la contratación de jó-

venes se refiere también la reforma del régimen de los contratos formativos); f) trabajadores inscritos como desempleados ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante, al menos, seis meses.

Se trata de colectivos a los que, como regla general, ya había sido hecha referencia en la LPGE para 2006, por lo que se pueden trasladar a este supuesto las observaciones ya hechas, indicando, si acaso, la profundización en los derechos asociados a la integración laboral de la mujer y al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar . A estos colectivos se les subvenciona la contratación con cantidades a tanto alzado, propiciando un reparto de la medida de fomento del empleo a favor de trabajadores con las rentas más bajas.

b) Mención aparte merece el tratamiento de las medidas de fomento del empleo para colectivos a los que se permite contratar temporalmente (además, por supuesto de contratarlos por tiempo indefinido):

— personas con discapacidad, con una minuciosísima variedad de medidas (que incluyen también la posibilidad de contratación temporal de fomento del empleo en unos términos extraordinariamente parecidos a los del contrato temporal de fomento del empleo de la legislación de 1994 [75] (art. 2.2 y ss).

— mujeres víctimas de la violencia de género en los términos ya anunciados por la ley reguladora de esta situación (art. 2.4)

— personas en situación de exclusión social definidas por la propia ley (DA 2.ª)[76] en términos muy semejantes a los de la legislación

[75] *Disposición Adicional Primera:* 1. Las empresas podrán contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a trabajadores con discapacidad desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 o a pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. 2. La duración de estos contratos no podrá ser inferior a doce meses ni superior a tres años. Cuando se concierten por un plazo inferior al máximo establecido podrán prorrogarse antes de su terminación por períodos no inferiores a doce meses. 3. A la terminación del contrato el trabajador tendrá derecho a percibir una compensación económica equivalente a doce días de salario por año de servicio.4. No podrán contratar temporalmente al amparo de la presente disposición las empresas que en los doce meses anteriores a la contratación hayan extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo. Por lo demás a estos contratos se les aplicará la subvención prevista en el artículo 12 del RD 1451/83, de 11 de mayo, de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.

[76] Son los casos de los perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma. Las personas que no puedan acceder a las prestaciones de inserción por alguna de las siguientes causas: falta de período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora ó haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido; jóvenes mayores de dieciocho años y menores de trein-

precedente, si acaso actualizando y perfeccionando el dato normativo —como es el caso de la referencia a la Ley de responsabilidad del Menor—.

c) y la previsión de programas específicos para la contratación de jóvenes (DA 10.ª) y de discapacitados (DA 12.ª), con el ambicioso nombre en este último caso de «Estrategia Global de empleo para personas con discapacidad 2007-2008[77], y con la previsión de reformas en las fórmulas de incentivación del colectivo de discapacitados que no parecen haber funcionado como debieran.

---

ta, procedentes de instituciones de protección de menores; personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social; internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos; menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, cuya situación les permita acceder a un empleo, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos.

[77] El Gobierno de la Nación en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, y previas consultas con los interlocutores sociales y con las or ganizaciones representativas de personas con discapacidad y sus familias, aprobará una Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2007-2008. Dicha Estrategia contendrá un repertorio, con su correspondiente calendario de iniciativas y medidas normativas, programáticas y presupuestarias, dirigidas a promover el acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, mejorando su empleabilidad y su integración laboral. Esta Estrategia contará, entre sus objetivos preferentes, disminuir los índices de desempleo y elevar las tasas de actividad de las personas con discapacidad, con especial atención a las mujeres con discapacidad, y aquellas otras personas que por su discapacidad presentan dificultades severas de acceso al mercado de trabajo.

Disposición Final 4.ª Políticas activas de empleo de personas con discapacidad. 1. El sistema de bonificación mediante porcentajes de las cotizaciones sociales por la contratación de personas con discapacidad por los centros especiales de empleo establecidos en esta Ley será de aplicación desde su entrada en vigor y hasta tanto no se adopte otra decisión en virtud de la evaluación a la que se refiere el apartado 2 siguiente, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 de la disposición transitoria primera. 2. El Gobierno y las Or ganizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las or ganizaciones del sector de la discapacidad, evaluarán el funcionamiento de las medidas que configuran el conjunto de las políticas de empleo de las personas con discapacidad, con la finalidad de determinar las políticas activas de empleo que se aplicarán en el futuro. 3. El Consejo Nacional de la Discapacidad emitirá informe sobre la evaluación a que se refiere esta disposición.

Disposición Final 6.ª Bonificaciones en la cotización de las personas con discapacidad que se establezcan como trabajadores por cuenta propia. Se da nueva redacción a la DA 11 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Ur gentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad, quedando redactada como sigue: «Disposición adicional undécima. *Bonificación de cuotas a la Seguridad Social para las personas con discapacidad que se establezcan como trabajadores por cuenta propia*. Las personas con discapacidad, que causen alta inicial en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se beneficiarán, durante los cinco años siguientes a la fecha de alta, de una bonificación del 50 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo vigente en cada momento en el mencionado Régimen Especial».

Resulta, por último, llamativa la ausencia, en el marco de los programas de fomento del empleo, de la población inmigrante que trabaje en España de forma regular , que definitivamente encuentra su sede en el marco de la legislación de extranjería, pese a las afirmaciones contrarias del Plan de Reforma actualmente en curso.

En síntesis, la reforma de 2006 recoge en buena medida la experiencia anterior de potenciación de la figura del contrato estable como modelo de contrato indefinido a ofrecer en el contexto de la política de empleo, a través de conversiones a este tipo de contratos de los contratos temporales anteriormente celebrados, bien a través de la suscripción ex novo de contratos bajo esta modalidad. La contratación temporal de fomento del empleo, cerrando el ciclo abierto en el último cuarto del pasado siglo, queda bastante en segundo plano, aunque no totalmente arrumbada. Y, junto a este importante rasgo, ha de hacerse hincapié en la multiplicación de supuestos a los que se asocian beneficios de contratación, que responden a exámenes más cuidadosos del hecho estadístico y de los problemas reales de las categorías protegidas. Siendo esto así, sin embargo, como ya se ha anticipado, la función de la norma selectiva es atender a las necesidades laborales de los colectivos más alejados del mercado de trabajo, lo que, en puridad, exige que sean selectivas todas las políticas activas, para evitar el juego del principio de sustitución y el agravamiento de su situación laboral. A falta de una adecuada coordinación entre todas ellas, las políticas de fomento del empleo son insuficientes, y justifican el tratamiento en cierta medida despectivo que merecen en el seno de las organizaciones internacionales.

Así las cosas, aunque sea indiscutiblemente pronto para obtener resultados definitivos, alguna información se va proporcionando por el Gobierno en torno al resultado práctico de las reformas de julio de 2006 entre julio y diciembre de 2006: «a fecha 31 de diciembre, el volumen total de contratos bonificados acogidos al RDL 5/2006, ha sido 710.319, de los que son indefinidos 694.324, equivalentes al 97,75% del total y 15.995 temporales, lo que supone el 2,25% de dicho total. En cuanto a los colectivos más importantes de la reforma, se han realizado 73.285 contratos de mujeres (10,32%); 51.807 varones entre 16 y 30 años (7,29); 36.640 de mayores de 45 años (5,16%); 21.606 a personas con discapacidad (3,04%); 5064 a otros colectivos (0,71%) y , por último 521.917 de distintos tipos de conversiones a contratos indefinidos (73,48%)».

Resulta significativo, sin embargo, tomar en consideración las cifras exiguas de contratos a víctimas de violencia de género (71, un 0,01%), desempleados con más de 6 meses inscritos (3.270 contratos, un 0,47); trabajadores con riesgos de exclusión social (640, un 0,09%). Y la misma escasa relevancia de los contratos para personas con discapacidad que, unida la previsión de planes especiales, contratos temporales y subven-

ciones no han podido alcanzar siquiera un 4% del total de contratos bonificados[78], cifras que indican una vez más la insuficiencia de las solas medidas de incentivos al empleo para hacer frente al desempleo de los colectivos más castigados por el desempleo.

Por lo demás, el Plan Nacional de Reformas para 2005-2008 no parece augurar profundas alteraciones en la política de empleo de que se acaba de hablar.

Otros rasgos caracterizan a la política de creación de empleo en tiempos recientes, fundamentalmente la práctica irrelevancia de los mecanismos de creación de empleo público como medida transitoria de fomento del empleo de determinados colectivos de trabajadores desempleados; y la importancia creciente de la valoración que reciben las fórmulas de autoempleo o de inserción a través de empresas de economía social en el marco de las políticas de empleo, a través de la constitución como trabajador autónomo o mediante la constitución de empresas de esa naturaleza. En esa línea de fomento de la actividad por cuenta propia ha de mencionarse sin duda la eficacia de la restauración del pago único de la prestación por desempleo en el marco de empresas de economía social [79].

Rasgo característico es, ahora como antes, cierta debilidad estructural y falta de coordinación y eficacia de las medidas de incentivo de empleo

[78] Una situación que se remonta, como se dijo antes, a periodos de tiempo muy anteriores. Y aún más recientes. Según datos del INEM, referidos al periodo 2000-2005, es manifiesta la falta de equilibrio, dentro del amplio panorama de los contratos temporales e indefinidos, de los contratos celebrados en ese periodo con colectivos que han sido objeto de atención especial en el ámbito de las medidas de fomento del empleo.

Modalidad de contratación	*2000*	*2001*	*2002*	*2003*	*2004*	*2005*
Indefinido ordinario	313869 (2,26)	318478 (2,25)	434341 (3,06)	423732 (2,80)	491648 (3,00)	547449 (3,18)
Indefinido fomento del empleo	421726 (3,04)	253578 (1,80)	300513 (2,11)	283934 (1,93)	305129 (1,86)	285285 (1,66
Minusválidos	11062 (0,07)	12138 (0,08)	8352 (0,05)	8279 (0,05)	9497 (0,05)	10021 (0,05)
Obra o servicio	4133772 (29,87)	4075495 (28,90)	5058733 (35,06)	5323003 (36,27)	6057836 (37,03)	6401169 (37,28)
Eventual	4830731 (34,90)	4836729 (34,30)	6233171 (43,40)	6466845 (44,07)	7117436 (37,03)	6401169 (37,28)
Interinidad	715132 (5,16)	734561 (5,22)	1003414 (7,07)	1067405 (7,27)	1234104 (7,54)	1314449 (7,65)
Temporal minusválidos	5573 (0,04)	6001 (0,04)	9181 (0,06)	9567 (0,06)	11093 (0,06)	12646 (0,07)
Temporal de inserción		52724 (0,37)	89247 (0,60)	67523 (0,41)	4969 (0,02)	
Relevo		7312 (0,05)	10766 (0,07)	16030 (0,09)	22751 (0,13)	
Sust. Jubilación 64 años	2754 (0,01)	2194 (0,01)	1497 (0,01)	1135 (0,007)	1684 (0,01)	1697 (0,009)
Prácticas	92279 (0,66)	75762 (0,53)	78195 (0,55)	76471 (0,52)	85845 (0,52)	85577 (0,49)
Formación	119091 (0,80)	121207 (0,86)	126568 (0,89)	125774 (0,85)	126534 (0,77)	120584 (0,70)
Otros contratos	432165 (3,12)	463971 (3,29)	318687 (2,24)	217455 (1,48)	197201 (1,20)	149394 (0,87)
Total contratos	**13836213**	**14063835**	**14185721**	**14673133**	**16354859**	**17169524**

Fuente: INEM «Estadística de contratos» 2000-2005

[79] García Gil, M.B. «Los instrumentos jurídicos de la política de empleo», cit., págs. 328 y ss.

a escala local, necesarias dada la convicción generalizada de que los mercados de trabajo tienden a ser «localizados», específicos en un determinado territorio inferior al Estado y a las propias CCAA [80], tanto si se valora la acción del Estado[81] como si se hace desde la perspectiva de las CCAA[82],

[80] Aunque no falten normas al respecto a nivel estatal y a nivel de CCAA: vid. OM Orden de 15 de julio y 27 de diciembre de 1999, sobre las bases de concesión de subvenciones públicas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificados como I+E., Orden de 15 de julio de 1997 (mod. OM 14 enero 2005) sobre bases de concesión de subvenciones públicas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificados como I+E, que contempla la figura del Agente de Desarrollo Local, incentivador y dinamizador del empleo a ese nivel, también contratado sobre la base de subvenciones. Y la importante Orden de 21 de marzo de 2005 Adecuación al régimen jurídico establecido en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones las normas reguladoras de subvenciones que se concedan por el Servicio Público de Empleo Estatal en los ámbitos de empleo y formación profesional ocupacional, ésta de ámbito general para acomodar la normativa de fomento del empleo a la general de subvenciones.

[81] También existen medidas de fomento del empleo territorializadas, y reguladas a escala estatal, vid. Real Decreto 939/1997, de 20 de junio y RD 426/2003, de 1 1 de abril, que regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura.

[82] Fuente. Anuario de Estadísticas laborales 2005

APOYO A LA CREACION DE EMPLEO

ACE-6
Importe de las ayudas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificados como I+E, por Comunidad Autónoma

	2003	*2004*	*2005*
TOTAL	**95.532.031,95**	**98.726.930,64**	**98.901.232,53**
Andalucía	30.733.897,50	32.638.263,99	29.944.304,25
Aragón	1.553.995,02	2.439.783,81	1.810.238,04
Asturias	186.708,48	180.531,08	125.034,07
Baleares	765.001,18	929.915,58	90.029,08
Canarias	6.547.861,98	4.230.199,05	5.331.924,91
Cantabria	1.432.507,25	1.475.700,89	1.170.370,22
Castilla-La Mancha	6.852.045,81	4.496.395,60	4.680.412,20
Castilla y León	3.658.517,95	4.608.438,70	6.241.846,01
Cataluña	16.875.610,54	17.398.707,61	17.030.523,69
Comunidad Valenciana	6.891.306,68	6.997.688,53	7.669.213,74
Extremadura	3.211.581,33	4.078.176,52	4.514.937,53
Galicia	5.445.971,84	4.869.465,19	4.832.815,79
Madrid	6.980.898,75	9.905.985,89	11.214.267,61
Murcia	555.382,33	1.032.184,06	1.015.761,78
Navarra	967.792,53	949.337,33	855.815,24
País Vasco	2.638.161,97	2.294.327,42	2.295.245,52
Rioja (La)	234.790,81	201.829,39	78.492,85
Ceuta y Melilla	—	—	—

El importe total de las ayudas concedidas para fomento de la creación de empleo fue, según la misma fuente el siguiente:

	2003	*2004*	*2005*
TOTAL	340.253.687,83	342.838.625,91	338.832.665,50

aunque en relación con éstas se puede observar una cierta localización acentuada, una más decidida territorialización de su política de empleo, coetánea a la experiencia adquirida en programas propios de fomento del empleo.

Todo lo anterior refleja un panorama de medidas selectivas no excesivamente optimista; en el que probablemente se hayan consolidado los efectos «perversos» de que se hablaba al principio y que no ha tenido una incidencia reseñable precisamente en relación con los colectivos más desfavorecidos entre los desfavorecidos (precisamente aquellos para los que aún se reservaba la contratación temporal), conservando respecto de ellos la segmentación de origen.

V. A MODO DE RESUMEN

Los últimos 20 años han sido el arco temporal en que las políticas activas de mercado de trabajo han ido adquiriendo los perfiles que hoy las caracterizan con un cierto consenso internacional. Dentro de ese conjunto ha crecido la importancia de la convicción de la insuficiencia de las medidas dedicadas únicamente a propiciar que se concierten contratos, probablemente como consecuencia del repunte del empleo, aunque no sólo, para integrarse en su concepto una orientación finalista, que no mira sólo a crear empleo, sino un determinado empleo a favor de un determinado tipo de trabajadores.

Desde este punto de vista todas las medidas activas pueden calificarse a grandes rasgos como selectivas. Pero no es ése el sentido que ha prevalecido en el plano internacional. Las medidas selectivas lo son porque llevan una doble carga: propiciar el empleo de trabajadores desfavorecidos compensando en lo posible los efectos de las circunstancias que han conducido a su exclusión a través de instrumentos propios de la política de empleo. Por citar un ejemplo: las medidas de conciliación favorecen el empleo femenino, pero su sede no es el derecho del empleo (como a veces pudiese pensarse a la vista de la sistemática de algunos textos internacionales) sino del derecho del Trabajo en general; cuestión distinta es que se acometa, como se hace en la Ley 3/2007, junto a la previsión de líneas específicas de empleo o formación para mujeres, o a acciones positivas en el empleo, en un conjunto de medidas orientadas a la lucha contra la discriminación. Y esto, referido a las mujeres, es un rasgo extensible a los demás colectivos afectados.

Dado este carácter global y la conexión de todas las políticas activas en el logro de objetivos de empleo que están conectados con la igualdad, la conclusión a extraer de la experiencia en nuestro país no es demasiado optimista. La preponderancia de medidas de fomento del empleo para todos los colectivos, que ha sido clásica, permanece entre nosotros cen-

trada para colectivos desfavorecidos, ahora que se abren nuevos tiempo para políticas de empleo al amparo de las directrices europeas y de la experiencia adquirida, con el resultado que hemos visto de mínimos éxitos en unas medidas que se han sucedido y se suceden con perfecta regularidad. Es imperioso volver sobre esta inercia porque están en juego derechos como la igualdad y la dignidad de la persona.

Por otra parte, hay algunos reparos técnicos que pueden predicarse de todas las medidas consideradas, cuestionando su eficacia o su viabilidad. Para concluir haremos un brevísimo repaso de estas posibles líneas de fricción.

La primera dificultad añadida puede venir de la irrupción de normas comunitarias e internas en el ámbito de las subvenciones que, como hemos visto, son la herramienta dominante que se ha articulado al efecto en nuestro sistema de fomento del empleo.

En el plano interno, la normativa general de subvenciones —la ley 38/2003— ha debido ser adaptada a las peculiaridades de las medidas activas de empleo, también cuando tienen como destinatarios a alguno de los colectivos implicados en las medidas selectivas activas de empleo, en especial las de formación, ya sea a título individual [83] o integrados en actividades organizadas bajo el régimen de concurrencia competitiva para los casos previstos en la OM de 21 marzo de 2005 (art. 4) de acuerdo con los elementos guía de medición de méritos de los concurrentes que en la propia Orden se enuncian.

Las normas comunitarias[84] van a tener un significado bastante más importante, incidiendo potencialmente de forma negativa —y lo han hecho, en aras de una jurisprudencia restrictiva del TJCE, referida a diversos supuestos de aplicación de las Directivas 93/35/CEE, de 14 de junio, 92/50/CEE, de 18 de junio y 93/37/CEE de 14 de junio—en la posibilidad y licitud desde la perspectiva de la normativa comunitaria de incorporar medidas de calidad en el empleo como exigencias inherentes a la adjudicación de contratos públicos de obras, servicios y suministros, cuya experiencia ya se ha intentado en alguna Comunidad Autónoma española. La situación no parece que vaya a experimentar giros copernicanos a raíz de la Directiva 2004/18/CEE del Parlamento y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134/114, de 30 de abril), en la medida en que, como ya se desprende del preámbulo de la norma, se hace

[83] En materia de formación profesional ocupacional, para los distintos colectivos afectados por medidas selectivas, *vid*. Real Decreto 357/2006, de 24 marzo.

[84] Sobre la compatibilidad con la normativa comunitaria de ayudas de Estado de las ayudas referidas a la formación, también profesional, de trabajadores desfavorecidos, entre otros, *vid*. Reglamento (CE) 68/2001 de la Comisión, de 12 de enero.

eco de la jurisprudencia del Tribunal, pero matizando su sentido, y así «(la norma) clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicatarios para atender las necesidades de los ciudadanos afectados sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otor guen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, (y) estén expresamente mencionados» sin vulnerar los principios generales de la contratación (párrafo 2 del preámbulo). En aras de esta orientación, el artículo 26 de la Directiva reconoce que «los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental», lo cual parece que restringe la posibilidad de incorporar condiciones sociales «selectivas» en el pliego de condiciones del contrato, o a hacerlo con extremo cuidado para hacer evidente la conexión con el objeto del contrato que puede poner en cuestión la licitud de la medida. Sin perjuicio de una cierta acentuación de su utilización promovida, como se ha dicho, por los arts. 34 y ss de la Ley 3/2007, de Igualdad.

A todo lo anterior debe añadirse, como rasgo general de todos los sistemas de políticas activas de empleo puestos en marcha en nuestro país, y no sólo de las medidas selectivas, los deficientes sistemas de evaluación de la efectividad de esas políticas, cuando menos en los documentos accesibles en cada uno de los or ganismos afectados. El mero cómputo de contratos o de acciones formativas, por ejemplo, no refleja la efectividad de las medidas si no se hacen acompañar de seguimientos que despejen los factores que distorsionan las medidas adoptadas (los efectos «perversos» de las selectivas, por ejemplo, o el seguimiento de inserción de los trabajadores formados u orientados por los servicios de empleo). Esta es una falla de nuestro sistema puesta de relieve por los estudiosos del mismo (nuevamente es de obligada cita el trabajo de Alujas Ruiz), pero también por las organizaciones internacionales, que reiteradamente hacen llamamiento a realizar estos estudios que son, por su propia índole, una condición indispensable de la efectividad de las medidas que puedan adoptarse en el futuro. En este sentido, las previsiones al respecto contenidas en normas de CCAA debieran ser un modelo a adoptar en el futuro en todas las instancias generadoras de programas de fomento del empleo [85].

[85] *Vid*. CES «Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo», Madrid 2005, págs. 100 y ss. En el plano internacional, resulta crucial VV. AA. (Scarpetta y otros) OCDE «Évaluation des performances et des politiques. Le chômage dans la zone de la CCDE 1950-2000» 1999.

Comunicación a la Ponencia Temática II

SÍNTESIS Y VALORACIÓN GENERAL DE LA POLÍTICA DE INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

JESÚS LAHERA FORTEZA
Profesor Contratado-Doctor
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA DOBLE INTEGRACIÓN LABORAL, ORDINARIA Y ESPECIAL, DE LAS PERSONAS CON DISCAP ACIDAD.—3. INSTRUMENTOS DE INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAP ACIDAD EN EL MERCADO LABORAL.–3.1. Instrumentos de integración ordinaria. 3.2. Instrumentos de integración especial.—4. UNA VALORACIÓN GENERAL DE LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAP ACIDAD EN NUESTRO MERCADO DE TRABAJO.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las más claras y loables manifestaciones de las políticas selectivas de empleo es la dirigida a integrar a las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. El objeto de esta comunicación a la ponencia dedicada a las políticas selectivas de empleo es señalar los variados instrumentos utilizados en el logro de este objetivo y efectuar una valoración general de esta política de integración laboral. El propósito de la comunicación presentada es, por tanto, elaborar una síntesis de esta política de empleo, sin profundizar en cada medida adoptada, y reflexionar sobre su capacidad para lograr el objetivo de integrar a este colectivo en el mercado laboral.

2. LA DOBLE INTEGRACIÓN LABORAL ORDINARIA Y ESPECIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La política de integración laboral de las personas con discapacidad tiene su cimiento constitucional en el artículo 49 CE. Este precepto encomienda a los poderes públicos realizar una «política de previsión, tratamiento, rehabilitación e *integración* de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que se otorgan a todos los ciudadanos». Una de las manifestaciones de este mandato constitucional es, sin duda, la *integración* del discapacitado en el mercado laboral. Los poderes públicos, por consiguiente, deben adoptar todas las medidas precisas para que el «disminuido físico, sensorial o psíquico» se incorpore al mercado de trabajo, removiendo, en lo posible, todos los obstáculos que impidan dicho resultado. Este objetivo está conectado, a su vez, con la igualdad sustancial predicada en el art 9.2 CE, que exige, implícitamente, el acceso en igualdad de condiciones del discapacitado al mercado laboral, lo que habilita la presencia de discriminaciones positivas en favor de este colectivo para lograr di-

cha finalidad. Con ello, además, se garantiza el derecho al trabajo del art 35.1 CE a los discapacitados y se avanza en la exigencia constitucional del pleno empleo, presente en el art 40.1 CE [1]. Esta política de integración laboral de las personas con discapacidad puede tener, en este marco constitucional, una dimensión estatal, sobre la base del art 149.1.7 CE, pero también una dimensión autonómica, sustentada en el art 148.1.13 CE y en los estatutos correspondientes [2]. Tampoco cabe dejar de señalar que esta política laboral está enraizada en estrategias europeas de empleo con idéntico objetivo [3].

En este marco, la integración laboral del discapacitado se cumple mediante una doble vía. En primer lugar , la integración laboral *ordinaria*, que tiende a facilitar el acceso de este colectivo a un trabajo habitual, no diseñado en función de la discapacidad. En segundo lugar , la integración laboral *especial*, que necesita de fórmulas de trabajo protegido en centros especiales, capaces de generar empleos adecuados y adaptados a la discapacidad del trabajador.

La integración laboral *ordinaria* está determinada por todas las medidas que facilitan la contratación del discapacitado en puestos de trabajo habituales, no diseñados en función de la discapacidad del trabajador . La finalidad de esta política es alcanzar el mayor grado posible de inserción del colectivo de discapacitados en el mercado de trabajo, removiendo todos los obstáculos para alcanzar una igualdad sustancial de oportunidades en el acceso al empleo. Los poderes públicos incentivan la contratación ordinaria de discapacitados, sin adecuar el tipo de empleo a la minusvalía del trabajador. No se transforma la or ganización de trabajo para lograr la integración del discapacitado, sino que se interviene directamente en la oferta y la demanda de empleo, venciendo las resistencias iniciales a la contratación de este colectivo. Partiendo de una situación desigual, condicionada por la discapacidad del trabajador , los poderes públicos aplican discriminaciones positivas, capaces de superar , o al menos mitigar, la desigualdad inicial en el acceso al empleo del discapacitado. El objetivo último de esta intervención pública es la normalización del empleo de los discapacitados, integrados en puestos habituales, por no especiales, de trabajo.

---

[1] Sobre la conexión entre los arts. 49, 9.2, 35.1 y 40.1 CE, que otor ga un sólido fundamento constitucional a la integración laboral del discapacitado, ver E steban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999, págs. 75-1 14; Rodríguez-Piñero, M.: «El empleo de las personas con minusvalías», *Relaciones Laborales* 1999, núm. 3, págs. 1-12.

[2] Así lo subrayan, con datos, C ardona Rubert, M. B; L ópez Mora, F; S aragossa Saragossa, J. V.: «Las medidas de integración laboral de las personas con discapacidad en las Comunidades Autónomas» en dir R omero Rodenas, M. J.: *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2004, págs. 267-268.

[3] Ver, al respecto, Tuset del Pino, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 57-66

La integración laboral *especial* está determinada por todas las medidas dirigidas a la consolidación de puestos de trabajo protegidos en razón de la discapacidad del trabajador. La finalidad de esta política es insertar a los discapacitados en un mercado laboral adaptado específicamente a la existencia de minusvalías de los trabajadores. Los puestos de trabajo, ayudados desde los poderes públicos, son adecuados al grado de discapacidad, lo que facilita el acceso al empleo de este colectivo, sobre todo en las minusvalías más graves. La integración se logra, así, por la readaptación del puesto de trabajo a las condiciones físicas o psíquicas del trabajador , superando obstáculos insalvables en la igualdad de oportunidades de los discapacitados. La presencia de empleos protegidos, que atienden expresamente a la singularidad del discapacitado, permite un mayor grado de inserción laboral del colectivo, sin sacrificar el objetivo de la integración ordinaria. Por ello, la integración especial es, generalmente, subsidiaria de la ordinaria, ejerciendo de red laboral ante la falta de acceso del discapacitado a puestos de trabajo habituales.

Esta doble dimensión de un empleo, *ordinario y especial*, está implícita en el mandato constitucional del art 49 CE porque sólo atendiendo a ambas fórmulas resulta posible la plena integración global de todas estas personas en el mercado laboral. El cumplimiento del art 49 CE, en conexión con los arts 9.2, 35.1 y 40.1 CE, parte de la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos (LISM), que, en un hito histórico, sienta las bases de la integración del discapacitado en el mercado de trabajo. Los arts 37-48 LISM ejecutan esta política de integración laboral en la doble dirección antes apuntada. Por un lado, en los arts 38-40 LISM, promoviendo el acceso de los discapacitados a empleos *ordinarios* mediante, en esencia, discriminaciones positivas en forma de cuotas de reserva de empleo e incentivos empresariales a la contratación de este colectivo. Por otro lado, en los arts 41-46 LISM, abriendo fórmulas de empleo protegido o *especial* para las personas que, por la naturaleza de su minusvalía, no puedan ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales. En la inteligencia de la LISM está presente una apuesta clara por la inserción inicial del discapacitado en el empleo *ordinario* y, sólo subsidiariamente, en el empleo *especial*, diseñado específicamente en razón de la discapacidad del trabajador . Como declara con claridad el art 37 LISM, es «finalidad primordial de la política de empleo de los trabajadores minusválidos su integración en el sistema *ordinario* de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula *especial* de trabajo protegido».

El desarrollo posterior a la LISM de la política de integración laboral de los discapacitados viene determinado por esta doble dimensión. De un lado, la remoción de obstáculos y las ayudas a la inserción del colectivo en trabajos *ordinarios* es detallada e impulsada en el RD 1451/1983 de empleo selectivo, más tarde reformado por el RD 170/2004, y en las

leyes 66/1997, 53/2003 y 43/2006, así como por un conjunto de normas estatales y autonómicas de incentivos económicos a la contratación de discapacitados.De otro lado, la regulación del empleo *protegido* para los discapacitados se plasma en el RD 2273/1985 de centros especiales de empleo y en el RD 1368/1985, reformado por el RD 427/1999, que regula la relación laboral en dichos centros, así como, más recientemente, por el RD 27/2000 de contratas con estos centros, el RD 290/2004 de enclaves laborales y el RD 364/2005 de medidas alternativas a las cuotas de empleo, sin olvidar las normas estatales y autonómicas con ayudas económicas específicas. En este marco, los arts 8-9 de la ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de los discapacitados, admiten medidas de acción positiva para este colectivo destinadas a «prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades de estas personas en la incorporación y participación plena en la vida política, económica, cultural y social», lo que incluye, de suyo, el acceso al mercado laboral, logrado con esta doble línea de actuación.

La doble integración, *ordinaria y especial*, de las personas con discapacidad en el mercado laboral se ejecuta con diversos instrumentos, que paso a sistematizar y resumir, con las normas de referencia, atendiendo exclusivamente al sector privado.

3. INSTRUMENTOS DE INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MERCADO LABORAL

3.1. Instrumentos de integración ordinaria

La integración laboral *ordinaria* del discapacitado se intenta alcanzar a través de los siguientes instrumentos [4]:

a) *Colocación específica* en el mercado laboral, mediante un servicio público de empleo especializado en la oferta y la demanda de trabajo de los discapacitados, compatible con fórmulas privadas de colocación dirigidas directamente a este colectivo (art. 39 LISM y artículo 2.4 RD 735/1995). Los registros específicos de trabajadores discapacitados demandantes de empleo facilitan la búsqueda de trabajo del colectivo en puestos adecuados al grado de la minusvalía. Las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro, con un ámbito especializado en este colectivo, potencian eficazmente la mediación laboral entre empresas y discapacitados.

[4] Ver un análisis reciente y detallado de estos instrumentos de integración ordinaria en LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de discapacitados» en Dir.VALDÉS DAL-RE, F. y coord. LAHERA FORTEZA, J.: *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva (patrocinio de las fundaciones Ortega y Gasset, Lar go Caballero y Once), Madrid, 2005, págs. 99-121.

b) *Cuotas de reserva de empleo*, que obligan a la contratación de un mínimo de discapacitados conforme a distintos baremos (art. 38.1 LISM, con la reforma de la DA 39.ª de la ley 66/1997 y la DA 11.ª de la ley 50/1998, arts. 4-6 RD 1451/1983, con la reforma de la DA 2.ª RD 27/2000 y DA RD 364/2005). Todas las empresas con más de 50 trabajadores deben contratar, al menos, el 2 por 100 de trabajadores discapacitados, sin perjuicio de un cumplimiento alternativo con las medidas que iré apuntando a lo lar go del estudio. Esta exigencia, aún con alternativas, es una medida clara de discriminación positiva de las personas con discapacidad en nuestro mercado laboral.

c) *Singularidades en la contratación ordinaria*, que contemplan las peculiariedades de los discapacitados, facilitando su acceso al empleo (art. 34.2 LISM, artículo 13 RD 1451/1983 y artículo 1 1 ET). No existe en nuestro ordenamiento una relación laboral especial de discapacitados que prestan trabajos en el empleo ordinario. Sin embargo, los contratos formativos tienen notables singularidades que cooperan a la inserción laboral inicial de estas personas en las empresas.

d) *Contratos específicos de fomento del empleo* de los discapacitados, que impulsan su contratación, temporal o indefinida, en el mercado de trabajo ordinario (DA 1.ª Ley 43/2006 y DA 1.ª Ley 12/2001). Las personas con discapacidad pueden suscribir contratos de fomento del empleo temporal y , a su vez, contratos de fomento de la contratación indefinida. Las ventajas del contrato temporal sin causa y del contrato indefinido con un menor coste de despido improcedente se proyectan en el colectivo, lo que flexibiliza y facilita su contratación laboral.

e) *Incentivos económicos en la contratación* de los discapacitados, en forma de subvenciones directas por contrato, bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social o exenciones en las mismas, que atraen económicamente a las empresas (art. 17.3 ET , artículo 38.4 LISM, artículo 9 y DA 4.ª de la ley 51/2003, arts. 7-12 RD 1451/1983,con la reforma del RD 4/1999 y RD 170/2004, artículo 26 de la ley 56/2003, arts. 1-9 ley 43/2006 y normas autonómicas). Los contratos de trabajo suscritos con discapacitados han sido, desde hace tiempo, incentivados económicamente con una gran inversión pública. El último programa de subvenciones a la contratación, articulado en la ley 43/2006, lo vuelve a demostrar con cuantías estimables. El incentivo económico a la contratación de las personas con discapacidad motiva, sin duda alguna, la integración ordinaria del colectivo en el mercado laboral [5].

[5] Las cuantías de los incentivos económicos se pueden consultar en L AHERA FORTEZA, J.: «El acceso al mercado laboral y la contratación de los discapacitados», cit, págs. 1 15-121 y 130-131, añadiendo las articuladas por la ley 43/2006.

f) *Reducción de las cotizaciones a la Seguridad Social en los contratos* de los discapacitados, que atraen económicamente a las empresas (art. 97 de la ley 61/2003, artículo 27 OM de 12 de Febrero de 2004, artículo 11 ley 43/2006). Las cotizaciones por desempleo en los contratos temporales de los discapacitados son menores, lo que también incentiva esta contratación.

g) *Deducciones fiscales conexas a la contratación* de los discapacitados, que atraen económicamente a las empresas (art. 41 RDL 4/2004). La empresa puede deducirse de la cuota íntegra del impuesto de sociedades una cuantía por cada incremento del promedio de trabajadores discapacitados contratados cada año de manera indefinida, lo que, desde este punto de vista, hace también atractiva esta contratación.

h) *Donaciones a fundaciones y asociaciones que fomentan la inserción laboral* de los discapacitados, ayudando, así, a la integración ordinaria del discapacitado (art. 2 RD 364/2005). Destaca, en este sentido, la posible sustitución de la cuota de empleo por este tipo de donaciones.

i) *Fomento del trabajo autónomo de* los discapacitados (art. 2 RD 364/2005). La cuota de empleo puede ser sustituida con contratos con discapacitados autónomos, que pueden, por esta vía, tener más actividad económica.

j) *Reserva del puesto de trabajo ante mejorías de* incapacitados permanentes, en sus grados absoluta, total o gran invalidez, cuando el órgano de calificación de la incapacidad así lo prevea en su resolución administrativa (arts.49.e y 48.2 ET). La reserva del puesto de trabajo ante mejorías previsibles en dos años, cuando conste en la resolución administrativa de la seguridad social, ayuda a la reintegración del trabajador en situaciones especiales de recuperación. A este objetivo se une el *derecho de preferencia ante vacantes* si no se prevé esta mejoría y se extingue el contrato por incapacidad permanente pero existe luego una recuperación del trabajador (art.2 RD 1451/1983). La integración se hace efectiva, en estos caso, cuando el incapacitado mejora pero mantiene un grado de minusvalía y tiene asegurado un puesto o una preferencia de vacante en su empresa, sin perjuicio de las medidas que pudieran ser adoptadas de adecuación al puesto de trabajo.

La suma de estos instrumentos puede alcanzar un alto grado de integración laboral *ordinaria* del discapacitado en el mercado laboral. Las cuotas de reserva de empleo, al obligar a la contratación, facilitan directamente el acceso al mercado laboral del discapacitado. La presencia de

singularidades en los contratos y de contratos, temporales e indefinidos, de fomento del empleo, asociados a estimables incentivos económicos, ayuda al cumplimiento de las cuotas de reserva de empleo e impulsa la contratación de discapacitados más allá de las mismas. Estas medidas, conectadas entre sí, remueven, en definitiva, los obstáculos existentes en el acceso al empleo del colectivo de los discapacitados.

3.2. Instrumentos de integración especial

La integración laboral *especial* del discapacitado se intenta alcanzar a través de los siguientes instrumentos [6]:

a) *Centros especiales de empleo* de discapacitados, adaptados a las discapacidades de los trabajadores (arts. 42 y 44 LISM,con la reforma de la DA 39.ª de la ley 66/1997 y RD 2273/1985). Los centros especiales de empleo prestan un trabajo productivo y contratan, para ello, a personas discapacitadas con un grado de minusvalía igual o superior a un 33 por 100. Estas empresas deben tener, al menos, un 70 por 100 de estos trabajadores y personal especializado en el desarrollo de servicios de ajuste personal y social que procuren la rehabilitación y adaptación a la sociedad del discapacitado. A diferencia de los centros ocupacionales y de los centros de educación especial, que sólo prestan estos servicios, los centros especiales crean empleos protegidos, retribuidos y adecuados a los grados de discapacidad.

b) *Colocación específica* en los centros especiales de empleo, con un régimen singular de oferta y demanda laboral (art 4. RD 1368/1985).

c) *Contratos específicos* en los centros especiales de empleo, que fomentan esta vía de contratación de los discapacitados (arts. 7, 10 y 13 RD 1368/1985,con la reforma del RD 427/1999, y DA Ley 43/2006). No existe un contrato específico para estos centros especiales pero la proyección en los mismos de los antes mencionados contratos de fomento del empleo temporal y de fomento de la contratación indefinida flexibiliza y ayuda a la contratación. A su vez, la regulación singular de los contratos para la formación y del trabajo a domicilio coopera a adecuar el puesto de trabajo, el grado de minusvalía del trabajador y su situación personal, pudiendo ser especialmente atractiva la prestación laboral como teletrabajador.

---

[6] Ver un análisis reciente y detallado de estos instrumentos de integración especial en LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de discapacitados», cit, págs 121-130.

d) *Singularidades en la relación laboral* de los discapacitados en los centros especiales de empleo, que hacen posible la adaptación entre empleo y discapacidad (RD 1368/1985, con la reforma del RD 427/1999). La regulación reglamentaria de estos centros intenta lograr equilibrios entre el trabajo remunerado y la recepción de servicios de ajuste por parte del trabajador , con un control profesional de la situación y rendimiento del trabajador .

e) *Incentivos económicos a los centros especiales de empleo*, en forma de subvenciones directas a la empresa y por contrato o bonificaciones y exenciones de cuotas de Seguridad Social, que atraen inversiones empresariales en empleos protegidos (arts. 10-13 RD 2273/1985, OM 16-X-1998 y OM 29-III-2000). Las cuantiosas subvenciones al empleo protegido ayudan económicamente a los centros especiales y fomentan el desarrollo laboral de las personas con discapacidad mediante esta vía de integración [7].

f) *Fórmulas atractivas de contratación mercantil con centros especiales de empleo*, que impulsan su crecimiento económico con creación de empleo protegido (RD 290/2004 y RD 364/2005). Los enclaves laborales [8] hacen posible que trabajadores de centros especiales sean cedidos a empresas para efectuar allí su trabajo, lo que potencia el intercambio económico entre estos centros y las empresas receptoras de sus trabajadores. Entre las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de empleo, antes reseñada, destacan, además de los enclaves laborales, la suscripción de contratas con centros especiales de empleo para el suministro de materias primas, maquinarias, bienes de equipo o de cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa y para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa. De esta manera, la alternativa a las cuotas de empleo fomenta la creación de empleo protegido, cooperando a la integración del discapacitado en el mercado laboral.

g) *Donaciones a fundaciones y asociaciones que fomentan la inserción laboral de los discapacitados*, ayudando, así, a la generación de centros especiales de empleo (art. 2 RD 364/2005). Destaca, en este sentido, la posible sustitución de la cuota de empleo por este tipo de donaciones.

---

[7] Las cuantías de estos incentivos económicos se pueden consultar en L AHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados», cit, págs. 127-130 y 132-133.

[8] Ver un análisis detallado de los enclaves laborales en L LANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral. Puntos críticos de una herramienta de responsabilidad social corporativa» en dir VALDÉS DAL-RE, F. y coord. LAHERA FORTEZA, J.: *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, cit, págs 141-163.

La suma de estos instrumentos de integración *especial* puede consolidar un mercado laboral protegido y adaptado a las discapacidades de los trabajadores. La presencia de centros especiales de empleo, con vías flexibles de contratación y singularidades en la relación laboral, ayudados, desde los poderes públicos, con incentivos directos o indirectos, facilita el acceso al empleo de los discapacitados, que pueden recibir , a su vez, rehabilitación médica para, si es posible, incorporarse en un futuro a un puesto de trabajo habitual. La sustitución de la cuota de empleo por enclaves laborales o contratos con estos centros especiales crea, a su vez, un buen escenario para la actividad económica en el empleo protegido.

4. UNA VALORACIÓN GENERAL DE LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAP ACIDAD EN NUESTRO MERCADO DE TRABAJO

La visión panorámica efectuada muestra la presencia en España de un sólido edificio jurídico de integración laboral del discapacitado, construido sobre los cimientos de la LISM, desde 1982, y con la constante utilización de instrumentos *ordinarios* y *especiales*, que facilitan el acceso al empleo de las personas con discapacidad.

En primer lugar, hay que destacar la solidez del subsistema de integración *ordinaria* en nuestro ordenamiento laboral. La cuota de reserva de empleo de discapacitados en empresas con 50 o más trabajadores, obligadas a contratar, por lo menos, al 2 por 100 de minusválidos en la plantilla, sustenta la presencia de contratos generales y específicos asociados a incentivos económicos. El cumplimiento de la cuota de reserva es fácil a través de contratos generales, con pocas singularidades, y contratos específicos, temporales e indefinidos, y es, en términos económicos, poco costoso porque en algunas de estas modalidades contractuales existen incentivos en forma de subvenciones, reducciones de costes sociales y deducciones fiscales. La obligación empresarial de contratar discapacitados, que es la medida con mayor fuerza en el logro del objetivo perseguido, encuentra, por tanto, un marco jurídico idóneo y un ahorro importante de costes laborales. Sólo el debido cumplimiento de la cuota de reserva ya explicaría el sentido del resto de instrumentos de integración ordinaria; pero ésta no puede detenerse aquí porque la presencia de contratos específicos y de incentivos económicos impulsa, por sí misma, el acceso a empleos habituales de discapacitados, más allá de los porcentajes de reserva. Cualquier empresa tiene a su disposición contratos de trabajo económicamente rentables destinados a los discapacitados, que pueden ir aumentando paulatinamente las tasas de contratación ordinaria del colectivo.

En segundo lugar, hay que señalar también la solidez del subsistema de integración *especial* de los discapacitados. Los centros especiales re-

alizan trabajos productivos y aseguran a los discapacitados, no integrados en el mercado laboral ordinario, un empleo remunerado y la recepción de servicios de ajuste personal y social en forma de rehabilitación, terapia y otras actividades para una mejor adaptación a la sociedad. Los centros especiales tienen puestos de trabajo acordes con las minusvalías de los trabajadores y pueden suscribir con ellos cualquier contrato de trabajo, con las singularidades pertinentes. A su vez, estas empresas reciben potentes ayudas económicas de los poderes públicos para su financiación y se benefician de una amplia gama de incentivos a la contratación de los discapacitados. La inserción de trabajadores en los centros especiales tiene, por consiguiente, un marco jurídico laboral idóneo y un indudable estímulo económico que atrae las inversiones empresariales en el ámbito del empleo protegido. Por todo ello, el juicio del subsistema de integración *especial* merece, creo, una calificación positiva, aunque pueden mejorarse aspectos puntuales que profundicen en la adaptación entre puesto de trabajo y minusvalía del trabajador .

La comunicación entre la integración *ordinaria y la especial* se pone de manifiesto en las reseñadas medidas alternativas a la cuota de empleo. En el marco del RD 364/2005, una empresa puede sustituir la cuota de empleo por fórmulas que potencian la actividad económica de los centros especiales de empleo, como los enclaves laborales, las contratas o las donaciones a fundaciones dedicadas a la inserción del colectivo. Con cierto pragmatismo y realismo se desvía la operatividad de la cuota de empleo hacia los instrumentos del empleo protegido. Esta opción puede debilitar la integración ordinaria pero no abandona, en un sentido global, la política de integración del discapacitado porque ayuda a la creación de empleos protegidos.

Pero más allá de este desvío de funciones, es necesario valorar el *puente* existente entre la integración *ordinaria y especial* del discapacitado. En la arquitectura del sistema ideado por la LISM, el empleo protegido debe ser un tránsito hacia el empleo ordinario, recibiendo los discapacitados servicios de ajuste personal y social, con, esencialmente, dicha finalidad. Sin embar go, el gran problema de esta política de empleo es que el puente entre ambas integraciones, especial y ordinaria, no está bien construido [9], ya que las normas sólo se refieren a la mera prestación de estos servicios de ajuste sin que, prácticamente, se utilicen otros instrumentos, al margen de los enclaves laborales, que sí pueden impulsar la transición de trabajadores de centros especiales a empresas ordinarias. No se incentiva económicamente el empleo protegido trasvasado al ordinario sino que, más bien al contrario, se sobreincentivan los centros especiales con el riesgo de petrificación de sus empleos. No se conecta

[9] Como diagnostica Esteban Legarreta, R.: *Relaciones Laborales* 2001/I, cit, pág. 200, existe una «relación cerrada y poco conexa entre el empleo ordinario y protegido».

el cumplimiento de la cuota de reserva con la contratación de trabajadores que provienen de estos centros, ni se acomodan las minusvalías más severas a su porcentaje, ni existen subcuotas de discapacitados con mayor gravedad. No existen contratos de trabajo específicos de trasvase de un empleo protegido a otro ordinario. Tampoco se suele asociar la ayuda económica del contrato en el mercado laboral ordinario con el grado severo de discapacidad del contratado. Brilla por su ausencia un control del seguimiento de la función terapeútica de los centros especiales. No se articulan fórmulas de colocación laboral entre empresas y centros especiales. En fin, prácticamente no se utilizan instrumentos que fomenten el tránsito de un empleo protegido a un empleo ordinario, quedando descartada una tercera vía de política de integración.

Ante unos subsistemas jurídicamente sólidos de integración *ordinaria y especial* de los discapacitados, pero *sin puentes* que no debiliten el acceso a empleos habituales a costa de fortalecer el empleo protegido, no resulta extraño que hayan sur gido renovadas posiciones políticas y sociales, y alguna posición doctrinal en la materia, abogando por reformar el sistema, incorporando nuevas fórmulas de integración laboral de los discapacitados como el *empleo mixto semiprotegido o el empleo con apoyo*[10].

El *empleo con apoyo* busca la inserción del discapacitado en el mercado laboral ordinario con la ayuda de una asistencia específica, reflejada en diversas fases: formación adecuada fuera de la empresa, período formativo en la empresa sin relación laboral con la asistencia de un monitor, inicio de la relación laboral con el seguimiento de un monitor el tiempo necesario y plena integración en la empresa con un régimen jurídico laboral especial. Todas estas fases tendrían que articularse jurídicamente con el complemento indispensable de una gama de incentivos económicos desde los poderes públicos porque esta asistencia específica es costosa. La introducción, en estos términos, del empleo con apoyo supondría la superación de la dualidad entre el subsistema *ordinario y especial* de integración laboral del discapacitado al introducir un tercer subsistema *mixto* en empresas ordinarias con una regulación especial.

El empleo con apoyo se podría configurar a través de un compromiso de contratación de la empresa ordinaria con el discapacitado y un monitor , cumplimentando las fases anteriormente expuestas. En este marco, el empleo con apoyo exigiría la presencia de preparadores laborales ajenos o no a la empresa que ayudaran al discapacitado a afianzarse en su puesto de trabajo durante el período de formación y de adaptación, sin perjuicio de otras acciones formativas. Los Equipos Multiprofesionales podrían valorar el grado de adaptación al trabajo una vez superado el plazo pactado, de formación y adaptación, en el compromiso de contratación. La superación de

[10] Ver la interesante aportación de ESTEBAN LEGARRETA, R.: 2001, cit, págs. 217-226.

esta fase daría lugar a una relación laboral especial del discapacitado con apoyo en la empresa ordinaria, trasladando el régimen de los centros especiales o con una nueva regulación. La inversión pública debería ser importante porque ayudaría a financiar el compromiso de contratación, que implica el coste de un monitor , e incentivaría económicamente esta nueva relación contractual laboral con los instrumentos conocidos. El resultado de estas reformas sería la presencia de un empleo semiprotegido del discapacitado en entornos habituales de trabajo, lo que ayudaría a los trabajadores con minusvalías más graves a acceder a puestos de trabajo de empresas ordinarias, fuera de los centros especiales.

Quizás sea interesante explorar, en un futuro, la posible articulación jurídica de *empleos con apoyo* en las empresas ordinarias, como tercera vía de integración laboral de los discapacitados. La medida podría mejorar el sistema de integración en su conjunto, al añadir un tercer subsistema mixto al ordinario y al especial, y podría ejercer de contrapeso a la, en los últimos años, desviación de las funciones de la integración ordinaria hacia el empleo protegido. Además, estos nuevos instrumentos de integración podrían romper la segmentación entre trabajadores con minusvalías más leves, con un fácil acceso al empleo ordinario, y los trabajadores con minusvalías más graves, destinados casi siempre a los centros especiales. El empleo con apoyo ayudaría a las personas con especiales dificultades a encontrar un puesto de trabajo habitual.

Aún así, las ventajas que pudiera tener el *empleo con apoyo* no pueden, en cualquier caso, oscurecer la solidez normativa de los subsistemas *ordinario y especial* en la integración laboral de los discapacitados. A mi juicio, la incorporación de esta fórmula mixta no debería alterar , en su esencia, los instrumentos de la integración ordinaria y especial. Debe existir siempre una política de inserción de los discapacitados en el mercado laboral ordinario, con todas las herramientas expuestas a lo lar go de estudio. Y, de la misma manera, no hay que cuestionarse, creo, la presencia de los centros especiales, que son tan útiles y eficaces en la creación de empleo de los discapacitados. Las reformas pueden ser puntuales en ambos espacios, pero no estructurales, con tendencia, sobre todo, a la creación de puentes entre los mismos.

En fin, entre las políticas selectivas de empleo quizás la más selecta sea la integración laboral de las personas con discapacidad porque ayuda a un colectivo que, por motivos físicos, sensoriales o psíquicos, tiene una desigualdad de origen en el acceso al trabajo remunerado. El sistema de integración laboral analizado y valorado coopera a reducir esta desigualdad y facilita el pleno desarrollo de las personas con discapacidad, que es un objetivo marcado por nuestros mejores valores democráticos y constitucionales.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA REGULACIÓN ESTATAL DEL EMPLEO CON APOYO: UN MECANISMO NECESARIO PARA EL EMPLEO NORMALIZADO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA
Profesor titular de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

1. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. UNA NOCIÓN DE EMPLEO CON APOYO.—3. EL EMPLEO CON APOYO Y SU ENCAJE EN EL TÍTULO VII DE LA LISMI.—4. ALGUNOS RIESGOS Y OPORTUNIDADES ANTE LA FUTURA REGULACIÓN DEL EMPLEO CON APOYO.

1. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Tras veinticinco años de vigencia de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (en adelante LISMI), se ha consolidado una cierta presencia de trabajadores afectados de especiales dificultades en entornos laborales protegidos, lo que es fruto de un reparto tácito, sugerido por la LISMI en su artículo 41, según el cual, la integración laboral de los trabajadores con discapacidad leve o moderada se llevará a cabo en la empresa ordinaria, mientras que los Centros Especiales de Empleo acogerían a aquellos trabajadores cuya discapacidad no les permitía una integración ordinaria o normalizada. La realidad práctica nos indica que las cosas tampoco han sido exactamente así. A saber, muchos trabajadores con discapacidad física moderada desarrollan su trabajo en Centros Especiales de Empleo (en adelante CEE' s), sobre todo tras el auge experimentado por los CEE' s en los últimos años y , también, muchas personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades se encuentran en la inactividad o desarrollan su actividad ocupacional en Centros *ad hoc*.

Ahora bien, desde los años ochenta diversas entidades [1] han preconizado que los trabajadores con discapacidad afectados de especiales dificultades debían también ser integrados en entornos normalizados. Para ello, contaban con un argumento legal de primera hora, la preferencia por el empleo ordinario como ámbito de integración de todos los trabajadores con discapacidad, un principio de intenciones establecido en la primera redacción del artículo 37 LISMI y todavía vigente.

La experiencia y el convencimiento de que la presencia de trabajadores con discapacidad afectados de especiales dificultades en entornos or-

---

[1] Diversas entidades (asociaciones, fundaciones, administraciones locales y otras), están hoy en día vinculadas a la Asociación Española de *Supported Employment* (AESE). Para una visión del papel representado por AESE y otras entidades vinculadas a la misma, *vid* el Bloque III de MARTÍNEZ VALLS, A. y otros: *El camino hacia la inserción social. VI Simposio Internacional de Empleo con Apoyo*, Salamanca, INICO, 2007, págs. 107 y ss.

dinarios era viable [2], llevó a algunas Comunidades Autónomas a regular sus propios programas a finales de los años noventa, y a que la regulación del empleo con apoyo fuese incluida dentro de los programas de reformas introducidos en el primero y segundo Acuerdo firmados entre el MTAS y la organización del *sector* de la discapacidad, el Comité Español de Representantes de Minusválidos, (en adelante CERMI) [3], aunque a la vista está que la materia objeto de esta comunicación no ha formado parte de las prioridades de los negociadores. Tras los años transcurridos desde la aprobación de la primera versión de la LISMI y tras algunas interesantes reformas, parece llegado el momento de que el empleo con apoyo reciba una regulación y, sobre todo, un adecuado apoyo financiero del Estado. Muestra de ello es, sobre todo, la existencia de diversos borradores de trabajo —al menos dos— que han sido sometidos a consultas de sindicatos, organizaciones patronales y entidades de apoyo al empleo de las personas con discapacidad a lo lar go de 2006. Como borrador base de análisis en esta comunicación, utilizaré el último de ellos, fechado en noviembre de 2006, al que se denominará en lo sucesivo Borrador de Decreto de Empleo con Apoyo [4] (en adelante Borrador DECA).

Además, algunas reformas y novedades normativas recientes constituyen un excelente acompañamiento a la —esperemos—inminente regulación del empleo con apoyo: así, desde la incipiente figura laboral del trabajador con discapacidad afectado de especiales dificultades [5], hasta la

---

[2] El estudio más completo al respecto (*vid*, más adelante), muestra que (pág. 63) en el año 1999 había en España un total de 2417 personas con discapacidad afectadas de especiales dificultades trabajando bajo el esquema del empleo con apoyo, de un total de 3514 que lo había estado en algún momento con la misma técnica. Sin perjuicio de que no es un dato actualizado, se trata de una cifra modesta pero muy significativa dada la falta de canales estables de financiación. Téngase en cuenta que el empleo protegido en CEE' s puede estar ocupando actualmente en torno a 35.000 personas con discapacidad. Sobre el empleo con apoyo es clave el estudio de J ORDÁN DE URRÍES VEGA, B. y VERDUGO ALONSO, M. A.: *El empleo con apoyo en España. Análisis de variables que determinan la obtención y mejora de resultados en el desarrollo de servicios*, Madrid, Real Patronato de Discapacidad, Documento 59/2003.

[3] Se trata de dos Acuerdos, firmados en 1997 y en 2002, que han impulsado importantes reformas en la regulación del empleo de las personas con discapacidad. Ambos han contado con un período de desarrollo estable: 1997-2000 el primero de ellos, y 2002-2004, el segundo. Posteriormente no ha habido reediciones de Acuerdo.

[4] El documento lleva el título « *Proyecto de Real Decreto por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo*», de fecha 21 de noviembre de 2006. Igualmente, existe un antecedente de título muy similar —no habla de programa de empleo con apoyo, sino de empleo con apoyo—de fecha junio de 2006, que también será oportunamente citado.

[5] El concepto de trabajador afectado de especiales dificultades constituye una interesantísima innovación normativa que aparece por primera vez en el RD 290/2004, de enclaves, volviendo a ser considerado por el RD 469/2006, de unidades de apoyo. De algún modo, la consolidación de esta figura se produce al ser acogida por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que introduce modestas diferencias entre la bonificación de trabajadores afectados de especiales dificultades y los trabajadores no afectados de especiales dificultades. A este respecto, la Ley 43/2006 distingue entre los trabajado-

regulación de los enclaves laborales del RD 290/2004, de 20 de febrero, sin olvidar las interesantes aportaciones que se derivan del RD 469/2006, de 21 de abril, regulador de las unidades de apoyo (laboral) en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo y el interesantísimo nuevo artículo 37 bis 2 LISMI, que formula un particular deber de adaptación empresarial para favorecer el acceso y el mantenimiento en el empleo de trabajadores con discapacidad afectados de especiales dificultades [6].

Dicho lo anterior, en las líneas que siguen procederé a abordar una selección de materias que creo de interés prioritario. Así, comenzaré con un intento de definir (2) qué es el empleo con apoyo, intentándolo diferenciar de otras medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad. A continuación, dada su novedad y carácter rupturista intentaré (3) contextualizar y ubicar el empleo con apoyo en el itinerario de inserción del título VII de la LISMI, y en fin, el último apartado de la comunicación (4) analiza una selección de cuestiones suscitadas por el Borrador de Decreto y por las reivindicaciones de las entidades que han impulsado su regulación.

A este respecto, la comunicación va a tomar como eje principal el último Borrador DECA, de noviembre de 2006, sin perjuicio de la frecuente referencia a las normas más vinculadas al mismo, ya señaladas líneas más arriba. La limitada extensión de la comunicación, me ha impedido finalmente elaborar un análisis comparativo con los programas autonómicos precedentes, entre los que destaca por su contenido y «tradición» la Orden de 6 de abril de 2006, del Servicio de Empleo y Formación de la Región de Murcia, de disposiciones de fomento de empleo de personas con discapacidad para 2006. En todo caso, a lo lar go del texto se resaltan aquellos ámbitos en los que la normativa autonómica puede tener mayores posibilidades de incidencia.

2. UNA NOCIÓN DE EMPLEO CON APOYO

A grandes rasgos, cabe entender por empleo con apoyo el conjunto de medidas o de acciones ordenadas a garantizar la integración y el mantenimiento de un trabajador con discapacidad afectado de especiales dificultades en el medio ordinario de trabajo, proceso en el que el monitor o pre-

---

res con especiales dificultades a los afectados de a) discapacidad intelectual, trastorno mental o parálisis cerebral con un grado de discapacidad no inferior al 33 por 100 y b) los trabajadores con discapacidad física o sensorial en grado igual o superior al 65 por 100.

[6] Sobre esta interesante figura, vid: E steban Legarreta, R. y N úñez González, C.: «Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo», en AA.VV.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales (XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social),* Madrid, MTAS, 2005, págs. 561 a 584.

parador laboral tendrá una importancia fundamental. La definición [7], extraída del artículo 2 del Borrador DECA nos permite identificar los elementos más interesantes de la medida.

Así, en primer lugar, el empleo con apoyo se dirige a personas afectadas por especiales dificultades, una noción acuñada por el RD 290/2004, de enclaves y posteriormente acogida en el RD 469/2006, de unidades de apoyo y, de modo más reciente, en la regulación de las bonificaciones a la contratación laboral de la Ley 43/1996, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Sin lugar a dudas, el futuro Decreto va a contemplar a los grupos hasta ahora considerados como trabajadores con discapacidad afectados de especiales dificultades, y en ese sentido se pronuncian todos los Borradores conocidos: a) personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 y, b) personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100. Como se verá, la noción puede adolecer de un exceso de rigidez pero acoge razonablemente lo que podríamos considerar como personas con una especial vulnerabilidad a la hora de acceder y consolidarse en el medio ordinario de trabajo. Es más, de prosperar el planteamiento del Borrador de noviembre de 2006, la financiación del apoyo se graduará en base a tres subgrupos de trabajadores, según tengan una necesidad intensa, moderada o leve de acompañamiento laboral, (*vid*. *infra*).

En segundo lugar, el empleo con apoyo es un proceso individualizado, lo que lo diferencia claramente de la experiencia de los enclaves laborales, que también constituyen, aunque sea matizadamente, experiencias en el medio ordinario de trabajo. Ahora bien, el empleo con apoyo implica inserción individualizada, sin perjuicio de que cada monitor o preparador laboral pueda llevar a cabo el seguimiento simultáneo de diversos trabajadores en procesos de inserción coincidentes en el tiempo.

Por lo general, las experiencias y el planteamiento del Borrador DECA [8] parten del empleo con apoyo como un proceso en el que interviene un «cuerpo extraño» a la relación laboral, el preparador o monitor laboral que dependerá de una entidad promotora de empleo con apoyo, que será su empleadora. El papel del preparador laboral es clave ya que no sólo acompaña al trabajador en su proceso de inserción, sino que media entre la empresa y los compañeros de trabajo, de un lado, y el traba-

---

[7] Para una noción conceptual del empleo con apoyo *vid*. mi trabajo: «La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)», Relaciones Laborales núm. 1, 2001, págs. 65 a 70.

[8] Como tendremos ocasión de estudiar, el Borrador DECA prevé la posibilidad de apoyos internos mediante monitores o preparadores en nómina de la empresa o empleadora (art. 4 c] del Borrador DECA).

jador —y eventualmente, su familia—de otro lado. Nótese que el preparador laboral desarrollará su actividad en la empresa ordinaria, razón por la que empresa ordinaria y entidad de empleo con apoyo deberán coordinarse adecuadamente en materia preventiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 24.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.

Por otra parte, el empleo con apoyo es un proceso de duración limitada, de modo que su puesta en práctica lleva aparejada la retirada paulatina del apoyo personalizado. Ahora bien, como se verá no hay un consenso claro a propósito de cual debería ser la duración máxima del apoyo o incluso si éste, de modo excepcional, se podría formular con carácter permanente.

En fin, cabe señalar que hasta ahora nos hemos referido a un concepto de empleo con apoyo que se deduce de la normativa autonómica y del Borrador DECA. Sin embargo, se ha de recordar que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de «Dependencia», recoge en su artículo 19 la prestación económica de asistencia personal, que permitirá a las personas con gran dependencia la contratación de asistencia personal que facilite a la persona con discapacidad el acceso a la educación y al trabajo. La noción de la asistencia personal tiene algunos puntos de contacto con el empleo con apoyo, sobre todo si tenemos en cuenta que su finalidad laboral, «la facilitación del acceso al trabajo» en términos de la Ley , admite un contenido muy amplio y múltiples actividades de asistencia. Más allá de las similitudes, cabe subrayar entre otros matices diferenciadores, que la Ley 39/2006 formula una asistencia personal *a priori* no limitada en el tiempo, al contrario de lo planteado en el marco del empleo con apoyo en sentido estricto. De cualquier modo, por razones de extensión la comunicación no abundará en la prestación de asistencia personal de la Ley 39/2006.

3. EL EMPLEO CON APOYO Y SU ENCAJE EN EL TÍTULO VII DE LA LISMI

Como hemos señalado, el empleo con apoyo es un esquema que va a irrumpir en la regulación básica del empleo de las personas con discapacidad, fundamentada en el Título VII de la LISMI, que en su origen planteaba la inserción de las personas con discapacidad en un itinerario todavía sugerido —no obligatorio, todo hay que decirlo—, que desde de la actividad ocupacional, pasaba por el empleo en CEE y finalizaba en el empleo normalizado. Tal esquema no es modificado por la futura regulación del empleo con apoyo, si bien éste introduce una novedad de calado: los trabajadores con discapacidad, incluso los afectados por especiales dificultades, ya no tienen porqué acceder al empleo protegido en CEE' s para tran-

sitar posteriormente al empleo ordinario. El empleo con apoyo sugiere todos los trabajadores con discapacidad, incluso los más afectados, pueden acceder al empleo ordinario desde la inactividad, el desempleo o la actividad ocupacional. Además, la futura regulación va a reforzar la noción del empleo semiprotegido, del que ya existe una manifestación sensiblemente diferente: los enclaves laborales de CEE. En ambos casos, el trabajador desempeña su actividad en un entorno normalizado, pero lo hace con la interposición de una estructura de acompañamiento y mediación. Por otra parte, el empleo con apoyo refuerza de modo evidente el principio de preferencia por el empleo normalizado (art. 37 LISMI).

Ahora bien, se deduce que la regulación del empleo con apoyo se abordará por Decreto y sin previa reforma de la Ley , lo que se me antoja un modo de actuación bastante criticable. Y es que, en los últimos años asistimos en este ámbito a reformas de cierto calado en las que o la Ley no se ha reformado —enclaves laborales, unidades de apoyo—o bien la reforma legal —por ejemplo, en el caso de las medidas alternativas a la reserva— se llevó a cabo mediante Ley de acompañamiento. Este *modus operandi* tiene su origen en los dos Acuerdos firmados entre el MTAS y el CERMI, en los que el Gobierno ha obviado el espacio regulador de las Cortes Generales en muchas materias que necesitarían mayor sosiego y , sobre todo, una visión más clara de hacia dónde se pretende ir . En otras palabras, las normas reglamentarias aprobadas desde finales de los noventa deberían haber sido precedidas de una reflexión a fondo, y de la consecuente reforma de la LISMI mediante tramitación ordinaria. Prueba de todo ello son las lastimosas e insatisfactorias justificaciones vertidas en las exposiciones de motivos del Real Decreto 290/2004, de enclaves y del Borrador DECA, a propósito de la legitimidad del Gobierno para abordar la elaboración de Decretos sin previsión legal expresa. No se afirma que siempre y en todo caso se haya incurrido en desarrollo *ultra vires* —aunque algunas dudas pueda haber— pero sí que el esquema de trabajo es manifiestamente mejorable.

4. ALGUNOS RIESGOS Y OPORTUNIDADES ANTE LA FUTURA REGULACIÓN DEL EMPLEO CON APOYO

Como se ha señalado, el empleo con apoyo constituye la clave de bóveda de una línea de reforma tendente a acoger la discapacidad no leve en entornos laborales ordinarios. A partir de esta constatación, se examinarán algunos de los aspectos clave de la futura regulación a partir de los datos que cabe extraer de los borradores de Decreto. Asimismo, serán tenidas en cuenta algunas aportaciones del RD 469/2006, de 21 de abril, de unidades de apoyo, ya que dicha norma va a proyectar , por efecto reflejo y por similitud con el empleo con apoyo, alguna de sus disposiciones en el futuro reglamento de empleo con apoyo.

En el análisis de la futura regulación se realizarán una serie de consideraciones generales y otras de carácter particular , que serán ubicadas en dos grandes epígrafes

4.1. Consideraciones de carácter general

4.1.1. El empleo con apoyo como aceptación de especiales necesidades y como el logro de una mayor seguridad jurídica

Una primera consideración a propósito de la futura regulación del empleo con apoyo obliga a la valoración positiva. Así, sin duda, su regulación va a generar su reconocimiento a nivel estatal y constituye un recordatorio de su imprescindibilidad para que los procesos de inserción normalizada de trabajadores con especiales dificultades sean exitosos. En este sentido, de la misma manera que los trabajadores que transiten desde un enclave de CEE hasta la empresa ordinaria lo hacen bajo una estructura colectiva de apoyo —los encargados y/o monitores del enclave—, el empleo con apoyo supone una versión individualizada de ese seguimiento.

Además, el Decreto puede dar seguridad jurídica a las entidades promotoras de empleo con apoyo y las empresas que se acojan a este tipo de procesos. En este sentido, sin perjuicio de que en sí misma la práctica de empleo con apoyo no vaya en contra del ordenamiento jurídico laboral, la regulación mediante norma estatal servirá para delimitar qué se puede hacer y qué no se puede hacer a través del empleo con apoyo. Un clásico ejemplo de situaciones delicadas viene dado porque en ocasiones se llevan a cabo procesos formativos prelaborales prácticos, sin ningún tipo de cobertura legal, lo que suele comunicarse a la autoridad laboral o a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para, ante futuros malentendidos, evitar el levantamiento de actas por falta de alta a la Seguridad Social. Lo cierto es que el Borrador DECA no da cuenta de esta posibilidad, pero puede favorecer la evitación de malentendidos.

4.1.2. Una oportunidad perdida: la no consideración de las entidades promotoras como integrantes del circuito de la intermediación

A las consideraciones anteriores, de carácter positivo, cabría añadir una crítica destacable al Borrador DECA ya que no conecta a las entidades promotoras de empleo con apoyo, auténticas agencias de inserción homologadas, con el servicio público de empleo a fin y efecto de dar respuesta satisfactoria a las ofertas de empleo dirigidas a personas con discapacidad, ya sean ofertas espontáneas, ya lo sean porque la empresa está obligada al cumplimiento de la reserva de empleo. Dado que los servicios públicos de empleo no se han destacado por desarrollar una inter-

mediación eficaz en este terreno, deberían coordinarse adecuadamente con estas entidades para potenciar la inserción de trabajadores afectados de especiales dificultades, haciendo realidad el nuevo artículo 37 bis 2 LISMI. Y es que, aunque no se haga constar en el Borrador DECA, las entidades promotoras de empleo con apoyo siempre han desarrollado tareas de intermediación, entendidas como la puesta en contacto de ofertas y demandas, habiéndose distinguido tradicionalmente por realizar una intensa actividad de búsqueda o prospección de puestos de trabajo en entornos normalizados. Dada la evidencia de estas prácticas y dado que las entidades promotoras de empleo con apoyo van a realizar su actividad previa comprobación de la suficiencia de medios humanos y materiales, el Gobierno debería reconocerles formalmente el rango que *de facto* van a ostentar: el de entidades colaboradoras del servicio público en actividades de intermediación en favor de colectivos afectados de especiales dificultades [9]. En este sentido, el artículo 22.3 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre[10], de empleo, reconoce ampliamente esta posibilidad y creo que las entidades promotoras podrían desarrollar una interesante función de cobertura y atención de las ofertas de empleo dirigidas a trabajadores con discapacidad, sobre todo en el caso de empresas obligadas al cumplimiento de la reserva. Asimismo, estas entidades podrían hacer un seguimiento de los procesos de casación de ofertas y demandas, para detectar rechazos injustificados o caprichosos de candidatos con discapacidad, especialmente de los afectados por especiales dificultades. Y es que en la práctica, en muchas de las ofertas formuladas por las empresas —más allá de las que son manifiestamente abusivas [11]—, cuando el demandante con discapacidad aparece, la empresa lo rechaza sistemá-

[9] A mayor abundamiento, este es el planteamiento del nuevo artículo 22 bis de la Ley 56/2003, de Empleo, introducido por la Ley Or gánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad, al señalar que «Los gestores de la intermediación laboral, cuando en las ofertas de colocación, apreciasen carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta». Ahora bien, para ello debiera seguirse una valoración estricta del carácter discriminatorio de las ofertas, lo que incluiría aquellas que, en sede de cumplimiento de la reserva de empleo, son formuladas con la intención de no hallar candidato alguno con discapacidad, lo que desde un punto de vista sancionador exigiría quizás reformular el artículo 8.12 de la LISOS que tipifica como conducta sancionable en tanto que falta muy grave las «decisiones empresariales directas o indirectas que impliquen discriminación por razón de discapacidad».

[10] El artículo 22.3 segundo párrafo de la Ley 56/2003 señala que «En el supuesto de colectivos con especiales dificultades de integración laboral, los servicios públicos de empleo podrán contar con entidades colaboradoras especializadas para realizar el proceso a que se refiere el párrafo anterior», es decir el proceso de selección y el de puesta en contacto o casación entre ofertas y demandas.

[11] Los profesionales que desarrollan su actividad en el ámbito de la inserción han llamado la atención a propósito de una práctica en la que incurren empresas obligadas al cumplimiento de la reserva, consistente en formular ofertas de muy difícil o imposible cobertura por personas con discapacidad; lo que conduce a la excepcionalidad ante la falta de respuesta a la oferta tras haberse realizado todas las gestiones de intermediación necesarias (art. 1.2 a] RD 364/2005).

ticamente. Todo ello, ha dado lugar a un notable auge de las situaciones de excepcionalidad al cumplimiento de la reserva y a la aplicación de medidas alternativas del RD 364/2005, una tendencia que la potenciación el empleo con apoyo podría ayudar a corregir .

4.2. Una selección de aspectos en la futura regulación del empleo con apoyo

Dado que en un momento anterior se han comentado ya algunas cuestiones referentes a los trabajadores beneficiarios del empleo con apoyo, he optado por centrar el apartado en cuatro cuestiones clave: a) el objeto y la duración de los procesos de empleo con apoyo, b) las entidades promotoras del empleo con apoyo, c) la financiación de los procesos, y d) el fomento de la contratación por la empresa ordinaria.

4.2.1. El objeto y la duración de los procesos de empleo con apoyo

Más allá de las finalidades, anteriormente reseñadas, el Borrador DECA (art. 2.2) plantea, como es natural, un contenido multifuncional del empleo con apoyo, lo que se traduce en otros tantos deberes de las entidades promotoras, que he intentado sintetizar en los cuatro que siguen: a) acciones de orientación laboral y de ajuste personal y social del trabajador; b) mediación entre trabajador , empresario y compañeros de trabajo, c) la formación teórica y práctica en las funciones del puesto y finalmente, d) el seguimiento del proceso de inserción en la empresa y la evaluación del mismo. A grandes rasgos, el concepto de empleo con apoyo es o puede considerarse suficiente, si bien, se ha llamado la atención sobre la falta total de referencias a funciones vinculadas a la intermediación que, *de facto,* llevan a cabo las entidades promotoras, (*vid supra*).

En todo caso, el proceso tendrá carácter temporal, con una clara limitación máxima, de manera que las acciones de empleo con apoyo se llevarán a cabo dentro del marco de proyectos de empleo con apoyo, que tendrán una duración de entre seis meses y un año, prorrogable por otro año más (arts. 5.2 Borrador DECA), lo que se traduce en un periodo máximo de contratación de dos años (art. 8.2 final Borrador DECA). Lo cierto es que el Borrador establece una limitación problemática porque en ocasiones serían necesarios procesos más prolongados que permitirían, al final, una integración con garantías. Con la limitación temporal a un máximo de dos años, da la impresión de que se sigue pensando en el empleo protegido, o incluso en los Centros Ocupacionales como un entorno preferente para insertar trabajadores afectados de especiales dificultades. A mi juicio, si se apuesta por la integración normalizada de trabajadores afectados de especiales dificultades el planteamiento debería ser más atrevido, aunque estos

procesos fuesen sometidos a una autorización especial antes de proceder a su financiación. En todo caso, hay dos posibilidades más que podrían permitir la viabilidad del acompañamiento o apoyo de los trabajadores que necesiten un seguimiento más prolongado. De un lado, estaría el papel a representar por los programas autonómicos de empleo con apoyo, que podrían aportar la financiación necesaria para prolongarlo más allá de los dos años. Además, la figura del acompañante de la Ley 39/2006, de Dependencia, abre nuevas posibilidades de financiación y de regulación de apoyo laboral para grandes dependientes a través de la figura de la prestación económica de asistencia personal (art. 14.5 de la Ley), que como ya hemos señalado oportunamente, podría ser una vía de acceso a financiación adicional del apoyo laboral.

En último término, creo que los documentos preparatorios para la regulación de empleo con apoyo han obviado un factor imprescindible en el diseño realista de los programas: las dificultades sobrevenidas. A saber, en la práctica, son frecuentes las necesidades sobrevenidas y adicionales de apoyo y tal posibilidad no se ha contemplado en los Borradores objeto de estudio. De hecho, tales documentos vinculan estrechamente el empleo con apoyo a lo procesos de incorporación, de modo que una vez acoplado el trabajador a sus funciones y , sobre todo, una vez transcurrido el periodo de dos años, no va a ser posible que, ante una descompensación del trabajador o ante un cambio de funciones derivado de necesidades empresariales o del trabajador , pueda reactivarse el apoyo. De nuevo, cabe criticar la rigidez de tal planteamiento, al tiempo que deberá apelarse a la función complementaria de las normas autonómicas que puedan aprobarse. Al respecto, se detecta un agravio comparativo con la regulación de las Unidades de Apoyo Laboral de CEE, ya que el RD 469/2006 sí ha previsto y financiado la actuación de las Unidades ante los «posibles procesos de deterioro evolutivo de los trabajadores con discapacidad a fin de evitar y atenuar sus efectos» (art. 2 h]).

4.2.2. Las entidades promotoras de empleo con apoyo

Tradicionalmente, el empleo con apoyo ha sido puesto en práctica a través de entidades externas a la empleadora, las denominadas entidades promotoras de empleo con apoyo, que han coordinado todo el proceso de acompañamiento. Al respecto, los trabajos encaminados a la elaboración de un futuro Decreto mantienen este esquema, aunque como veremos añaden dos posibilidades más, que dada su presencia reiterada en los trabajos preparatorios, muy probablemente van a aparecer en el Decreto regulador: me refiero a la posibilidad de que el apoyo o acompañamiento sea prestado al completo por la empresa que emplee al trabajador con discapacidad, o bien, en segundo lugar, que el apoyo pueda ser prestado por CEE' s que asistan a sus empleados en la transición al medio ordinario de trabajo.

A) El modelo clásico: la entidad promotora externa

De acuerdo con el Borrador DECA (art 4 a) las fundaciones y entidades sin ánimo de lucro que deseen ser entidades promotoras de empleo con apoyo deberán contar con los recursos humanos —preparadores con los requisitos reglamentariamente previstos— y materiales que garanticen un desarrollo idóneo de la actividad. Además, es esperable que a las entidades se les exija experiencia acreditada previa a la obtención de las subvenciones públicas. A este respecto, ya he señalado que este es probablemente el modelo más rodado de empleo con apoyo y , en principio suscita pocas cuestiones y puede garantizar una mayor eficiencia en el uso de los recursos.

B) El empleo con apoyo como herramienta de transición desde el empleo protegido

Más allá de la implementación del empleo con apoyo a través de entidades promotoras externas, el Borrador DECA (art. 4 b) prevé la posibilidad de que los CEE' s puedan concurrir a las ayudas por empleo con apoyo siempre que cuenten con el personal adecuado y se cumpla con los requisitos exigidos a las promotoras externas. Ahora bien, en este caso el CEE sólo podrá beneficiarse de las ayudas con el fin de favorecer la transición de trabajadores de su plantilla a una empresa con la que suscribirán el oportuno convenio de colaboración. *A priori,* se me antoja adecuado que los CEE' s puedan beneficiarse de ayudas que les permitan afrontar las tareas de apoyo a la integración en la empresa ordinaria, aunque ello implica una aparente duplicidad de financiación del apoyo, si tenemos en cuenta que el RD de unidades de apoyo de CEE (art. 2 g] RD 469/2006), prevé que las ayudas en él previstas pueden utilizarse para «Asistir al trabajador del Centro Especial de Empleo en el proceso de incorporación a Enclaves Laborales y al mercado ordinario de trabajo». Ahora bien, una cuidadosa interpretación del RD 469/2006 me lleva a deducir que la ayuda del Decreto de unidades de apoyo sólo puede utilizarse para realizar el seguimiento en enclaves, vigente por tanto la relación laboral especial, o bien para preparar la transición a la empresa ordinaria. Por lo contrario, tras la contratación y transición efectiva del trabajador de CEE a la empresa ordinaria, los CEE' s ya no podrán obtener recursos del RD 469/2006, de unidades de apoyo, sino que deberán recurrir al DECA.

Además, la inclusión de los CEE' s entre los beneficiarios de las ayudas económicas por apoyo, debiera conducir a la exigencia de una cierta ratio de transición al mercado ordinario, por modesta que sea, medida que se menciona sin ninguna concreción en el artículo 4.1 del RD 364/2005, de medidas alternativas, donde se señala que los CEE' s beneficiarios de

medidas alternativas deberán destinar los recursos necesarios para «desarrollar acciones que promuevan el tránsito hacia el mercado de trabajo no protegido, tales como la formación permanente de los trabajadores con discapacidad o la adaptación de éstos a las nuevas tecnologías». Por otro lado, en paralelo a lo previsto en el Decreto 290/2004, de enclaves laborales, la previsión del Borrador DECA (art. 3.3) es que los trabajadores que transiten al mercado ordinario pasen a una situación de excedencia voluntaria, un mandato no exento de cuestiones y en la que no abundaré por razón de espacio[12]. En fin, no debe olvidarse que esta novedad puede generar en el mundo de los CEE's, un cierto giro que potencie su condición de entidad impulsora de la inserción de personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo, lo que podría llevar , a medio plazo, a que los CEE' s representen un doble papel: el de or ganizaciones productivas y el de estructuras de acompañamiento, formación e intermediación laboral.

C) La opción del autoapoyo a cargo de las empresas

Los Borradores DECA plantean una tercera modalidad no exenta de interés, que consistiría en que la empresa ordinaria sería la encar gada de realizar el apoyo y seguimiento de los trabajadores contratados, siempre que cuenten en su plantilla con preparadores laborales especializados y que dispongan de los recursos materiales necesarios. *A priori*, esta opción que cabría denominar como autoapoyo se me antoja interesante ya que comporta la asunción empresarial de la plena responsabilidad en la integración del trabajador, y sin duda facilitará la consolidación de los denominados apoyos naturales; es decir, el apoyo de trabajadores de plantilla cercanos al trabajador: compañeros de sección, superiores u otros.

Ahora bien, no me parece riguroso incluir entre los empresarios susceptibles de poner en marcha el autoapoyo a los trabajadores autónomos porque, por lo general no tendrán la dimensión or ganizativa para asumirlo, por mucho que el Borrador DECA lo plantee. Además, en coherencia con la filosofía del artículo 37 bis 2 LISMI —deber de introducir adaptaciones de puesto o de accesibilidad—cabe plantearse si estas empresas, sobre todo si tienen una notable dimensión, deben ser merecedoras de las ayudas del Decreto o deberían de asumir al menos parcialmente el coste del apoyo. Es evidente que realizar afirmaciones de este tipo supone cuestionar el acceso de las empresas privadas a las medidas de fomento, algo que hoy en día está, por lo general, fuera de toda duda. Ahora bien, existen al menos tres ar gumentos para mantener abierta la cuestión: el primero, la filosofía del artículo 37 bis 2 de la LISMI, que obliga a las em-

[12] Sobre los problemas suscitados *vid*. Esteban Legarreta, R. y Fusté Miquela, J. M.ª: «Los enclaves laborales (una aproximación crítica tras un periodo de experimentación)». *Revista del Centro de Estudios Financieros* núm. 286, 2007, págs. 182 a 184.

presas a asumir una parte del coste de los ajustes razonables; el segundo, el desiderátum del artículo 12.1 a del Decreto 290/2004, de enclaves laborales, al sugerir que la subvención a la contratación de trabajadores con discapacidad (procedentes de enclaves) «podrá ser destinada por la empresa ordinaria, total o parcialmente, a servicios de apoyo del trabajador»; el tercero, la futura insuficiencia de recursos para financiar todas las iniciativas, lo que se deduce del artículo 4 c) Borrador ECA [13], razón que debería llevar a potenciar la actividad de las entidades promotoras pequeñas o medianas que, a su vez, suelen actuar en beneficio de la pequeña y mediana empresa. En todo caso, la lógica de descentralización productiva imperante en nuestro tejido productivo, no creo que anime a muchas grandes or ganizaciones a constituir equipos internos de apoyo vinculados al servicio de recursos humanos. Eso sí, la posibilidad de poner en marcha experiencias de autoapoyo financiadas por los poderes públicos exigiría, sin duda alguna, que las empresas no acumulen a los trabajadores en un espacio concreto de la empresa, y mucho menos que los organicen en régimen de trabajo en común o estrecha colaboración —una suerte de «enclave interno» bajo la lógica del artículo 10.1 ET—, porque en estos casos, se estaría defraudando una finalidad clave del empleo con apoyo: la integración plenamente normalizada e individualizada.

4.2.3. La financiación del empleo con apoyo

En lo que concierne a la financiación del empleo con apoyo, cabe señalar que este puede ser uno de los puntos débiles del futuro Decreto, lo que prolongaría las penurias sufridas por las entidades dedicadas desde hace años a esta modalidad de inserción, dificultades que han sido soslayadas o paliadas mediante presupuestos públicos —en el caso de entidades promotoras vinculadas a administraciones locales —, en otros casos mediante la aportación de obra social de Cajas de Ahorro, o bien mediante la utilización *adaptada* de fondos de programas de formación profesional ocupacional. Todo ello sin olvidar el valioso complemento que han supuesto algunos programas autonómicos. En todo caso, sí hemos de resaltar un dato positivo y es el de la mejora técnica que se deduce en esta materia entre el Borrador DECA de junio de 2006 y el Borrador DECA de noviembre de 2006, utilizado como herramienta básica de este comentario. Aun así, el último Borrador DECA sugiere a las claras una voluntad de financiación parcial (art. 8), de lo que se deduce que el Gobierno cuenta con la existencia de iniciativas que ya están en marcha y que no pretende financiar al com-

[13] El precepto establece que «En cualquier caso, la concesión de las suvenciones estará condicionada a la existencia de disponibilidades presupuestarias para dicho fin según lo consignado anualmente en los presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal» una advertencia peligrosamente similar a la contenida en el artículo 4.3 2.º del RD 469/2006, de unidades de apoyo de CEE's.

pleto, lo que perjudicará sobre todo a las entidades privadas: fundaciones y asociaciones no vinculadas directamente a administraciones públicas. Además, el Borrador DECA deja en manos de las Comunidades Autónomas (art. 9) las bases reguladoras y normas de procedimiento, ya que, como señala la exposición de motivos de aquel documento, se pretendería que el Decreto estatal recoja simplemente «los aspectos esenciales del programa», de lo que se deduce que las convocatorias autonómicas, dictadas en base al futuro Decreto estatal, podrán incluir criterios de priorización, que sí han sido establecidos por el Gobierno central en el ámbito de las subvenciones a las unidades de apoyo de CEE' s (art. 7.2 RD 469/2006). A través de la priorización, las Comunidades Autónomas pueden incidir en diversos aspectos; por ejemplo, favoreciendo el apoyo externo frente al autoapoyo.

Entrando en aspectos de detalle, cabría subrayar tres aspectos críticos:

— El primero, que el Borrador DECA restringe la financiación a salarios y costes de Seguridad Social de los preparadores laborales, obviando la financiación de infraestructura de las entidades promotoras de empleo con apoyo, lo que constituye una llamada a la cofinanciación mediante otras convocatorias, autonómicas, locales o de otras procedencias, como es el caso de la obra social de entidades de ahorro.

— En segundo lugar, y a pesar de las valiosas correcciones introducidas en el último Borrador DECA (noviembre 2006)[14], las reglas de financiación dejan malparadas a las entidades que se dediquen, preferentemente, al acompañamiento de trabajadores con necesidades intensas de acompañamiento[15]. Así, si el monitor dedica su actividad a impulsar el empleo de personas necesitadas de este nivel de apoyo, no podrá superar el número de tres personas acompañadas, para cuyo caso se prevé una subvención de 5500 euros/ año por cada trabajador acompañado, lo que nos da un total 16.500 euros anuales de subvención. Por lo contrario, el acompañamiento de trabajadores con necesidades de acompañamiento leves o moderadas, dará lugar a una mayor cifra máxima de subvención por monitor y año (20.000 euros) [16], de lo que se deduce que no acaba de cuajar la idea de que mayor discapacidad implica otorgar una mayor dotación de recursos.

---

[14] El artículo 7.2 Borrador DECA de junio de 2006 establecía un sistema aún más discutible ya que la subvención era única —3500 euros/año por cada trabajador en proceso de empleo con apoyo—, y el límite máximo de trabajadores atendidos era de ocho, lo que comportaba una pequeña disfunción: y es que el apoyo no es igual en todos los trabajadores, y eso parecía pretender la versión anterior de Borrador DECA.

[15] De acuerdo con el Borrador DECA se incluyen aquí las personas con discapacidad psíquica con un grado de disminución no inferior al 65 por 100 (art. 7.2 a).

[16] Las personas con necesidades moderadas de apoyo son las afectadas de discapacidad psíquica entre el 33 y el 64 por 100 de discapacidad, mientras que las personas con necesidad leve de apoyo son las afectadas por discapacidad física o sensorial no inferior al 65

— El último apunte crítico, coherente con los anteriores, nos recuerda que el derecho a las ayudas va a estar supeditado a la existencia de disponibilidad presupuestaria (art. 8.3), lo que va a prolongar indefinidamente las estrecheces de muchas entidades. Además, es muy probable que tal previsión se mantenga en el texto final, dado que el RD 469/2006, de 21 de abril, de unidades de apoyo mantiene idéntica previsión en su artículo 4.3, inciso segundo.

4.2.4. Los incentivos para la empresa ordinaria contratante

Finalmente, las empresas ordinarias deberían disfrutar de medidas de incentivación particularmente intensas a fin de premiar la contratación de trabajadores afectados de especiales dificultades, sobre todo cuando se opte por una contratación indefinida. Al respecto, tras las mejoras introducidas en las bonificaciones en la cuota patronal a la Seguridad Social mediante la Ley 43/2006 [17], sería muy conveniente que las empresas ordinarias pudiesen acceder a la misma subvención que obtienen en caso de transición mediante contratación indefinida desde enclaves de CEE's —7814 euros—, ya que la lógica es la misma: el acceso de trabajadores afectados de especiales dificultades al medio ordinario de trabajo.

---

por 100. Para tales grupos, respectivamente, el Borrador DECA prevé que el monitor no podrá dedicar su atención a un número superior de cinco trabajadores con necesidades moderadas, ni a un número superior de ocho trabajadores con necesidades leves. En tales casos, respectivamente, las subvenciones serán de 4000 euros por trabajador y año y de 2500 euros por trabajador y año.

[17] Téngase en cuenta que sobre todo en el caso de trabajadores menores de 45 años, la reforma favorece el disfrute de una mayor bonificación siempre que se trate de salarios que no vayan más allá de los 1200 euros con prorrata de pagas extraordinarias. Por lo contrario, en caso de salarios elevados, la bonificación es más limitada ya que operan los topes legales.

Comunicación a la Ponencia Temática II

EL ENCLAVE LABORAL: ¿CESIÓN DE PERSONAL DISCAPACITADO O SUBCONTRATACIÓN CON CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO?

MÓNICA LLANO SÁNCHEZ
Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense

SUMARIO:

1. UNA APROXIMACIÓN AL TEMA.—2. EL CONCEPTO DE ENCLAVE LABORAL: EL «DESPLAZAMIENTO» TEMPORAL AL CENTRO DE TRABAJO DE LA EMPRESA COLABORADORA.—3. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL POR EL CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO COMO GARANTÍA DEL TRABAJO PROTEGIDO (Y BLINDAJE FRENTE AL ARTÍCULO 43 ET).—4. LOS OBJETIVOS DEL ENCLAVE: FUNCIONES Y DISFUNCIONES DE LA INSTITUCIÓN.

1. UNA APROXIMACIÓN AL TEMA

Han pasado tres años desde que entró en vigor el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero (en adelante REL), por el que se regula los enclaves laborales como medida para fomentar el empleo de los discapacitados. Aunque no existe demasiada información y datos sobre su utilización en la práctica, puede decirse que la implantación de los enclaves, aunque progresiva, es lenta y problemática [1]. Se trata de una figura que provoca cierto recelo, especialmente en ámbitos sindicales, precisamente, como veremos, por su ambigua naturaleza. Pero es que, además, parece que tampoco ha tenido demasiada aceptación entre los empresarios, que o bien desconocen la figura, o entienden que la normativa la somete a excesivas restricciones que dificultan su utilización.

Uno de los aspectos más significativos del enclave es que se configuran como una «subcontratación de obras y servicios», a la que se le aplica la normativa protectora del trabajo en contratas, esto es, artículo 42 ET, artículo 104 y 127 LGSS y 24 LPRL. No obstante, la singularidad de la empresa que actúa como contratista —centro especial de empleo— y el colectivo al que va dirigido —discapacitados— justifica, a juicio del legislador, la adopción de cautelas y garantías específicas que vienen a reforzar el régimen jurídico general de la subcontratación. De

[1] La Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM), está realizando un estudio sobre los enclaves laborales, financiado por la FUNDACIÓN ONCE. A estos efectos se está recopilando información sobre más de 1700 centros especiales de empleo en toda España, aunque la tarea se está desarrollando con dificultades porque las competencias están transferidas a las Comunidades Autónomas. De acuerdo con las informaciones que me facilitan en marzo de 2007, se han localizado un total aproximado de 634 trabajadores que prestan servicios en enclaves, aunque en algunos casos no está claro cuál ha sido la fórmula utilizada (enclave o prestación ordinaria de servicios). Estos trabajadores se agrupan en un total de 41 enclaves celebrados por 15 centros especiales de empleo, de tal manera que muchos de estos centros tienen más de un enclave. Las obras o servicios contratados son diversos, pero se utiliza tanto por empresas del sector industrial como de servicios.

esta manera, las singularidades más notables que distinguen el enclave de un supuesto normal de contratación, son las siguientes: al centro especial de empleo, como contratista, se le exige que mantenga una actividad propia como tal centro, sin que pueda dedicarse exclusivamente a ejecutar enclaves; el contrato de enclave debe formalizarse por escrito, con un contenido mínimo, y remitirse al servicio público de empleo, que podrá solicitar un informe de control de la Inspección de Trabajo; se imponen unas reglas de composición del grupo de trabajadores destinados al enclave, que se establecen por razón de la antigüedad y tipo de discapacidad; y el contrato de enclave debe respetar una duración mínima y máxima.

En las páginas que siguen no pretendo abordar un análisis completo del régimen jurídico del enclave laboral [2]; el alcance de este estudio es más limitado, ya que únicamente quiero advertir cómo las novedades que introduce el REL están orientadas no sólo a establecer un régimen reforzado de garantías para las contratación de obras y servicios con los centros especiales de empleo, sino también, y sobre todo, a modelar una nueva figura jurídica que coloca al trabajador discapacitado en la cada vez más frágil frontera entre la cesión y subcontratación. El objetivo es, pues, reflexionar sobre la naturaleza del enclave y valorar en qué medida esta nueva figura permite conseguir los objetivos perseguidos por el legislador .

2. EL CONCEPTO DE ENCLAVE LABORAL: EL «DESPLAZAMIENTO» TEMPORAL AL CENTRO DE TRABAJO DE LA EMPRESA COLABORADORA

El enclave permite a los centros especiales de empleo celebrar contratos con empresas ordinarias (colaboradoras) para ejecutar obras o servicios que «guarden relación directa con la actividad normal» de éstas, para la cual un grupo de trabajadores del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa ordinaria. El REL configura el enclave como una subcontratación de obras y servicios,

---

[2] El análisis del régimen jurídico de los enclaves laborales ha sido objeto de varios estudios doctrinales. Véase LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral», *Actualidad Laboral* núm. 13, 2004; LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral: puntos críticos de una nueva herramienta de responsabilidad social corporativa» en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RÉ y Coord. LAHERA FORTEZA): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, págs 141 y ss; V ILLAR CALLADA, I.: «Los enclaves laborales» en M OLINA NAVARRETE (Coordinador): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2005; G ARRIDO PÉREZ, E.: Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras o servicios para trabajadores discapacitados?: comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero, *Iuslabor* núm. 3, 2005; ESTEBAN LEGARRETA, R. y FUSTÉ MIQUELA, J. M.: «Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (una aproximación crítica tras un periodo de experimentación), *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 4, 2007.

y aunque utilice una terminología distinta, identifica su objeto con el concepto de «propia actividad» del artículo 42 ET . Así, una primera aproximación al REL nos invita a pensar que el enclave es una modalidad de la contrata de la propia actividad que regula el art 42 ET , pero sometida a un régimen específico. Sin embargo, como vamos a tener la oportunidad de comprobar en un análisis más detenido del concepto, la figura del enclave no es del todo coincidente con el supuesto de hecho del artículo 42 ET. El enclave y la contrata *ex* artículo 42 ET permiten ejecutar obras o servicios inherentes al ciclo productivo de la empresa ordinaria, pero el negocio jurídico que formaliza su prestación es distinto en cada caso.

En primer lugar, de acuerdo con el concepto que ofrece el artículo 1.2 REL, la ejecución del contrato de enclave requiere que el centro especial de empleo ceda mano de obra propia a otro empresario, para que ejecute una obra o servicio determinado. Del tenor literal del REL se desprende que lo único que se le exige al centro especial de empleo es el «desplazamiento», esto es, la ubicación física de sus empleados en el centro de la empresa colaboradora. De esta manera el dato locativo se convierte en elemento definidor del enclave laboral. Y ello es lógico si se atiende a la causa o función social buscada por el legislador con el contrato de enclave laboral, que es, como ya ha quedado dicho, facilitar la integración laboral del discapacitado en el mercado ordinario, objetivo éste que puede conseguirse proporcionando al discapacitado un trabajo tutelado por el centro especial de empleo pero desarrollado en el entorno físico de una empresa ordinaria e integrado en su proceso productivo.

Sin embargo, el elemento espacial, esto es, la realización de los trabajos objeto de la contrata en el interior de los locales de la empresa principal, no es un elemento imprescindible en la delimitación del supuesto del artículo 42 ET, sino tan sólo un indicio, entre otros posibles, para valorar la existencia de la contrata de la propia actividad que contempla el artículo 42 ET, y también para distinguir dicho supuesto de la cesión ilegal regulada en el artículo 43 ET [3]. De esta manera, hay actividades con-

[3] Sobre este punto, no obstante, existe ciertas discrepancias doctrinales. Algunos autores han considerado que la ubicación de la contrata en el centro de trabajo de la principal es elemento imprescindible del supuesto de hecho del artículo 42 ET , aunque no se mencione expresamente. En este sentido, R ODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores», *Relaciones Laborales* T-I (1996), págs. 5 y ss; S ERRANO OLIVARES, R.: « El elemento locativo en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios», *Relaciones Laborales* T-II (2000). Frente a esta postura, existe otra interpretación, avalada claramente por la jurisprudencia, según la cual, el valor que tiene el dato locativo en la delimitación del supuesto del artículo 42 ET es meramente indiciario. *Vid*. la argumentación al respecto en LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, 1999, págs. 88 y ss. Un planteamiento reciente de esta misma cuestión puede verse, con amplia cita doctrinal, en B LASCO JOVER y BÁGUENAS DAYAS: «El lugar de trabajo en las contratas: ¿elemento del artículo 42 ET o mero indicio?, *Actualidad Laboral* núm. 1, 2006, págs. 28 y ss.

tratadas *ex* artículo 42 ET que por su propia naturaleza deben ser ejecutadas necesariamente en el centro de trabajo de la principal, como puede ser, por ejemplo, la contrata de servicios de mantenimiento de maquinaria industrial; sin embargo, en otros casos, la empresa principal contrata servicios que forman parte de su propia actividad —como pueden ser los servicios de telemarketing—, que no exigen la ubicación en su centro de trabajo, de tal manera que la ejecución de los mismos en el centro de la principal puede ser un indicio de cesión ilegal, y ello porque tal circunstancia pueda ser reveladora de la falta de infraestructura de la contratista o de la puesta en juego de la misma para ejecutar la obra o servicio contratado [4].

En todo caso, la exigencia del desplazamiento de los trabajadores al centro de trabajo de la empresa ordinaria puede plantear algún problema en los supuestos de encadenamiento de sucesivas contratas y subcontratas. Debe repararse en que el concepto de enclave recogido en el artículo1 REL contempla una relación contractual entre dos partes, a saber: el centro especial de empleo y la empresa colaboradora. Sin embargo, la realidad demuestra que es perfectamente posible que en los procesos de descentralización con centros especiales de empleo aparezcan implicadas más de dos empresas ordinarias. En efecto, puede suceder que la empresa ordinaria que contrata con el centro especial de empleo actúe como contratista de otra empresa ordinaria, lo que coloca al centro especial de empleo en la condición de subcontratista, esto es, en el tercer y último eslabón. La empresa colaboradora que celebra el enclave puede ser una empresa que se dedique a prestar servicios a terceros, de tal manera que la ejecución del enclave puede exigir el desplazamiento a los locales de la empresa cliente, que no ha sido parte del contrato de enclave, pero se va a beneficiar del trabajo de los discapacitados [5]. En mi opinión, estos supuestos no tienen fácil encaje en el concepto de enclave, ya que éste exige el desplazamiento al «centro de trabajo de la empresa colaboradora» y no al de una empresa cliente de ella. Ahora bien, si se admite que el centro especial de empleo puede actuar en el enclave no como contratista sino como subcontratista, entonces también habrá que aceptar , de acuerdo con la jurisprudencia que interpreta el artículo 42 ET [6], la posibilidad de exigir responsabilidad no sólo a la empresa colaboradora que

[4] Así, entre otras, en la STS 16 junio de 2003, se declara la existencia de cesión ilegal en la contratación de servicios de telemarketing por Airtel, que facilita el local para la ubicación del personal de la cedente sin que la naturaleza del servicio exija tal ubicación.

[5] Por ejemplo, ello sucedería en el caso de que un hotel celebre una contrata de servicio de comerdor y cafetería; a su vez la empresa contratista puede celebrar un enclave con un centro especial de empleo para que suministre tres camareros que atiendan el servicio de barra de comedor subcontratado, para lo cual los trabajadores tendrán que ser desplazados al hotel.

[6] Así, reconociendo la posibilidad de exigir responsabilidad encadenada, hasta llegar al primer eslabón en STS 9 julio 2002 o STSJ País Vasco 30 noviembre 2004.

celebró el enclave sino también a su cliente, siempre que los servicios prestados formen parte de la «propia actividad» de ésta. En todo caso, si el centro especial de empleo aparece como el último eslabón de una cadena de subcontratación es claro que se incrementa el riesgo de que se produzcan situaciones de prestamismo, por lo que habrá que incidir de manera especial en el control de la actividad laboral de los discapacitados por parte del centro especial de empleo.

En segundo lugar, conviene reparar en otro dato decisivo en el análisis del concepto de enclave. De acuerdo con la definición del artículo 1.2 REL, el desplazamiento físico de los trabajadores discapacitados al centro de trabajo de la empresa colaboradora no implica que el centro especial de empleo tenga que poner en juego ni la infraestructura ni los medios materiales que en su caso puedan ser necesarios para ejecutar la obra o servicios contratados, siendo suficiente con suministrar al grupo de trabajadores que van a quedar enclavados en el centro de la principal. Desde esta perspectiva el REL viene de alguna manera a plasmar lo que es ya una realidad en la subcontratación con centros especiales de empleo, que con frecuencia contratan la prestación de servicios para terceros que lo que requieren es básicamente una prestación laboral, esto es, la realización directa y personal de funciones o tareas precisas que no requieren apenas aportación de infraestructura (por ejemplo, servicios de atención telefónica y proceso de datos, envíos de publicidad, tareas de manipulado, envasado, empaquetado, etiquetado o embalaje, repaso de piezas, operaciones de limpieza, etc.).

Y es precisamente en este punto donde puede advertirse una clara distinción entre la institución del enclave y la genuina contrata. En efecto, el artículo 42 ET contempla un negocio jurídico que tiene por objeto la realización de una obra o servicio determinado relacionado con el ciclo productivo de la empresa principal. Lo característico del negocio de la contrata es que el empresario contratista que asume el encar go debe aportar para su ejecución una or ganización empresarial, en la que se insertan unas prestaciones laborales, y éstas tienen un carácter meramente instrumental para la obtención del resultado final. Con la contrata no se trata de satisfacer directamente una necesidad de mano de obra, sino de atender requerimientos productivos, que exigen no sólo mano de obra externa sino también una gestión empresarial en sentido amplio, es decir , una actividad ejecutada con medio propios, y or ganizada, dirigida y coordinada por el empresario contratista. En definitiva, la finalidad última de la contrata no es la puesta a disposición de trabajadores o utilización directa de mano de obra ajena, como sí ocurre en el enclave laboral.

De lo dicho hasta ahora podemos deducir que con la regulación de la figura del enclave se ha querido poner a disposición de las empresas un instrumento contractual que si no es idéntico sí está próximo al fenó-

meno de la cesión de personal. Debe repararse en que la figura del enclave se delimita en torno a dos circunstancias que, precisamente de acuerdo con la jurisprudencia, aproximan el fenómeno lícito de las contratas al fenómeno prohibido de la cesión de personal. En relación con la exigencia del desplazamiento de los trabajadores discapacitados a la sede física de la empresa colaboradora, conviene recordar que en la mayoría de las ocasiones en que los tribunales declaran la existencia de cesión ilegal son supuestos de falsas contratas en las que los trabajadores de la auxiliar prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal. Por otra parte, aunque cualquier tipo de contrata de obras o servicios puede servir de cobertura para encubrir fenómenos de cesión de personal, el hecho cierto es que las prácticas de prestamismo están especialmente presentes en las contratas de servicios que exigen sobre todo ejecución de trabajo personal sin aportación de infraestructura por parte de la contratista, circunstancia esta última característica del enclave.

En cualquier caso, la delimitación jurídica del enclave laboral exige una aproximación al nuevo concepto de cesión de personal que recoge el artículo 43 ET, recientemente reformado por el RDL 5/2006, de 9 de junio para la mejora del crecimiento y empleo. El nuevo artículo 43.2 ET establece ahora que, «En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una or ganización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario». De acuerdo con la Exposición de Motivos, con esta reforma se pretende incorporar al Estatuto de los Trabajadores una definición de la cesión ilegal de trabajadores, trasladando a la Ley los criterios jurisprudenciales sobre la materia.

Sin embargo, una lectura atenta del nuevo apartado segundo nos permite advertir que no se ha construido realmente un concepto de cesión ilegal que permita configurar la institución sino que simplemente se mencionan tres circunstancias que juegan como presunción *iuris et de iure* de la existencia de cesión ilegal de trabajadores [7]. En realidad lo que ha hecho el legislador ha sido convertir en elementos del tipo lo que la jurisprudencia empleaba como meros indicios para determinar la existencia de cesión ilegal. Pero es que además tampoco se ha producido una correcta incorporación a la Ley de los criterios jurisprudenciales. En efecto, el tenor literal del precepto, y la utilización de la conjunción disyun-

[7] En este sentido, M olero Manglano, C.: ¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006), *Actualidad Laboral* núm. 21, 2006, pág. 2549.

tiva de las indicadas circunstancias, nos lleva a la conclusión de que basta con que se produzca una sola de ellas para entender que existe cesión ilegal [8]. Y ello supone que el legislador no ha sabido plasmar en la ley la lógica de los criterios jurisprudenciales que ha venido manejando el Tribunal Supremo.

Conviene recordar que la jurisprudencia hasta ahora ha utilizado un método de valoración conjunta de las circunstancias del caso concreto. De acuerdo con este método, se ha venido considerando que la existencia real de la empresa contratista y la puesta en juego de su organización empresarial para ejecutar la contrata son circunstancias absolutamente necesarias pero no suficientes para evitar la calificación de cesión ilegal. Se trata de dos circunstancias parciales del análisis y evaluación de conjunto que debe hacerse en cada caso, y que por tanto no pueden valorarse aisladamente. En la actualidad, el criterio jurisprudencial decisivo para distinguir la auténtica contrata de la cesión ilegal es el del ejercicio efectivo por parte del contratista de los poderes propios del empleador. Se trata de una circunstancia que, de concurrir claramente, determinaría la declaración de la inexistencia de cesión ilegal, muy especialmente en aquellos casos en que la infraestructura y el soporte material de la contrata es inexistente o tiene poca entidad. Si no concurre claramente, entonces entrarían en juego con más fuerza la valoración del conjunto de circunstancias del caso concreto. En definitiva, la exigencia de la puesta en juego de la infraestructura empresarial necesaria para ejecutar la contrata es una circunstancia que exige un análisis casuístico, atendiendo al tipo de actividad que en cada caso sea contratada, aunque los Tribunales están admitiendo la validez de la contrata siempre que en último término la ejecución de la misma implique una actividad laboral, eso sí, organizada, controlada y dirigida por la contratista [9].

Pese al cambio metodológico que introduce el nuevo tenor literal del artículo 43.2 ET, sería conveniente que los Tribunales sigan utilizando como hasta ahora los criterios que permiten distinguir contrata y cesión ilegal de mano de obra, sobre todo porque la realidad demuestra que son muchos los casos complejos o dudosos, donde el trabajador aparece en una auténtica encrucijada entre cesión y subcontratación, de tal manera que la solución acertada va a seguir exigiendo a los jueces una valoración de conjunto de las circunstancias concretas del caso. En todo caso,

---

[8] En esta apreciación coinciden muchos de los autores que han realizado una primera aproximación al nuevo precepto estatutario, Véase, por todos, SEMPERE NAVARRO, V.: «Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ETTs y cesión de trabajadores» en AA.VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO) *La reforma laboral de 2006,* Thomson-Aranzadi, 2006, pág 171.

[9] Un estudio jurisprudencial más detallado sobre la distinción entre contrata y cesión ilegal en LLANO SÁNCHEZ, M.: «Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo», *Relaciones Laborales* núm. 2, 2006, págs. 13 y ss.

como ya se ha señalado por la doctrina, no hay que descartar la posibilidad de que los jueces decidan aplicar literalmente el nuevo precepto, lo que pondría en grave crisis a las empresas de servicios [10].

La nueva formulación legal de la cesión nos permite afirmar que el enclave laboral es una figura compleja, próxima a la cesión, y ello en la medida en que al centro especial de empleo sólo se le va exigir una puesta a disposición de su personal, siendo ésta una de las circunstancias que tiene en cuenta el artículo 43.2 ET para determinar la existencia de cesión. Ello supone que el enclave laboral puede constituirse y funcionar dentro de la legalidad aunque la empresa colaboradora sea la única que aporte la infraestructura necesaria para ejecutar la obra o servicio contratado y el centro especial de empleo se limite a suministrar al grupo de trabajadores que va a quedar enclavado en el centro de la empresa ordinaria, o a lo sumo, aporte ciertos instrumentos, ropa de trabajo o transporte para desplazar diariamente a sus empleados al centro colaborador .

Posiblemente cuando el Gobierno reguló los enclaves era consciente de que muchas contratas de la propia actividad que ya se estaban celebrando con los centros especiales de empleo rozaban, cuando no entraban de lleno, en la figura de la cesión de personal, pero lejos de prohibir tales prácticas lo que ha hecho ha sido, de alguna manera, reconocerlas, aunque las somete a severos ajustes, y ello con el objetivo de utilizarlas como herramienta al servicio de la política de empleo de los discapacitados.

Como tendremos oportunidad de analizar en las páginas que siguen, el REL prevé un mecanismo para intentar evitar que el enclave se identifique con el fenómeno del prestamismo laboral, que consiste en exigir al centro especial de empleo que controle la actividad laboral de los empleados desplazados a la empresa ordinaria mientras ejecutan el contrato de enclave.

3. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL POR EL CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO COMO GARANTÍA DEL TRABAJO PROTEGIDO (Y BLINDAJE FRENTE AL ARTÍCULO 43 ET)

Los trabajadores destinados al centro de trabajo de la empresa colaboradora mantienen, a todos los efectos, la relación laboral de carácter especial con el centro especial de empleo (art. 8 REL). Esto supone que, durante toda la vigencia del enclave, el empleador de los trabajadores sigue siendo el centro especial de empleo, que será quien ejerza el poder

[10] En este sentido, Pérez de los Cobos, F.: «La reforma laboral 2006: un análisis jurídico del RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y el empleo», en *La reforma laboral. Comentarios al Real Decreto-Ley 5/ 2006*, Pérez de los Cobos (Coord), La Ley, 2006, pág 56.

de dirección y organización del trabajo y el poder disciplinario. Para hacer efectivo el control sobre la actividad laboral, se obliga al centro especial de empleo a designar encargados responsables del equipo de producción, que pueden ser trabajadores discapacitados que formen parte del mismo grupo desplazado, o trabajadores no discapacitados que supervisen y coordinen a los integrantes del grupo.

De acuerdo con esta previsión parece claro que el legislador ha rechazado la opción de cerrar el concepto de enclave con un elemento típico de la cesión de personal cual es la transferencia de facultades empresariales a un sujeto distinto al que formalmente aparece como empleador del trabajador. La transferencia del poder de organización a la empresa colaboradora hubiera sido, en cierto modo, una solución coherente con la finalidad del enclave de permitir que la empresa ordinaria tenga un mejor conocimiento de las aptitudes y capacidades reales de los trabajadores con discapacidad, como paso previo a su eventual incorporación en la plantilla de la misma, máxime teniendo en cuenta que, de producirse dicha contratación directa por la empresa ordinaria, ésta no podría concertar un período de prueba [11]. Sin embargo, el legislador ha considerado, con acierto, que el trabajo en el enclave en ningún momento podía dejar de ser trabajo «protegido», de tal manera que es el centro especial de empleo quien debe asegurar la permanente adecuación del trabajo a la capacidad del trabajador. Y desde luego esta opción por el trabajo protegido no casa bien con la transferencia del poder de dirección a una empresa distinta de la que contrató al discapacitado. La alternativa de dejar en manos de la empresa ordinaria el control de la prestación de servicios del trabajador destinado al enclave hubiera dejado en situación de desprotección a estos trabajadores. Por ello el legislador ha evitado el fenómeno interpositorio, típico del prestamismo laboral, y ha preferido enmarcar la institución del enclave en el terreno de las contratas *ex* artículo 42 ET —que no admite el ejercicio compartido del poder de dirección—, y ello aun cuando dicha opción conceptual, exija, como ya se ha dicho, algunas matizaciones.

El cumplimiento de la obligación del centro especial de empleo de mantener el control sobre las prestaciones de servicios de los trabajadores destinados en el centro colaborador será, pues, una cuestión clave para evitar una eventual aplicación del artículo 43 ET, que establece ahora como un supuesto de cesión ilegal que el contratista no ejerza «las funciones inherentes a su condición de empresario». En relación con esta cuestión conviene recordar que, según la jurisprudencia, lo importante es garantizar el ejercicio efectivo —y no meramente formal o aparente— de

[11] En efecto, de acuerdo con el artículo 11.2 REL, si la empresa colaboradora decide contratar a trabajadores del enclave no puede concertar período de prueba, salvo que el trabajador vaya a realizar funciones totalmente distintas de las que realizaba en el enclave.

estos poderes del empleador. En este sentido, el hecho de que el centro especial de empleo designe un encargado no impide que pueda declararse la cesión ilegal, ya que el encargado o supervisor podría limitarse a cumplir las órdenes e instrucciones dadas por la empresa ordinaria. Además, el control de la actividad laboral por parte del centro especial de empleo ha de ser permanente, ya que puede suceder que un enclave que inicialmente se constituyó de forma legal, cumplimiento todos los requisitos del REL, acabe convirtiéndose, por el transcurso del tiempo y por la dejadez del centro especial de empleo, en una cesión ilegal. En definitiva, pues, será el centro especial de empleo quien, en todo momento, decida y ejecute las órdenes que generen un deber de obediencia para el trabajador destinado al enclave, que deberá quedar además sometido a la disciplina y control de quien le contrató. Por su parte, la empresa colaboradora debe asumir que no le corresponde a ella el control laboral de los servicios que externaliza a través del enclave, aunque formen parte de su actividad normal. Y ello sin perjuicio de que pueda dar instrucciones técnicas y ejercitar facultades de supervisión, no para controlar la prestación de servicios de los trabajadores ajenos, sino para comprobar la correcta ejecución de la obra o servicio contratado y la necesaria coordinación del proceso de producción.

El mantenimiento de la relación laboral de carácter especial durante la ejecución del enclave tiene también la consecuencia de que el centro especial de empleo debe seguir cumpliendo la función asistencial que le corresponde, de tal manera que tiene que garantizar los servicios de ajuste personal y social que sean necesarios mientras se ejecuta el enclave, y destinar los recursos necesarios para desarrollar acciones que promuevan el tránsito hacia el mercado ordinario, como puede ser la formación permanente o la adaptación a las nuevas tecnologías [12]. En este sentido, tiene gran importancia la reciente y novedosa regulación de las «Unidades de Apoyo a la Actividad Profesional»[13], que hacen posible orientar los servicios de ajuste personal y social no sólo a los aspectos culturales, físicos o de rehabilitación, sino también un «ajuste laboral» que ha de permitir superar las barreras y dificultades que tienen los trabajadores con discapacidad, y en particular para aquellos que tienen especiales problemas en su incorporación al mercado ordinario. Estas Unidades de Apoyo o equipos multiprofesionales tendrán que valorar las características de los puestos de trabajo que se van a ocupar en la empresa colaboradora, las capacidades

[12] En relación con estas obligaciones de los centros especiales de empleo que celebren enclaves véase el artículo 4.1 del RD 364/2005, de 8 abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.

[13] RD 469/2006, 21 abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo.

de los trabajadores destinados al enclave y las necesidades de apoyo para el desarrollo de su actividad en el mismo, y finalmente, deberán asistir al trabajador en el proceso de incorporación al enclave.

4. LOS OBJETIVOS DEL ENCLAVE: FUNCIONES Y DISFUNCIONES DE LA INSTITUCIÓN

Como se ha visto, el REL viene a institucionalizar una figura ambigua, que está a medio camino entre la cesión y la subcontratación, y que bien que podríamos calificar como «contrata de mano de obra». Con esta nueva institución se admite que los centros especiales suministren mano de obra a los empresarios, pero sin que ello llegue a suponer un auténtico prestamismo laboral, ya que al centro especial de empleo se le exige controlar, organizar y dirigir la actividad laboral de sus trabajadores.

El artículo 2 REL expresa los objetivos perseguidos con la regulación de esta figura, que van orientados en una triple dirección, abarcando los intereses de las tres partes implicadas, esto es, centros especiales de empleo, empresas ordinarias y trabajadores discapacitados. El estudio de la figura del enclave a la luz de estos objetivos nos permite advertir que algunas de sus previsiones están provocando ciertas disfunciones, que pueden explicar, por lo menos en parte, la lenta y problemática implantación de los enclaves en estos primeros tres años de andadura.

Con la regulación del enclave se ha pretendido fomentar la actividad de los centros especiales de empleo y la creación de nuevos puestos de trabajo para los discapacitados, y ello en la medida en que a través del enclave los trabajadores son desplazados temporalmente a la empresa colaboradora y, después, en su caso, incorporados definitivamente a su plantilla. Sin embargo, la aplicación del REL está planteando notables complicaciones a los centros especiales de empleo, que antes operaban como empresas contratistas sin ninguna limitación especial, salvo las derivadas del artículo 42 ET , y ahora, sin embar go, tienen que someterse a un régimen de subcontratación muchos más restringido. En este momento hay dos preceptos del REL que preocupan especialmente a los centros especiales de empleo, por cuanto inciden de manera notable en el desarrollo de su actividad.

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 3 REL, para que los centros especiales de empleo puedan celebrar enclaves con empresas ordinarias deben estar calificados e inscritos en el correspondiente registro, siempre que, además, lleven inscritos al menos seis meses y hayan desarrollado de forma continuada su actividad en los seis meses anteriores a la celebración del enclave laboral. Asimismo, se les exige mantener una actividad propia como tales centros especiales de empleo, sin que puedan tener como actividad exclusiva la derivada de uno o más enclaves.

Con estas exigencias parece que el legislador quiere evitar la aproximación de los centros especiales de empleo a la figura de la Empresa de Trabajo Temporal, impidiendo que se puedan crear centros que tengan como única finalidad ceder mano de obra o actuar como intermediarios entre el trabajador discapacitado y el mercado ordinario de trabajo. Por ello hay que controlar y garantizar que la celebración del enclave no impide al centro mantener una actividad productiva, participando regularmente en las operaciones del mercado y cumpliendo con la finalidad de asegurar empleos retribuidos y los servicios de ajuste personal y social que requieren los trabajadores discapacitados (art. 42 LISMI). El cumplimiento de estas exigencias tiene una gran importancia para los centros especiales de empleo, sobre todo teniendo en cuenta el nuevo artículo 43.2 ET, que considera que existe cesión cuando la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad.

Ahora bien, entiendo que siempre que quede garantizada la actividad «asistencial» del centro especial de empleo, el mandato del artículo 3.2 REL no ha de impedir que la actividad «productiva» del mismo consista exclusivamente en prestar servicios a otras empresas, si bien esos servicios tendrán que canalizarse a través de distintos tipos de contratos con empresas ordinarias[14]. En todo caso, la introducción de la figura del enclave puede suponer para algunos centros especiales de empleo la necesidad de diversificar sus actividad productiva, ya que la dedicación exclusiva a una sola actividad puede tener como consecuencia que sólo puedan celebrar enclaves, o a la inversa, que no puedan realizarlos porque el servicio que prestan no es considerado como «propia actividad» de las empresas ordinarias (por ejemplo, el servicio de limpieza o mantenimiento de locales y edificios).

Por otra parte, la Disposición transitoria única del REL está cargada de ambigüedad, de tal manera que suscita dudas interpretativas que generan inseguridad jurídica en un tema de crucial importancia. Esta Disposición fijó un plazo de regularización, de tal manera que se exigía que «los enclaves existentes a la entrada en vigor de este real decreto deberán ajustarse a la regulación establecida en él en el plazo de un año desde dicha entrada en vigor». Esta previsión se ha interpretado en el sentido de que con ella se pretende reconducir todas las contratas de la propia

[14] Así podrán también celebrar contratos para la prestación de servicios «ajenos y accesorios» a la actividad normal de la empresa, previstos como medida alternativa en el RD 346/2005, de 8 de abril. Asimismo, como veremos después, podrían celebrar contratas de la propia actividad no sometidas al régimen del enclave. No parecen compartir esta opinión Esteban Legarreta y Fusté Miquela: «Los enclaves laborales…», cit., pág. 172, para quienes «…no sería suficiente que un CEE que tenga constituido uno o diversos enclaves, acredite en paralelo contrataciones de obras o servicios que no formen parte de la actividad de la principal que se desarrollen fuera del Centro; como, por ejemplo, contratas de limpieza».

actividad, ya existentes, y también las futuras, a la figura del enclave [15]. Pues bien, si este era el objetivo del legislador , hay que decir que no se ha cumplido, ya que muchas de las contratas de la propia actividad existentes a la entrada en vigor del REL siguen funcionando sin que se hayan reconvertido a la figura del enclave. No obstante, en algunas comunidades autónomas existe cierta oposición sindical que está dificultando la celebración de nuevas contratas de la propia actividad cuando no se ajustan a los requisitos del REL.

A nuestro entender, la Disposición transitoria única REL, admite una lectura distinta, más flexible y realista, según la cual sólo puede exigirse que la contrata se someta a la figura del enclave cuando la empresa ordinaria pretenda utilizarla como medida alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva. En los demás casos, las empresas podrán optar libremente por el enclave o por la contrata ordinaria *ex* artículo 42 ET, que sería perfectamente legal. En este sentido conviene reparar en que no existe una regulación específica sobre posibles sanciones relacionadas con la figura del enclave[16]. En todo caso, la inobservancia de los requisitos del enclave, o un uso incorrecto del mismo, puede tener también la consecuencia de que las empresas ya no queden blindadas en todo caso, y en todos los casos, frente al artículo 43 ET .

Esta solución realista que admite la libertad para decidir si la contrata de la propia actividad se reconduce o no la figura del enclave, es mucho más coherente con el objetivo perseguido por el legislador de fomentar la actividad de los centros especiales de empleo y la contratación por éstos de nuevos trabajadores discapacitados, tal como dispone el art 2.d REL. La pretensión de que toda la contratación de la propia actividad se reconduzca a la figura del enclave supone una importante limitación para la libertad empresarial, y como demuestra la práctica, ello puede retraer la demanda de contratación de obras y servicios con los centros especiales de empleo.

Para las empresas ordinarias el enclave se configura como una medida alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva que, en todo caso, es de carácter excepcional y transitorio. Por ello hay que exigir que se acredite adecuadamente las razones técnicas, or ganizativas, productivas o económicas que justifiquen que el empresario no contrate directamente a un discapacitado para cubrir la cuota de reserva y que, sin embar go, le permitan recurrir a esa misma mano de obra para desarrollar su actividad productiva a través de un centro especial de empleo. Desde esta perspec-

[15] Una lectura literal del precepto ha permitido defender esta interpretación, si bien se reconoce que no se ajusta a lo que luego ha sido la práctica de estos últimos años. Vid. en este sentido, ESTEBAN LEGARRETA y FUSTÉ MIQUELA: «Los enclaves laborales…», cit., pág. 167.

[16] Así lo advierten oportunamente E STEBAN LEJARRETA y FUSTÉ MIQUELA: «Los enclaves laborales…» pág. 167.

tiva se ha dicho que el enclave ofrece un importante ar gumento para justificar la opción empresarial por la medida alternativa, que consiste en que el apoyo, la formación y el seguimiento del trabajador son tareas que corresponden al centro especial de empleo y no a la empresa ordinaria [17], que en la mayoría de los casos no está lo suficientemente preparada para realizar tales funciones de seguimiento del discapacitado o, sencillamente, no está en condiciones de invertir tiempo y recursos en ellas. Ahora bien, creo que la asunción de estas «car gas» por el centro especial de empleo, no exime a las empresas colaboradoras del cumplimiento de su obligación de adecuar sus instalaciones y los puestos de trabajo a las necesidades de los trabajadores del centro especial de empleo, y cumplir al respecto la normativa sobre prevención de riesgos laborales [18].

En cualquier caso parece claro que las principales barreras que tienen que superar los empresarios son las mentales, las de los prejuicios y estereotipos, ya que el REL ha optado de manera decidida por la presencia en los enclaves de trabajadores con discapacidades severas, de tal manera que el 60% de los integrantes del enclave deben presentar «especiales dificultades para el acceso al mercado de trabajo», en los términos del artículo 6.2 REL. Esta conexión de las contratas de la «propia actividad» con las discapacidades más graves, constituye una apuesta valiente y arriesgada del gobierno, un paso adelante en el difícil recorrido hacia la normalización del trabajo de estas personas, y plantea un gran reto para las empresas, normalmente reacias a integrar en sus estructuras productivas a estos colectivos, muy especialmente a los discapacitados psíquicos. No obstante, entiendo que la opción de reservar el enclave para las personas con discapacidad más severa, no debe impedir que los centros especiales de empleo puedan seguir celebrando contratas de la propia actividad ejecutadas con personas que tenga otro tipo de discapacidad, ya que en caso contrario el enclave podría suponer una grave limitación a las posibilidades de creación de empleo y desarrollo de estos centros.

Pero el enclave es algo más que una contrata que funciona como medida alternativa al cumplimiento de cuota de reserva a favor de los discapacitados. El enclave es, en último término, una herramienta de gestión flexible que está al alcance de cualquier empresa y que se diseña para facilitar la integración laboral de los discapacitados. No hay que olvidar que las empresas que por su tamaño no tienen la obligación de cu-

---

[17] En este sentido E steban Lejarreta y Miquel Fustela: «Los enclaves laborales…» pág. 170.

[18] De acuerdo con el artículo 37 bis LISMI, a la empresa ordinaria le correspondería adoptar medidas para garantizar la accesibilidad y adaptación al puesto de trabajo. Al cumplimiento de esta obligación han de contribuir los compromisos asumidos a través de la negociación colectiva, tal como propone el Capítulo VI del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007.

brir la cuota de reserva también pueden hacer uso del enclave [19]. Y desde luego el enclave, aunque no se utilice como medida alternativa, puede ofrecer otras ventajas. Así, las empresas ordinarias pueden disfrutar del suministro temporal de mano de obra para atender necesidades productivas permanentes, pero quedando blindadas frente al art 43 ET ; además, mientras se ejecuta el enclave, el coste del apoyo y seguimiento del personal discapacitado lo asume el centro especial de empleo; y por último, si después de servirse del enclave deciden incorporar al trabajador discapacitado a su plantilla, podrán disfrutar de determinadas subvenciones y bonificaciones. Ventajas todas ellas, eso sí, que pasan por aceptar que personas con discapacidad severa se incorporen a sus centros de trabajo.

Como dice con toda claridad el REL, la finalidad última del enclave es lograr la mayor integración de los discapacitados con especiales dificultades para acceder al mercado ordinario de trabajo. Con esta figura se pretende facilitar la transición desde el empleo protegido al empleo ordinario, y ello en la medida en que el discapacitado tiene la oportunidad de trabajar en una empresa ordinaria, lo que le va a permitir completar y mejorar su experiencia profesional y demostrar sus aptitudes y capacidades. En cualquier caso, lo que sí parece claro es que esta figura puede resultar para muchos discapacitados una suerte de «tercera vía» de acceso al mercado de trabajo, que está a medio camino entre el empleo protegido y el empleo ordinario, y que, en todo caso, como se ha visto les coloca en la encrucijada de la cesión con la subcontratación.

En este momento, no es posible hacer una evaluación sobre los efectos del enclave como medida de tránsito del empleo protegido al empleo ordinario, ya que muchos enclaves todavía no han agotado la duración máxima de tres años, y además no existen datos oficiales sobre el número de trabajadores de enclaves que han pasado a ser contratados por las empresa ordinarias. En todo caso, habrá que analizar en el futuro próximo cómo juegan las voluntades de las tres partes implicadas; la del trabajador, que una vez finalizado el enclave, tendrá que decidir —él tiene la última palabra— si está o no dispuesto a salir del ámbito protector del centro especial de empleo; la de los centros especiales de empleo, que aunque no puedan oponerse al tránsito, sí pueden ofrecer cierta resistencia a «vaciar» sus plantillas de trabajadores con experiencia, máxime teniendo en cuenta que tienen que mantener una actividad productiva al margen de los enclaves; finalmente, y de manera muy especial, será necesario valorar en qué medida las empresas ordinarias han utilizado el enclave simplemente como una herramienta flexible de suministro de mano de obra temporal, o si han ido más allá y finalmente han integrado en sus plantillas a las personas con discapacidad severa.

---

[19] Esta posibilidad se deduce claramente del artículo 5.3 REL, y también de la Disp. Transitoria única, segundo párrafo, de la misma norma.

Aunque no podamos hacer una valoración final de los efectos del enclave, sin embargo sí estamos en condiciones de afirmar que esta nueva forma de acceso al mercado no siempre va a garantizar el objetivo de perfeccionamiento profesional del discapacitado. En efecto, el artículo 6.4 REL establece que al menos el 75% de los miembros del enclave deben tener una antigüedad mínima de tres meses en el centro especial de empleo. Hay que plantearse si con esta antigüedad mínima se puede garantizar la adquisición por parte del trabajador de previa experiencia y adiestramiento en el centro especial de empleo. Desde luego siempre puede existir el riesgo de que el centro especial de empleo tienda a contratar con vistas al suministro para la empresa ordinaria, y destinar a los trabajadores más experimentados al desarrollo de su actividad productiva. En todo caso, de esta regla se deduce claramente que el 25% restante de miembros del grupo pueden ser trabajadores contratados exclusivamente para trabajar en el enclave bajo la modalidad de contrato para obra o servicio determinado, prevista en el artículo 8.5 REL. Ello supone que el legislador permite que discapacitados con escasa o nula experiencia y formación en el centro especial de empleo puedan trabajar en una empresa ordinaria, de tal manera que los objetivos del enclave pueden quedar totalmente frustrados, ya que en estos casos difícilmente puede producirse un «tránsito» razonable del empleo protegido al empleo ordinario, y tampoco parece que pueda hablarse de «mejorar y completar» una experiencia profesional que puede ser escasa cuando no inexistente. En relación con estos trabajadores temporales, contratados con el fin exclusivo de ser destinados al enclave, el centro especial de empleo va a actuar como una suerte de empresa suministradora de mano de obra, muy próxima a la figura de la Empresa de Trabajo Temporal[20].

La principal garantía para los discapacitados destinados al enclave es que se mantiene la relación laboral especial con el centro especial de empleo, que debe asegurar que se mantienen vivos los dos pilares básicos de aquella relación, esto es, la permanente adecuación del trabajo a la capacidad del trabajador, y el cumplimiento de la función asistencial del centro, que debe proporcionar los servicios de ajuste personal y social que sean necesarios. La correcta utilización de esta figura exige que la prestación de servicios de los trabajadores destinados al enclave esté dirigida en todo momento por el centro especial de empleo, que como empleador de los trabajadores debe ejercer el poder de dirección y disciplinario. Este

[20] No obstante, esta valoración crítica no se comparte por algunos autores, que han considerado que esta posibilidad de contrataciones temporales *ad hoc*, permiten a los centros especiales de empleo los ajustes or ganizativos que puedan ser necesarios para dar cumplimiento a los enclaves. Además, se entiende que es una vía de reclutamiento ur gente que tiene un alcance limitado, mientras que cuando la contrata no se formula como enclave, el centro especial de empleo pueden contratar temporalmente a nuevos trabajadores, sin límite alguno. *Vid*. estas consideraciones en Esteban Legarreta y Fuste Miquela: «Los enclaves laborales…» cit., pág. 176.

control de la actividad laboral por el centro especial será el mejor instrumento para garantizar el empleo «protegido» en el enclave, y desde luego será también la garantía de inmunidad frente al artículo 43 ET. En todo caso, serán los trabajadores temporales, contratados exclusivamente para ejecutar el enclave, los que más necesiten el paraguas protector del centro especial de empleo, ya que pueden llegar a la empresa colaboradora con poca o ninguna experiencia laboral, de tal manera que el centro especial de empleo deberá proporcionarles suficiente formación, adiestramiento y seguimiento para garantizar la adecuación del trabajador a las exigencias del puesto de trabajo que ocupa en la empresa ordinaria.

En el futuro la negociación colectiva debería jugar un papel más relevante en la protección del trabajador destinado al enclave. Así, los negociadores podrían trabajar en la línea de buscar fórmulas que eviten las desigualdades salariales que pueden sufrir los trabajadores destinados a los centros de trabajo de empresas ordinarias. También sería de máximo interés el tratamiento convencional de garantías para la estabilidad en el empleo, especialmente destinadas a los trabajadores más vulnerables, esto es, los contratados para trabajar en el enclave bajo la modalidad de obra o servicio determinado. En todo caso, no hay que olvidar que los trabajadores del centro especial que finalmente sean contratados por la empresa ordinaria tienen una garantía de regreso al empleo protegido, que consiste en que quedan en situación de excedencia voluntaria en el centro especial de empleo; para que este mecanismo aporte seguridad a los trabajadores es indispensable que se concreten sus efectos en la negociación colectiva, que deberá establecer las causas que pueden justificar la finalización del contrato con la empresa ordinaria y el plazo para poder volver al centro especial, y ello con la finalidad, nuevamente, de evitar que este mecanismo acabe justificando auténticas operaciones de prestamismo laboral.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LOS ENCLAVES LABORALES COMO MEDIDA DE TRANSICIÓN AL EMPLEO ORDINARIO

MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO
Personal Investigador en Formación
Programa CAM-FSE
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO PARA DISCAPACITADOS: EL PAPEL DE LOS ENCLAVES LABORALES.—3. EL ENCLAVE LABORAL: UNA MEDIDA DE TRANSICIÓN AL EMPLEO ORDINARIO. 3.1. Concepto y fundamento del enclave laboral. 3.1.1. El enclave laboral como solución a la subrogación de contratas. 3.1.2. El fundamento del enclave a través de sus incentivos para las partes. 3.2. Ámbito subjetivo de aplicación: los discapacitados como principales beneficiarios del enclave laboral. 3.2.1. Los trabajadores discapacitados. 3.2.2. El CEE y la empresa colaboradora. 3.3. Ámbito objetivo de aplicación: el enclave como contrata de obras y servicios de propia actividad. 3.3. Ámbito objetivo de aplicación: el enclave como contrata de obras y servicios de propia actividad.—4. PROBLEMAS JURÍDICOS DEL ENCLAVE LABORAL.–4.1. Subcontratación, cesión ilegal y periodo de prueba. 4.1.1. El enclave laboral como cesión de trabajadores consentida. 4.1.2. El enclave laboral como periodo de prueba. 4.2. Excedencias y despido tras la contratación del trabajador por la empresa colaboradora. 4.3. Prevención de Riesgos Laborales en el enclave laboral.—5. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN DE LA FIGURA.

1. INTRODUCCIÓN

En el conjunto de políticas sociales desarrolladas para fomentar el empleo de colectivos vulnerables despiertan interés aquellas medidas dirigidas a las personas con discapacidad. Entre éstas, una de las más recientes, menos referenciada y en estrecha relación con los centros especiales de empleo, es la de los enclaves laborales. El objetivo de esta comunicación consiste en analizar esta medida con el fin de situarla, plantear sus posibles dificultades y examinar su virtualidad práctica.

De esta forma, se pretende realizar una valoración de la utilización de los enclaves laborales [1] como medida de fomento del empleo a través del estudio de las posibles dificultades jurídicas que pueden plantear. Para ello es necesario determinar la posición que ocupan estos contratos dentro del conjunto de medidas dirigidas a los discapacitados. A partir de aquí, se analizará el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de los enclaves, poniendo especial énfasis en definir el colectivo específico objeto de esta medida, principalmente a partir de la aprobación del RD 1414/2006, de 1 diciembre. Tras un estudio de los aspectos formales de este tipo de contratos, se analizará la problemática jurídica de su puesta en práctica, especialmente lo referido a su posición fronteriza con la cesión de trabajadores. Todo ello llevará a realizar un balance crítico de la utilidad y beneficios de estas medidas.

2. MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO PARA DISCAPACITADOS: EL PAPEL DE LOS ENCLAVES LABORALES

En el panorama legislativo actual, existen numerosas medidas encaminadas a hacer efectivo el principio de igualdad de oportunidades en el ámbito concreto de los discapacitados. Estas acciones se insertan en di-

[1] En adelante, EL.

ferentes ámbitos de la realidad destacando el de la integración laboral. No en vano se ha afirmado que la inserción de los discapacitados en el mercado de trabajo es quizá una de las principales medidas de integración de este colectivo, ya que permite el abandono de su posición pasiva, como perceptor de prestaciones, para desempeñar una posición activa más favorable a su situación y menos costosa para el Estado [2].

Esta comunicación se enmarca en esta última vertiente. De este modo, en este epígrafe se pretende establecer un panorama general de las medidas de fomento del empleo dirigidas a discapacitados y, en concreto, la posición que ocupan los EL en el mismo.

Las políticas de integración de los discapacitados encuentran apoyo constitucional en los arts. 49 y 35.1 CE [3], que establecen unos principios rectores tendentes a la normalización e integración de este colectivo en la sociedad [4]. Desde este prisma constitucional se establecen mecanismos de distinto alcance y régimen jurídico pero con una serie de elementos comunes [5] destacando: el objetivo prioritario de la integración de este colectivo en el mercado ordinario de trabajo y, de modo subsidiario, en el trabajo protegido; la pretensión de aplicación del principio de no discriminación estableciendo un tratamiento de preferencia en el empleo. En este marco, las medidas de fomento del empleo pueden clasificarse en dos: empleo ordinario y empleo protegido. En el primero de los casos, la relación entre el trabajador y el empresario deberá regirse por la normativa común del ET, si bien es cierto que la misma podría matizarse en determinados aspectos. En el segundo de los supuestos, se le aplicaría la normativa específica destinada a este colectivo.

Son varias las acciones del legislador destinadas a favorecer la inclusión de los trabajadores discapacitados en empresas que desempeñan su actividad en el mercado laboral común, destacando [6]: la cuota de reserva para la contratación de trabajadores minusválidos; y los incentivos económicos a la contratación, adaptación de puesto de trabajo y para la economía social.

El supuesto de la cuota de reserva es sin duda el que una mayor relación mantiene con el supuesto de los EL. Es por este motivo que se ha optado por centrar la atención en la misma. De esta forma, la cuota de

---

[2] Lorenzo, R. de: El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión. /En/ *RMTAS*, núm. 50, 2004, p. 76.

[3] Gala Durán, C.: La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo. / En / *TL*, núm. 55, 2000, p. 73.

[4] López-Romero González, M. P.: Los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad./En/ *Información Laboral*, núm. 31, 2005, p. 6.

[5] Gala Durán, C.: La relación..., p. 75.

[6] García Valverde, M. D.; González de Patto, R. M.: Discapacidad y trabajo. Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad. /En/ *TL*, núm. 75, 2004, p. 74 y ss.

reserva consiste en un sistema por el cual las empresas públicas y privadas cuya plantilla sea como mínimo de 50 trabajadores, se encuentran obligadas a contratar a un mínimo de un 2% de trabajadores discapacitados [7]. Este sistema de cuotas podría cuestionarse a la luz de las indicaciones comunitarias en materia de discriminación positiva, si bien la realidad es que se trata de una técnica utilizada en el conjunto de los países de la Unión Europea dado su sustento en causa justificada y su adopción en virtud de norma con rango suficiente [8], distinguiéndose entre las cuotas rígidas y las flexibles [9].

En todo caso, existen excepciones al cumplimiento de la cuota [10], supuestos en los que deberán aplicarse medidas alternativas de entre las previstas reglamentariamente[11]: celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo [12] o un trabajador autónomo discapacitado, bien para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o materiales necesarios para la empresa, bien para la prestación de servicios *ajenos* a la actividad normal de la empresa; realización de donaciones y acciones de patrocinio monetarias para el desarrollo de actividades de inserción laboral y creación de empleo de discapacitados; por último, y de más reciente creación, la celebración de un EL con un CEE [13].

Por otro lado, se encuentran las medidas, que como se indicaba al principio, se clasifican como de empleo protegido y que van dirigidas a los trabajadores imposibilitados para realizar una actividad laboral co-

---

[7] Artículo 38 LISMI.

[8] LORENZO, R. de: El futuro de los discapacitados en el mundo…, p. 79.

[9] Las cuotas rígidas sería aquellas que exigen la presencia de un determinado porcentaje de los colectivos excluidos de algún ámbito; las flexibles establecería, en cambio, criterios de prioridad en los procesos de selección (QUINTANILLA NAVARRO, B.: Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal. / En / *RL*, núm. 11, 2006, p. 34).

[10] En determinados supuestos se permite su no cumplimiento. Destacan las situaciones en que el empresario alegue una de estas causas: cuando la no incorporación de un discapacitado se deba a la imposibilidad de los servicios públicos de empleo o agencias de colocación para atender a la oferta de empleo debido a la inexistencia de demandantes de empleo o a su desinterés en las condiciones de trabajo; cuando la empresa acredite circunstancias de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que conlleven una especial dificultad para la incorporación de estos trabajadores. En estos casos, el servicio público de empleo certificará esta causa de excepcionalidad cuya validez se extenderá a dos años que, según las circunstancias del caso, podrá ampliarse a un total de tres. (TUSET DEL PINO, P.: Los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Comentario al Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero . /En/ *Información Laboral*, núm. 14, 2006, p. 25).

[11] Medidas inicialmente previstas por el RD 27/2000, de 14 de enero, posteriormente derogado por el RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.

[12] En adelante, CEE.

[13] DA 2 RD 290/2004, de 20 de febrero regulador de los EL.

mún. Éste se encuentra representado fundamentalmente por dos tipos de centros: los CEE y los centros ocupacionales. De igual modo que sucedía con las medidas de empleo ordinario, en este caso se analizará brevemente lo referido a los CEE, base fundamental para la realización posterior de EL.

Los CEE, regulados por la LISMI [14], RD 2273/1985 [15] y el RD 1368/1985[16], son empresas cuya finalidad principal es el desarrollo de un trabajo productivo en el marco de la adaptación personal y social del discapacitado. De esta forma, puede constituir un CEE una persona física, jurídica o ente sin personalidad jurídica, con o sin ánimo de lucro, que desarrolle una actividad productiva y que se encuentra integrado, en un 70% de su plantilla, por trabajadores discapacitados de más de un 33% de minusvalía[17], los cuales presentarán una relación laboral especial con el CEE, remunerada y que, si bien presenta similitudes con los caracteres de una relación laboral ordinaria, presenta peculiaridades en cuanto a condiciones de salario, tiempo de trabajo, periodo de prueba, modalidades contractuales o extinción u otras vicisitudes del contrato.

Por tanto, el fin último de los CEE, que justifica la recepción de determinadas subvenciones, consiste en la posibilidad de formar y preparar a estos trabajadores para su posterior integración en el mercado laboral ordinario[18], así como la creación de oportunidades de nuevos yacimientos de empleo para este colectivo [19]. Una de las medidas que puede emplear un CEE para realizar esta posible integración es la del ELque, como se verá, consiste en un contrato a realizar con una empresa ordinaria del mercado.

En conclusión, los EL constituyen una medida de fomento del empleo que se encuentra a medio camino entre lo que es el empleo protegido y el ordinario. Por una parte, es medida de fomento del empleo ordinario al constituir una de las alternativas previstas a la cuota de reserva anteriormente mencionada. Por otra parte, se trata de un sistema establecido a partir de una de las fórmulas empresariales de empleo protegido como es el CEE que, además, puede ser utilizado no sólo como medida

---

[14] Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI).

[15] RD 2273/1985, de 14 de diciembre, Reglamento de los CEE (En adelante, RDCEE).

[16] RD 1368/1985, de 7 de julio, que regula la relación laboral especial de minusválidos en centros especiales de empleo.

[17] Artículo 2 RD 1368/85.

[18] Por tanto, debe existir compatibilidad entre la productividad empresarial y la consecución de los objetivos sociales mencionados (P RADOS DE REYES, F. J.; ALAMEDA CASTILLO, M. T.: *Derecho del Trabajo. Relaciones de trabajo y política de empleo de los trabajadores con discapacidad*. /En/ ALCAÍN MARTÍNEZ, W.; GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA, J; MOLINA FERNÉNDEZ, C.: (coords). Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea, Granada: Comares, 2006, p. 307).

[19] LORENZO, R. de: El futuro de los discapacitados en el mundo…, p. 78.

alternativa sino como mecanismo de tránsito hacia el empleo ordinario por empresas de menos de 50 trabajadores [20]. Es por esta dualidad por lo que procede analizar su constitución y el contexto en que sur gieron.

3. EL ENCLAVE LABORAL: UNA MEDIDA DE TRANSICIÓN AL EMPLEO ORDINARIO

3.1. Concepto y fundamento del enclave laboral

Los EL se encuentran regulados por el RD 290/2004 [21]. Su artículo 1.2 define el EL como *el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un CEE para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del CEE se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora*.

De este artículo se deduce que se está ante una variante de una subcontrata. En su desarrollo se encuentran implicados tres sujetos: un CEE, una empresa denominada colaboradora y un grupo de trabajadores discapacitados. Antes de comenzar con el análisis de aspectos más formales como los requisitos requeridos a los sujetos y el objeto del EL, es necesario referirse brevemente al fundamento del mismo, que puede clasificarse en dos grupos: en un primer supuesto, se trata de una medida que pretende potenciar la contratación entre CEE y empresas ordinarias; en un segundo supuesto, otorga ventajas a los tres sujetos implicados en la celebración del EL.

3.1.1. El enclave laboral como solución a la subrogación de contratas

Los EL surgen en un momento en que la práctica de la subcontratación entre CEE y empresas ordinarias era de habitual aplicación. En ese marco, se pretendía que el trabajador pudiera integrarse en el mercado ordinario de trabajo bien a través de la adaptación personal y social en el marco del CEE, que los preparaba para su salto al mercado ordinario, bien a través del desempeño de esta actividad por medio de las subcontratas. Sin embargo, en su aplicación práctica se observaban una serie de dificultades entre las que destacan dos: los CEE eran reticentes a la movilidad de los trabajadores a las empresas ordinarias [22]; se planteaban pro-

---

[20] Garrido Pérez, E.: Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados?: comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero. Documento electrónico http:// www .upf.edu/iuslabor/032005/artículo03.htm.

[21] En adelante, RDEL.

[22] Gala Durán, C.: La relación laboral de carácter especial …, p. 77.

blemas en cuanto a la subrogación de los trabajadores en supuestos de sucesión de contratas, cuando el nuevo empresario no es un CEE o, viceversa, cuando la empresa que cede la contrata no era un CEE [23].

Con anterioridad a la reforma del RDCEE, los CEE no podían contratar trabajadores no discapacitados. De este modo, cuando el CEE celebraba una contrata con una empresa ordinaria, se revelaba imposible que una empresa ordinaria se subrogara en los trabajadores del CEE al no cumplir la función social de éstos. Esta situación llevó a que se impidiera que los CEE concurrieran a contratas que obligaran a realizar esta subrogación[24]. Con la admisión de la contratación de trabajadores no discapacitados en un 30% de la plantilla, los problemas se solventan en parte pero se mantienen las dificultades cuando es un CEE el sucesor de una contrata ordinaria, por lo que la jurisprudencia de nuevo niega la posibilidad de la celebración de las mismas. Esto produjo grandes problemas de actividad en los CEE.

En este contexto es cuando sur ge, en primer lugar , la posibilidad de subcontratar actividades ajenas a la actividad normal de la empresa como medida alternativa de la cuota de reserva del 2%. No obstante, los problemas de subrogación se seguían sucediendo. Es entonces cuando se aprueba el RDEL, que pretende ser un régimen especial de subcontratación que sólo se pueda celebrar con los CEE, desapareciendo los problemas anteriores. En todo caso, hay que tener en cuenta que estos contratos ya se venían poniendo en práctica con anterioridad a su plasmación legal [25].

3.1.2. El fundamento del enclave a través de sus incentivos para las partes

El objetivo anteriormente señalado, justificó en parte la creación de los EL. Sin embar go, éstos encuentran su fundamento principal en un concreto objetivo: favorecer la transición de los trabajadores discapacitados al mercado de trabajo ordinario, tanto por la oportunidad que representa de mostrar sus habilidades al empresario como por la adaptación y experiencia adquiridas.

Pero, además de lo anterior, los EL se fundamentan en otras circunstancias que se muestran como ventajas para los diferentes sujetos impli-

---

[23] Al respecto, es variada la jurisprudencia de suplicación que venía negando la subrogación porque ello supondría desconocer la labor de adaptación que el CEE desempeña (STSJ Cataluña 11-12-1997 (Ar. 4917).

[24] Garrido Pérez, E.: Los enclaves laborales: ¿una nueva modalidad...

[25] Villar, I.: *Los enclaves laborales*. /En/ Molina Navarrete, C.: (Coord.) Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla: Mer gablum, 2005, p. 446.

cados[26] y que se recogen en el artículo 2 RDEL. De esta forma, en el caso del CEE la ventaja que obtiene es subyacente por cuanto que la constitución del EL posibilita el crecimiento de su actividad. No obstante, parte de la doctrina, duda de este logro al considerar que la rigidez de su regulación impedirá el recurso incondicional a los mismos [27].

En el supuesto de la empresa colaboradora, se advierten dos ventajas: la primera de ellas es la oportunidad de observar y comprobar la aptitud del trabajador para desempeñar la concreta actividad laboral; la segunda, el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% en caso de ser una empresa de más de 50 trabajadores. Sin embargo, este cumplimiento será temporal ya que, como se verá, su duración en el tiempo se encuentra limitada. Por otra parte, esta ventaja no lo es en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores, ya que las mismas no se encuentran obligadas a establecer el mencionado cupo de reserva. Por último, se deja entrever una crítica relacionada con la segunda causa de excepcionalidad. Esto es, se plantea cómo si, puesto que la empresa por razones organizativas no es capaz de integrar a un 2% de trabajadores discapacitados, sin embargo sí es capaz de introducir a un mínimo de 5 trabajadores [28], que puede superar ese 2%, a través de un EL. La respuesta se encuentra, indudablemente, en el sistema de funcionamiento del EL, puesto que en su desarrollo será el CEE el que mantenga el poder de dirección de los trabajadores enviando, además, un tutor para el apoyo de estos trabajadores [29].

En definitiva, el EL es un contrato entre un CEE y una empresa ordinaria. Por medio de este contrato se establece una contrata de obras y servicios que, como se verá, debido al colectivo a que se dirigen, vienen acompañados de una serie de cautelas y garantías que se analizarán a continuación [30].

3.2. Ámbito subjetivo de aplicación: los discapacitados como principales beneficiarios del enclave laboral

Como se ha establecido anteriormente, el EL es un contrato en el que se encuentran implicados tres sujetos, desarrollándose por tanto una relación de tipo triangular al igual que sucede en las contratas de obras y servicios tradicionales o en los supuestos de Empresas de Trabajo Tem-

---

[26] López-Romero González, M. P.: Los enclaves laborales como medida…, p. 10.

[27] Esteban Legarreta, R.; Fusté Miquela, J. M.: Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (una aproximación crítica tras un periodo de experimentación). /En/ *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 286, p. 168 y 169.

[28] Como se verá posteriormente, los enclaves deben estar constituidos al menos por 5 trabajadores en empresas de más de 50 trabajadores en plantilla, y por 3 si es inferior a 50.

[29] Esteban Legarreta, R.; Fusté Miquela, J. M.: Los enclaves laborales de centros especiales …, p. 170.

[30] López-Romero González, M. P.: Los enclaves laborales…, p. 9.

poral. Como en toda relación triangular , y más aún de un tipo tan específico como es éste, la normativa establece una serie de requisitos sobre los que asienta la validez de su constitución. De esta forma se pretende quizá salvar este tipo de contrato de posibles calificaciones de ilegalidad por tratarse de una cesión de trabajadores regulada.

3.2.1. Los trabajadores discapacitados

El primero de los sujetos implicados en la celebración de un EL es el de los propios trabajadores que desempeñarán la tarea para la que la empresa colaboradora contrata con el CEE. En este caso, se trata de trabajadores discapacitados. El concepto de discapacitado no ha sido unívoco ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia y , ni siquiera en la legislación [31]. De un estudio de la evolución normativa se observa cómo se ha producido una evolución desde el término de minusválido al de discapacitado, en función del ámbito de las relaciones en que se considerara. De esta forma, se puede definir minusválido como *toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales*[32].

Por otra parte, el RD 1414/2006 [33], establece que tendrán la consideración de personas con discapacidad *aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior a un 33%*. Esto se concreta al especificar que se consideran afectados por este grado de minusvalía a *los pensionista de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de IP en el grado de total, absoluta o gran invalidez; los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por IP para el servicio o inutilidad*.

En el supuesto de los EL, la normativa reguladora resulta más estricta de la que habitualmente rige la legislación sobre discapacitados. Y es que se considera que este tipo de medida debe utilizarse para facilitar la integración en el mercado de trabajo de aquéllos discapacitados con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral ordinario. Así pues, el RDEL establece que, de los trabajadores enviados a prestar servicios en el marco de un EL, al menos un 60% deberán pertenecer a uno de estos tres grupos [34]: personas con parálisis cerebral, enfermedad men-

---

[31] Tuset del Pino, P.: Los enclaves laborales…, p. 9.

[32] Artículo 7 LISMI. Tuset del Pino, P.: Los enclaves laborales como medida…, p. 10.

[33] RD 1414/2006, de 1 diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre. Este RD sur ge con la intención de poner fin a la multitud de decisiones administrativas heterogéneas y otor gar homogeneidad a la definición y acreditación de una concreta discapacidad.

[34] Artículo 6 RDEL.

tal o discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía igual o superior al 33%; personas con discapacidad física o sensorial y minusvalía igual o superior al 65%; mujeres con discapacidad no incluidas en los grupos anteriores con una minusvalía igual o superior al 33%. En este último supuesto, las mujeres podrán representar hasta un 50% de ese 60% de trabajadores con especial dificultad de inserción. El 40% restante de los trabajadores del EL deberán presentar un grado de minusvalía igual o superior al 33%.

Por otra parte, existe un segundo requisito que se exige a estos trabajadores y que es el de su antigüedad en el CEE. De esta forma, al menos un 75% de los mismos deberán tener una antigüedad de 3 meses en el CEE[35]. Esto ha sido criticado, no obstante, por ir en contra de la finalidad última de la figura, que pretende la previa adaptación y formación del trabajador antes de integrarse en la empresa ordinaria[36]. Mas aún cuando se trata de un colectivo considerado sensible, en el sentido del artículo 25 LPRL, y que necesita de una previa formación en prevención. En todo caso, esta solución puede ser coherente con la vertiente empresarial del CEE. Si se limita de forma considerable la antigüedad exigida en el CEE es posible que en ocasiones éste no cuente con personal necesario para cubrir las necesidades del EL y deba renunciar al mismo por un límite de antigüedad. Por último, hay que tener en cuenta una última exigencia como es la de un número mínimo de componentes del EL como es el de 5 en empresas de más de 50 trabajadores y 3 en empresas de plantilla inferior, sin incluir en este cómputo a los encar gados del equipo de producción a no ser que sean también discapacitados [37]. Esto vuelve a dar muestra de la primacía del objetivo de integración de los trabajadores por encima de la adecuación de las necesidades or ganizativas o productivas de la empresa colaboradora y el número de trabajadores precisos para desarrollar la obra [38].

3.2.2. El CEE y la empresa colaboradora

Los otros dos sujetos implicados en la celebración del EL son el CEE y la empresa colaboradora. En el primero de los casos, ya se ha adelantado algo acerca de las condiciones que debe reunir el CEE en su constitución habitual. Sin embargo, en el caso concreto de que pretenda celebrar un EL deberá, además, cumplir unos requisitos adicionales: inscripción y registro con una antigüedad mínima de 6 meses; realización de una actividad propia, no la exclusiva del EL, durante al menos los 6

[35] Artículo 6.4 RDEL.
[36] Garrido Pérez, E.: Los enclaves…
[37] Artículo 8 RDEL.
[38] Garrido Pérez, E.: Los enclaves…

meses inmediatamente anteriores a aquél [39].De esta forma se pretenden evitar supuestos en que el CEE ejerza únicamente de empresa dedicada a la cesión de trabajadores. Esto es, el RDEL establece requisitos específicos en el mismo sentido que se imponen a las ETT con el fin de alejar estos supuestos de la calificación de cesión ilegal [40].

En cuanto a la empresa colaboradora, ésta no requiere la reunión de ningún requisito específico pero cabe preguntarse si, dado que le es de aplicación subsidiaria el régimen de las contratas ordinarias de propia actividad, se le exigiría estar al corriente de las deudas tributarias y de Seguridad Social, o si sería posible que la empresa colaboradora fuera una empresa pública o una administración. En este sentido, se ha negado la posibilidad de tal carácter a las administraciones al constituirse como una medida alternativa a la cuota de reserva, que no le es de aplicación[41].

3.3. Ámbito objetivo de aplicación: el enclave como contrata de obras y servicios de propia actividad

El EL debe realizarse para el desarrollo de una obra o servicio y debe especificarse la actividad concreta a realizar por los trabajadores, para asegurar su adecuación al puesto o viceversa. Pero, además, del concepto de EL expuesto anteriormente, se observan dos elementos relacionados con el objeto de este contrato que es conveniente analizar: lo que se refiere a la relación *directa* con la actividad normal de la empresa colaboradora, y la exigencia del *desplazamiento* del trabajador discapacitado al centro de trabajo de aquélla.

Por lo que se refiere a la actividad a desarrollar por la empresa, parece que podría equipararse al término *propia actividad* que se contiene en el artículo 42 ET [42]. No hay que olvidar el concepto de propia actividad que impera en la actualidad, si bien éste sigue sufriendo diversos vaivenes[43]. En cualquier caso, la doctrina considera que estamos ante este tipo de contrata, ya que desde el artículo 1.4 RDEL, se realiza una remisión a la regulación propia de las mismas, esto es, artículo 42 ET y 104.1 y 127.1 LGSS, aunque con la peculiaridad de la obligatoriedad del desplazamiento al centro de trabajo de la empresa colaboradora.

---

[39] Artículo 3 RDEL y Esteban Legarreta, R.; Fusté Miquela, J. M.: Los enclaves laborales…, p. 172.

[40] Villar, I. *Los enclaves laborales*…, p. 447.

[41] Esteban Legarreta, R.; Fusté Miquela, J. M.: Los enclaves…, p. 173.

[42] Llano Sánchez, M. El enclave laboral. /En/ *AL*, núm. 22, 2004, p. 2684.

[43] González Ortega, S.: Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales./En/ *Justicia Laboral,* núm. 28, 2006, p. 20.

Esta condición de coincidencia física plantea una cuestión ya analizada por la doctrina con relación a las contratas tradicionales de propia actividad. Se trata de si esta exigencia debe interpretarse en sentido estricto o de una forma más flexible y acorde a las nuevas formas de desarrollo de la actividad productiva. Esto es, se plantea la posibilidad de interpretar esta coincidencia del lugar de prestación de la actividad con una coincidencia con el control real y efectivo[44]. De acuerdo con esto, si nos situamos en marco de PRL, una interpretación estricta de este requisito sería equivalente a continuar considerando el desarrollo de la actividad productiva desde un *enfoque de la salud laboral excesivamente anclado en la seguridad industrial y en los riesgos clásicos asociados a ella*[45]. En cambio, si lo que pretende la normativa de coordinación de actividades empresariales es aplicar un criterio de control del riesgo a la hora de establecer determinadas obligaciones preventivas, debería ampliarse el marco a las actividades en que la organización o el control efectivo dependen de la empresa principal.

Si se optara por esta interpretación para su aplicación analógica al supuesto de los EL, debería reflexionarse acerca del objetivo del requisito del desplazamiento del trabajador al centro de trabajo de la empresa colaborador. Si se considera una cuestión de riesgo, podría adoptarse una ampliación del requisito de la prestación física de la actividad. Sin embar go, con el término *desplazamiento*, parece que el legislador ha querido asegurarse de que en estas contratas el trabajador discapacitado se integra realmente en el marco de desarrollo de la actividad habitual del empresario, en un entorno usual de trabajo de forma que desempeñe su actividad en condiciones similares a las de los trabajadores de la empresa colaboradora. Es de esta forma como el empresario podrá observar la capacidad de adaptación del trabajador y valorar la conveniencia de su posterior contratación que, no puede olvidarse, es el objetivo principal de los CEE.

4. PROBLEMAS JURÍDICOS DEL ENCLAVE LABORAL

En este epígrafe se pretende exponer los principales problemas jurídicos que se encuentran en la configuración del EL. Para ello resultará inevitable a hacer referencia a su régimen jurídico.

4.1. Subcontratación, cesión ilegal y periodo de prueba

El primer supuesto a analizar se refiere a la naturaleza jurídica de los EL. En este caso es necesario determinar si se está ante una contrata, una cesión ilegal o un periodo de prueba ejecutado a través de un EL.

---

[44] *Op. cit*., p. 17.
[45] *Op. cit.,* p. 17.

4.1.1. El enclave laboral como cesión de trabajadores consentida

Los EL se sitúan en una posición fronteriza con la cesión de trabajadores prohibida en el artículo 43 ET [46]. La calificación de su actividad debe analizarse según el tipo de trabajador del EL: por una parte, los trabajadores con una antigüedad mínima de 3 meses en el CEE; por otra parte, los trabajadores contratados expresamente para realizar esa labor concreta, generalmente a través de un contrato de obra o servicio determinado.

En el primero de los supuestos, parece que, dadas las especificaciones y restricciones del RDEL, se está ante una verdadera contrata de propia actividad. De esta forma, además de cumplir con los requisitos establecidos en el RDEL, deberán aplicarse los del artículo 42 ET . Si estos se cumplen en su integridad, no habrá cesión ilegal sino una contrata de carácter peculiar. En todo caso, es necesario tener en cuenta que, en la práctica actual, la mayor parte de las cesiones ilegales de trabajadores se realizan precisamente bien a través de contratas fraudulentas, bien a través de ETT que no cumplen todos los requisitos establecidos por su normativa específica[47]. De esta forma, la jurisprudencia y la legislación acuden tanto a indicios como a criterios específicos para determinar la ilegalidad de la misma. En concreto, y a partir de la reforma del artículo 43.2 ET [48], algunos de estos criterios se han legalizado conformando un nuevo concepto de cesión ilegal. Ésta se producirá, pues, cuando se reúna alguna de estas circunstancias: *que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario*. En todo caso, el objetivo de esta reforma reside principalmente en deslindar supuestos de contratas legales de la calificación de cesión ilegal más que en aclarar un concepto ya acuñado por la jurisprudencia [49].

Por tanto, se observa cómo el requisito fundamental que va a determinar la existencia de una cesión ilegal será la dirección efectiva de los trabajadores. En este sentido, el RDEL ha querido solventar las posibles

---

[46] Llano Sánchez, M.: El enclave laboral ..., p. 2684.

[47] STSJ Castilla la Mancha, 6-6-2006 (JUR 2006\21 1594); Molero Marañón, M. L.: Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores. /En/ *RL*, núm. 23-24, 2006, p. 44 y ss.

[48] Realizada por el RDL 5/2006, de 9 de junio, para. la mejora del crecimiento y del empleo. y, posteriormente, por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

[49] Rodríguez-Piñero Royo, M.; Pérez Guerrero, M. L.: Contratas y cesión ilegal de trabajadores en la reforma laboral de 2006. /En/ *TL*, núm. 85, 2006, p. 134 y ss.

dudas que pudieran plantearse en esta situación estableciendo una exigencia de control efectivo y de poder disciplinario por parte del CEE. Este poder de dirección, vigilancia y control, así como el poder disciplinario, se realiza a través de unos encargados que, a su vez, ejercen de tutores de los discapacitados [50]. De igual modo, los restantes criterios expuestos en el artículo 43.2 ET parecen cumplirse en este primer supuesto que se está analizando a partir de los requisitos exigidos por el RDEL para la constitución del EL [51]. De esta forma, parece que el legislador intenta separar este tipo de contrato de una mera cesión de trabajadores o de una subcontrata fraudulenta. No obstante, habrá que estar a un análisis material del cumplimiento de estos requerimientos pues, su mera observancia formal no es suficiente. A modo de ejemplo, cabe mencionar los supuestos en que el encargado de controlar a los trabajadores es un mero delegado o ejecutor de las decisiones de la empresa principal, incurriendo la contrata, en este caso, en cesión ilegal [52].

Por otra parte, existe otra vía de acceso al fraude derivada de la limitación establecida por el RDEL en cuanto a la duración del contrato. Ésta deberá ser, como mínimo, de 3 meses, pudiendo prorrogarse por periodos mínimos de 3 meses hasta un total de 3 años. No obstante, se prevé la posibilidad de ampliar esta duración a 6 años cuando se acredite la contratación indefinida de trabajadores del EL con las condiciones siguientes: un trabajador en la empresa colaboradora o en otra del mercado, en EL de menos de 20 trabajadores; dos si el EL es demás de 20 trabajadores. En el marco del análisis de la cesión ilegal, se cuestiona la incentivación al fraude por esta regla pues el RDEL permite la celebración de nuevos EL para distinta actividad, lo cual lleva en ocasiones a la celebración de un EL similar al anterior oculto bajo el disfraz de una actividad diferente.

En el segundo grupo de trabajadores que se mencionaba, la situación no es tan clara como en el anterior. En este caso, este 25% de trabajadores no presenta antigüedad en el CEE, de modo que se trata de un conjunto de trabajadores contratados específicamente para la realización de esa tarea y que, a no ser que la empresa colaboradora los contrate, verá extinguido su contrato a la finalización de la obra o servicio. Este es realmente el supuesto en que se realiza una cesión, no una contrata. Puesto que el artículo 43 ET únicamente permite la cesión a través de las ETT , es aquí donde se plantea la posible ilegalidad de esta actividad [53]. Es más, en la reciente reforma de 2006, cuando se define cesión ilegal, de nuevo se acude a la excepción de las ETT

[50] Artículo 8 RDEL.
[51] Artículo 3 RDEL.
[52] Molero Marañón, M. L.: Sobre el imparable fenómeno…, p. 60.
[53] Llano Sánchez, M.: El enclave laboral…, p. 2689.

sin incluir más supuestos de permisividad de la misma, aspecto que podría interpretarse bien como un olvido del legislador, bien como una intención de rigidez normativa[54]. A esto hay que añadir que la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006 afirma que la única posibilidad prevista por la legislación de realizar legalmente la cesión de trabajadores es la de las ETT .

Sin embargo, no parece que realmente esta actividad pueda tacharse de cesión ilegal por dos motivos principales. El primero de ellos es la justificación del establecimiento de este 25% de trabajadores sin antigüedad y experiencia en el CEE. Más allá de que, desde la óptica de la acción social del CEE y de la PRL sea criticable al no permitir a los trabajadores adquirir la formación y experiencia previa necesarios [55], parece que la intención del legislador ha sido potenciar la actividad de los CEE y aumentar su capacidad de reacción ante la posibilidad de realizar un contrato con una empresa del mercado ordinario de trabajo. Esto es, se trata de equilibrar los intereses de los trabajadores con los del CEE que, en definitiva, es una forma empresarial que debe subsistir . Por otra parte, la doctrina ha establecido en ocasiones que, a pesar de la rigidez del artículo 43 ET existen determinadas excepciones a la cesión ilegal establecidas en la práctica jurisprudencial o en normativas específicas. Entre ellas se encuentra, ya no sólo la de los EL sino la de los deportistas profesionales y otras relaciones laborales especiales [56]. Por último es de tener en cuenta que el CEE realiza una actividad más allá de la mera cesión o celebración de EL pues el RDEL le exige una actividad previa y que el EL no represente la exclusividad de la misma [57]. Además, a pesar del incumplimiento del requisito de aportación no sólo de medios humanos sino también los materiales que conforman su or ganización[58], la jurisprudencia viene entendiendo que esto no es óbice para incluir al EL en la calificación de cesión ilegal [59].

Por tanto, aunque el EL tenga indudables puntos en común con la cesión ilegal, el legislador lo ha querido desligar de la misma. Se trataría por tanto de una cesión de trabajadores consentida o legalizada.

---

[54] Es más, se cuestiona la legalidad de una nueva excepción al artículo 43 ET por vía reglamentaria y no legal (E STEBAN LEGARRETA, R.; FUSTÉ MIQUELA, J. M.: Los enclaves…, p. 165).

[55] LLANO SÁNCHEZ, M.: El enclave laboral…, p. 2689.

[56] MOLERO MARAÑÓN, M. L.: Sobre el imparable fenómeno…, p. 48-49.

[57] Artículo 3 RDEL en relación con el artículo 43.2 ETque impone como requisito que la empresa cedente no carezca de una actividad o de una or ganización propia y estable.

[58] VILLAR, I.: *Los enclaves laborales*…, p. 446.

[59] STSJ Castilla la Mancha 27-12-2005 (AS 2005\3743): *la voluntad del legislador ha positivizado una prestación de servicios con una estructura idéntica a la que se observa en el presente caso y en el que l aportación del CEE se reduce a la dirección y organización de su propio personal al margen de la titularidad de los medios materiales empleados en la producción*.

4.1.2. El enclave laboral como periodo de prueba

Otra cuestión es si se puede considerar al EL como de un periodo de prueba. El RD 1368/85 establece la previsión de un periodo de adaptación para los trabajadores del CEE. Se encuentra regulado de forma similar al periodo de prueba del artículo 14 ET [60] pero con algunas peculiaridades entre las que destacan su finalidad: adaptación de trabajador , y su duración: máximo de 6 meses [61]. La posible atribución al EL de una naturaleza de periodo de prueba se fundamenta en dos motivos: una de las ventajas mencionadas anteriormente es la observación por la empresa colaboradora de la capacidad de trabajo de la persona discapacitada; en su posterior contratación se impide la celebración de periodo de prueba a no ser que se le contrate para realizar una actividad diferente de la del EL[62].

A partir de las ar gumentaciones anteriores, parte de la doctrina ha otorgado este carácter al EL [63]. La segunda de las razones expuestas no parece suficiente para afirmar este carácter de periodo de prueba, ya que la limitación de la contratación del trabajador bajo esta modalidad es la genérica del artículo 14.1 ET y es utilizada en todas las ocasiones en que el trabajador ya realizó con anterioridad una actividad similar para el mismo empresario. Más dificultades reviste el rebatir la primera de las observaciones. Por ello, puede afirmarse que en cierto modo comparte la esencia del periodo de adaptación, aunque su revestimiento formal sea el de una subcontrata.

4.2. Excedencias y despido tras la contratación del trabajador por la empresa colaboradora

Por último, es necesario mencionar el supuesto en que el objetivo fundamental del EL se materialice de forma efectiva. Esto es, con la contratación de alguno de los trabajadores en el seno de la empresa colaboradora. En estos supuestos, se exigen de igual modo una serie de condicionantes relacionados con la posibilidad de que la empresa colaboradora pueda optar a alguno de los incentivos[64] previstos como medidas de fomento del empleo. En primer lugar, el contrato debe celebrarse sin solución de continuidad durante la duración del EL, pues si no se considerará que no se ha producido dicha adaptación. Por otra parte, es necesario que estos trabaja-

---

[60] Prados de Reyes, F. J.; Alameda Castillo, M. T.: *Derecho del Trabajo*. *Relaciones de trabajo*…, p. 313.

[61] *Op. cit.*, p. 312 y ss.

[62] López Romero González, M. P.: Los enclaves laborales…, p. 13.

[63] Villar, I.: *Los enclaves laborales*…, p. 444.

[64] Unos incentivos que son inferiores en el caso de las mujeres discapacitadas de minusvalía de al menos un 33%, diferencia altamente criticable.

dores del EL tengan una antigüedad mínima en el mismo de 3 meses. Con esto se pretende que el trabajador haya podido experimentar una mínima adaptación y formación para el puesto de trabajo.

Además de lo anterior, existe una prohibición de que el empresario imponga al trabajador un periodo de prueba a no ser que se le contrate para una actividad diferente. Esta última posibilidad debe ser criticada pues se plantea la virtualidad de la exigencia de la duración mínima del EL cuando posteriormente se va a integrar al trabajador en una actividad diferente cuya relación con la anterior no se precisa. Esta crítica se dirige en el mismo sentido que en el caso de la posibilidad de que un 25% de los trabajadores no tenga antigüedad mínima en el CEE.

Esto, a su vez, deberá ponerse en necesaria relación con el régimen de despido por ineptitud sobrevenida del artículo 52 ET. Debe plantearse si es posible el despido del trabajador contratado para una actividad distinta de la que venía realizando no sea apto para la misma sin incurrir en discriminación. De acuerdo con la doctrina, el artículo 52 ET debe matizarse en la aplicación a estos supuestos. De esta forma, para que la causa del artículo 52.a ET tenga virtualidad es necesario que la incapacidad no fuese conocida con anterioridad a la contratación pues, de lo contrario se iría contra la doctrina de actos propios y el despido se declararía improcedente. Es más, esto es importante en relación a lo que se decía anteriormente de la posible equiparación entre el EL y el periodo de prueba pues, si el trabajador contratado lo es para la misma actividad que desarrollaba a través del EL, el empresario no puede alegar el artículo 52.a ET a no ser que se haya producido una nueva causa de ineptitud[65]. Y es que en esta ocasión no le sería de aplicación el artículo 16 RD 1368/85 que establece la necesaria constatación por el equipo multiprofesional, ya que la relación laboral especial no se encontraría activa. Por tanto, en el caso del desarrollo de una actividad distinta de la desarrollada en el EL, el empresario tendrá menos limitaciones para demostrar que la causa de ineptitud del trabajador es diferente de las condiciones especiales de discapacidad que presentaba durante su práctica en el EL.

Por otra parte, se establece que en el momento de la contratación del trabajador discapacitado, la relación con el CEE no se extinguirá sino que se constituirá en un supuesto de excedencia voluntaria[66] que, en caso de no encontrarse regulada en CCol. aplicable, se regirá por el artículo 46.2 y 5 ET. Esto conlleva que este trabajador mantendrá su relación laboral

[65] Prados de Reyes, F. J.; Alameda Castillo, M. T.: *Derecho del Trabajo. Relaciones*, p. 303.

[66] Salvo en el supuesto de que el trabajador haya sido contratado por la modalidad de obra o servicio determinado. En ese caso, la finalización del EL conllevará la extinción del contrato (Llano Sánchez, M.: El enclave laboral…, p. 2692).

con el CEE en las siguientes condiciones: una duración exigible de un mínimo de 4 meses[67] y un máximo de 5 años; no tendrá derecho a reserva de puesto de trabajo ni a antigüedad sino únicamente a una opción de regreso a una vacante de similar categoría; es necesario una antigüedad mínima de un año en el CEE.

En un primer momento, esta previsión parece correcta por cuanto se pretende proteger el acceso al mercado laboral del trabajador discapacitado. Es variada la jurisprudencia que permite la compatibilización de la excedencia voluntaria de los trabajadores con el desempeño de una actividad lucrativa en otra empresa[68]. Sin embargo, cabe preguntarse qué sucedería si la relación del trabajador discapacitado con su nuevo empresario se extingue con anterioridad al periodo mínimo de disfrute de la excedencia. Antes de la reforma realizada por la Ley Or gánica de Igualdad, la situación era más problemática por cuanto ese mínimo era de 2 años. En la actualidad parece menos probable que se plantee ese problema por cuanto un periodo de 4 meses será menos acusada para el trabajador que, además, podrá recibir prestaciones de desempleo [69]. En cualquier caso, habría sido más conveniente, por ser más protector , aplicar a esta excedencia la posibilidad de reserva de puesto de trabajo contenida en otras excedencias como la del cuidado de hijos o familiares. Más aún cuando el trabajo que realice no encuentre relación con la actividad desarrollada en el enclave.

Además, en el supuesto de que el trabajador pierda su trabajo se debe plantear: en primer lugar , si es posible el disfrute fraccionado de la excedencia en el caso de que no hayan transcurrido los 5 años de excedencia y posteriormente encuentre otro trabajo. Esta cuestión aún no ha sido solventada del todo por la jurisprudencia [70]; en segundo lugar, cómo articular una nueva excedencia en el caso de que no sea posible el disfrute fraccionado o que se ejercite el derecho de reingreso en el límite de los 5 años y el trabajador vuelva al CEE (art. 46.5 ET). Y es que, de acuerdo con el artículo 46.2 ET no es posible disfrutar de una nueva excedencia al no haber transcurrido 4 años desde el final de la anterior . En todo caso, se debería aplicar el régimen de suspensión del contrato por mutuo acuerdo del artículo 45.1.a) ET , tal y como permite el artículo 17 RD 1368/85. Por otra parte, también debe plantearse la posibilidad de que el trabajador contratado no tenga una antigüedad de 1 año en el CEE y , por tanto, no pueda acceder a la situación de excedencia [71].

---

[67] Modificación efectuada por la DA 11. Ocho de la Ley Or gánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres (Ley 3/2007, de 22 de marzo)

[68] Siempre bajo los límites de la buena fe y prohibición de concurrencia desleal (STSJ Com. Valenciana 4-4-2000 (Ar. 4111); STS 11-12-1989 (Ar. 8950)).

[69] STS 24-3-2001, R.º 749/2000.

[70] STSJ Baleares 27-9-1995 (AS 3274).

[71] Tuset del Pino, P.: Los enclaves laborales…, p. 21.

4.3. Prevención de Riesgos Laborales en el enclave laboral

Otro de los aspectos a valorar es el referido a la Prevención de Riesgos Laborales. De acuerdo con el RDEL, en la realización de los EL son de aplicación los arts. 24 y 25 LPRL. Además, se recoge la prohibición de celebrar EL para la realización de actividades de las consideradas peligrosas y recogidas en el Anexo I RD 39/1997, de 17 enero del Reglamento de servicios de prevención.

De lo anterior puede deducirse la aplicación del RD 174/2004, de 30 de enero. Como se sabe, este RD se caracteriza por la exigencia de coincidencia física de trabajadores de dos empresas en un mismo centro de trabajo; la existencia de diversos niveles de coordinación, entre los que las subcontratas de propia actividad en el centro de trabajo de la empresa principal se encuentran en el grado más alto de intensidad.

Sin embargo, en el RDEL no se establece de forma precisa las actuaciones a llevar a cabo en materia preventiva y , en concreto en cuanto a los medios de coordinación. Por ello se ha criticado, y más aún teniendo en cuenta que se está ante trabajadores calificados como sensibles, la ausencia de obligación de precisar en el contrato entre el CEE y la empresa colaboradora los medios de coordinación necesarios [72]. En este sentido sería necesario tener presente la reforma del artículo 42.4 ET [73] que exige a la empresa principal un libro registro en que conste este aspecto cuando las empresas compartan de forma continuada en centro de trabajo. En esta línea, sería preciso que el RDEL hubiera realizado una alteración del régimen común establecido en el RD 171/2004 y en el artículo 42.4 ET que, para los supuestos de contratas en el mismo centro de trabajo, establece que la iniciativa y responsabilidad de los medios de coordinación corresponde principalmente a la empresa principal, en este caso la colaboradora[74]. Pero debe tenerse en cuenta, que para los supuestos de trabajadores discapacitados es el CEE el que más conocimiento va a tener de las peculiares características de los mismos, por lo que debería dotarse a este sujeto de una mayor responsabilidad en el establecimiento o propuesta de los mismos.

5. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN DE LA FIGURA

En esta comunicación se ha pretendido analizar los principales problemas jurídicos de la figura de los EL como contrato celebrado entre un CEE y una empresa ordinaria del mercado de trabajo con el fin último

---

[72] Garrido Pérez, E.: Los enclaves laborales…

[73] Reformado por el artículo 12. Siete Ley 43/2006.

[74] González Ortega, S.: Descentralización productiva…, p. 23.

de facilitar la integración de trabajadores discapacitados en el mercado laboral. A través de este estudio, se ha situado al EL como una medida que se encuentra a medio camino entre las políticas de fomento del empleo propias del trabajo protegido y del ordinario, al tratarse de una alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva del 2% impuesta a las empresas de más de 50 trabajadores y , por otro lado, una contrato celebrado por un CEE, constituido como uno de los paradigmas de trabajo protegido.

Desde esta configuración, así como desde su fundamento principal, el fomento de la transición de los discapacitados de especiales dificultades de integración hacia el empleo ordinario, se han detectado ciertas anomalías o carencias en su regulación y que se concretan en su posible calificación como una cesión ilegal del trabajadores; los problemas derivados de la posterior contratación por la empresa colaboradora; carencias en el marco de la PRL.

En el primero de los casos, se llega a la conclusión de que, tanto para el supuesto del 75% de trabajadores con antigüedad previa en el CEE como para el 25% restante contratado *ad hoc*, el EL no es más que una contrata que, como mucho podría calificarse de cesión de trabajadores consentida o legalizada. Sin embargo, debe criticarse el olvido del legislador de la inclusión de este supuesto tras la última reforma del artículo 43.2 ET . Por otra parte, el EL comparte la esencia del periodo de adaptación previsto para los trabajadores discapacitados, más aún cuando su objetivo fundamental es la integración del trabajador en el mercado ordinario de trabajo a través de la observación del empresario receptor de sus servicios.

Por lo que se refiere a la contratación del trabajador por la empresa ordinaria, se llega a la conclusión de una falta de coherencia al posibilitar la contratación del trabajador para actividades diferentes de las realizadas en el enclave. Aquí se ha dado prioridad a la inserción laboral del trabajador por encima de cuestiones esenciales como es la de que su pertenencia previa al CEE se debía a su imposibilidad de acceder al mercado ordinario de trabajo. Esto lleva, además, a plantearse la aplicación matizada del régimen del despido objetivo por ineptitud sobrevenida del artículo 52 ET así como a la conveniencia de aplicar el derecho de reserva de puesto de trabajo a la excedencia que disfrutará mientras realice sus servicios en la empresa colaboradora, ya que es más posible su inadaptación al puesto de trabajo que antes no ha realizado.

Por último, en cuanto a la PRL, puesto que se está ante supuestos de trabajadores calificados como sensibles, sería conveniente una mayor especificación del régimen preventivo a aplicar o unas mayores exigencias de consignación en el contrato en cuanto a aspectos como es el del establecimiento de los medios de coordinación necesarios.

En cualquier caso, parece que el establecimiento de los enclaves laborales no ha resultado muy eficaz en la práctica. Se impusieron ante el relativo fracaso de la cuota de reserva del 2% pero parece que los avances en este sentido han sido tímidos y con un régimen jurídico que dota a su constitución de inseguridad jurídica para un colectivo tan sensible como es el de los trabajadores discapacitados.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LOS ENCLAVES LABORALES: ENTRE LA CONTRATA Y LA CESIÓN DE TRABAJADORES

JULIO CORDERO GONZÁLEZ
Profesor asociado (6H) del Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

I. PREÁMBULO.—II. DISCAPACIDAD, FOMENTO DEL EMPLEO Y EL REAL DECRETO 290/2004.—III. LOS ENCLAVES LABORALES: ENTRE LA CONTRATA Y LA CESIÓN DE TRABAJADORES.

«(...) Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar , en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación (...).»

(Art. 27, *Trabajo y empleo*, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006) [*]

I. PREÁMBULO

La necesidad de impulsar desde los poderes públicos la integración social de las personas con discapacidad está obviamente justificada desde variadas ópticas y planos entre los que destacan el moral, el social y el jurídico. Sin embargo, dedicaremos en el siguiente apartado unas líneas a presentar el andamiaje jurídico que sustenta las medidas adoptadas por los poderes públicos en la dirección sugerida.

Resulta asimismo obvio que el mecanismo que en mayor medida evita la exclusión social de este colectivo es su integración laboral. El desempeño de un puesto de trabajo y la correspondiente obtención de un salario para la satisfacción de las necesidades del trabajador y de su familia es un objetivo común a todas las personas sean o no discapacitadas.

Como es público y notorio, el trabajo es un bien escaso y no resulta sencillo obtener un puesto de trabajo, estas dificultades se agigantan, más adelante daremos datos empíricos que sostienen esta afirmación, para los de-

[*] La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad fue adoptada el 13 de diciembre de 2006, durante el sexagésimo primer periodo de sesiones de la Asamblea General, por la resolución 61/106.

mandantes de empleo discapacitados. E incluso entre éstos encontraremos colectivos que presentan, utilizando la terminología del real decreto 290/1994, especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo.

El ordenamiento jurídico laboral es sensible a las circunstancias apuntadas y diseña dos grandes itinerarios para el acceso al empleo de las personas con discapacidad: el llamado empleo común u ordinario (también conocido como abierto o normalizado) y el empleo protegido. En el primer supuesto, la relación laboral entre el trabajador discapacitado y su empresario se instrumenta a través de una relación laboral común u ordinaria y en el segundo supuesto, el empleo protegido, mediante una relación laboral de carácter especial del trabajador minusválido que presta sus servicios en un centro especial de empleo.

El acceso y el mantenimiento del empleo de los trabadores minusválidos en ambos tipos de relaciones recibe el apoyo del Estado mediante medidas diversas: preferencia y reserva de puestos de trabajo en las empresas privadas y en la administración pública, subvenciones directas a la contratación indefinida, bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social y beneficios fiscales en el IRPF o el impuesto de Sociedades.

La relación laboral preferida para el trabajador minusválido es la común u ordinaria puesto que representa la integración laboral plena.

La figura del enclave laboral se configura como una situación intermedia entre la relación laboral común y la especial puesto que un grupo de trabajadores del centro especial de empleo, que mantienen con éste su relación laboral de carácter especial, se desplaza temporalmente al centro de trabajo de una empresa del mercado ordinario de trabajo para realizar obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de esta última. Su finalidad declarada es facilitar el tránsito de la relación laboral especial a la ordinaria incidiendo especialmente en los colectivos de trabajadores discapacitados que se encuentran con dificultades suplementarias para el acceso al mercado ordinario de trabajo.

La consecución del objetivo principal de esta nueva figura contribuiría significativamente al logro final de la integración laboral plena del colectivo y, por ende, a su integración social.

Estos loables propósitos vienen, no sólo respaldados, sino promovidos por nuestra Constitución (en adelante CE), diversas normas con rango legal y gran número de instrumentos internacionales de diversa naturaleza.

Sin menoscabo de la bondad y justificación de los propósitos perseguidos por la norma que regula los enclaves laborales; nuestra Constitución configura a nuestro estado como Estado de Derecho obligándonos a considerar las formas y los procedimientos además de los fines. La cláusula del «Estado de derecho» se manifiesta fundamentalmente en los apartados 1 y

3 del artículo 9 de nuestra Carta Magna determinando a ésta como norma fundamental y determinando los principios que ordenan nuestro derecho.

Precisamente se plantea la posibilidad de la ilegalidad del Real Decreto 290/2004 por no respetar los principios de legalidad y jerarquía normativa y los efectos que estos principios producen en el conjunto del ordenamiento jurídico español.

La ilegalidad del real decreto supondría que las consecuencias de las relaciones jurídicas establecidas entre los sujetos implicados (trabajadores, centro especial de empleo y empresa colaboradora) no serían las establecidas en la norma que en este trabajo comentamos sino las previstas para la cesión temporal de trabajadores. La normativa laboral prohíbe que una empresa ceda temporalmente trabajadores a otra con la única excepción de las que se efectúen mediante empresas de trabajo temporal.

II. DISCAPACIDAD, FOMENTO DEL EMPLEO Y REAL DECRETO 290/2004. DISCAPACIDAD Y MERCADO DE TRABAJO [1]

Las personas discapacitadas forman un amplio colectivo en nuestro país, se incorporan al mercado de trabajo en menor medida que las personas sin discapacidad teniendo una tasa de paro muy superior . La difícil situación apuntada para las personas con discapacidad se acentúa para las mujeres de este colectivo en la incorporación al mercado de trabajo y en el acceso al empleo [2].

Un nueve por ciento de las personas en edad ordinaria para trabajar (16 a 64 años), unas dos millones trescientas mil en términos absolutos, manifiesta que tiene problemas de salud o discapacidad. Casi un millón y medio se concentra entre los 45 y 64 años.

---

[1] Un intento de reflexión global sobre la regulación del empleo protegido en España y los resultados conseguidos puede encontrarse en: M. L ALOMA GARCÍA: *Empleo protegido en España (Análisis de la normativa legal y logros alcanzados)*, Ediciones Cinca-Telefónica-CERMI, Madrid, 2007. Pretendía elaborar un bosquejo de la relaciones entre discapacidad y derecho R. E STEBAN LEJARRETA: «Marco legislativo en relación a las personas con discapacidad» en *Boletín del Real Patronato,* núm. 47, diciembre de 2000

[2] Los datos sobre el empleo de las personas con discapacidad proceden de la encuesta realizada, mediante un Módulo especial, «Personas con discapacidad y su relación con el empleo» (http://www.ine.es/inebase/cgi/um?M=/t22/e308/meto_05/modulo/2002/&O=pcaxis), incorporado a la EP A por el INE en el segundo semestre de 2002 recogidos para hacer balance de la situación actual en la Parte Segunda, 2.1 del *II Plan de Acción para las personas con discapacidad 2003-2007* (páginas 71 y ss). Sin embar go, el CES (2003, pág. 106 y ss., nota al pie 78) en su informe utiliza «por razones metodológicas y de especificidad de estudio» los datos de un producto del INE la *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud* (EDDES) de 1999 que reduce el concepto de personas con discapacidad y considera como tales a un millón trescientas mil, aproximadamente un millón menos que las otra encuesta.

Dos de cada tres personas con discapacidad en edad laboral no participa en el mercado de trabajo, es población inactiva. Su tasa de inactividad supera el sesenta por ciento en los hombres y el setenta y dos en las mujeres. Si comparamos estos datos con la población sin discapacidad comprobaremos que las tasas de actividad de este colectivo son más del doble tanto en hombres (ochenta y cuatro frente al 39 por ciento) como en mujeres (cincuenta y cinco frente a veintisiete por ciento) [3].

La tasa de paro de las personas con discapacidad supera el quince por ciento, es más elevada para las mujeres (diecinueve por ciento) que para los hombres (doce por ciento) y un cuarenta por ciento superior a la de las personas sin discapacidad [4].

Si atendemos a la opinión de las personas discapacitadas, las causas que explican esta peor posición respecto al empleo son las restricciones que sus discapacidades les imponen para trabajar acompañadas por su menor formación. Entre las restricciones más destacables mencionan las limitaciones por el tipo de trabajo, por la cantidad de trabajo o por las dificultades de trasladarse a un centro de trabajo.

Por último, cabe decir que esta foto fija no corresponde a una situación de partida, estos datos, correspondientes al segundo trimestre de 2002, son el resultado de numerosas acciones públicas y privadas para mejorar las oportunidades de encontrar empleo de las personas con discapacidad. Se ha producido un innegable avance en la integración social de este colectivo en el que debe ocupar un papel central la integración laboral. Por tanto, no sin reconocer los esfuerzos realizados, son necesarias políticas que consigan la equiparación de este colectivo en los diversos ámbitos de la vida social.

Nuestra Carta Magna mostró un especial conocimiento y sensibilidad hacia esta realidad encomendando a los poderes públicos la realización de «una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos» (art. 49 CE).

La CE persigue evitar la exclusión social de los discapacitados aunque ésta se produzca mediante el rostro de la discriminación indirecta. Apuesta por la integración social del discapacitado considerando imprescindibles políticas de acción positiva, de carácter promocional, que abarcarán todos los

---

[3] Los datos son más negativos si consideramos los datos de la EDDES (INE, 1999). La población activa total con discapacidad se reduce al veintitrés por ciento, el treinta y uno por ciento de los varones y el dieciséis por ciento de las mujeres.

[4] Los datos de la EDDES (INE, 1999) también son peores en este aspecto situando la tasa de desempleo del total de trabajadores discapacitados en el veintiséis por ciento, la de las mujeres en el 33 por ciento y la de los hombre en el 22 por ciento).

ámbitos sociales y entre las que tendrán especial cabida las destinadas a conseguir su integración laboral. Mediante estas últimas no sólo se perseguirá el disfrute del derecho al trabajo reconocido a todos los ciudadanos (art. 35 CE) sino que se aprovechará el efecto expansivo generado por esta integración en otras facetas o ámbitos sociales. En numerosas ocasiones la integración laboral actuará como detonante de la plena integración social mediante la independencia económica (y familiar) que permitirá un verdadero disfrute de muchos de los derechos reconocidos en el Título I de la CE [5].

En este contexto se integra de modo pleno el real decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad como por otra parte declara de modo repetido su «exposición de motivos (y objetivos)». De su gestación podemos destacar su carácter de «legislación negociada» con la organización con el Comité Español de Representantes de personas con discapacidad (CERMI) constituido por las principales or ganizaciones estatales de personas con discapacidad. Su innegable representatividad no debería excluir una mayor presencia de los agentes sociales, consultados de modo más formal que material, en los foros previos a la producción de normas para aprovechar su visión de conjunto de las políticas laborales.

Esta norma pretende coordinarse y facilitar el cumplimiento de otras exigencias normativas como la obligación de reserva de puestos de trabajo a favor de trabajadores con discapacidad conforme a lo establecido en el artículo 38.1 de la ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (en adelante LISMI) y en sus normas de desarrollo [6].

III. LOS ENCLAVES LABORALES: ENTRE LA CONTRATA Y LA CESIÓN DE TRABAJADORES

Concepto

El concepto normativo entiende por enclave laboral «el contrato entre una empresa del mercado ordinario, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que

---

[5] Reconocido de forma expresa en el apartado III.2 del acuerdo de medidas para mejorar las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad suscrito entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de Minusválidos (ahora de personas con discapacidad) (CERMI) que conformó el II Plan de Empleo MTAS-CERMI 2002-2004.

[6] *Vid*. Disposición adicional segunda del RD 290/2004 en relación con las normas que desarrollan la LISMI en este punto (vgr . RD 264/2005). Su limitado uso para esta finalidad puede consultarse en E. G ARRIDO PÉREZ: «Los Enclaves Laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados?: comentarios al RD 290/2004, de 20 de febrero», en *Iuslabor*, 2005, núm.3. Consultada versión electrónica en http://www.upf.edu/iuslabor/032005/art03.htm

guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora».

Es por tanto, un contrato que vincula a dos entidades, un centro especial de empleo y una empresa del mercado ordinario de trabajo a la que denominaremos empresa colaboradora.

El objeto del contrato es la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de la empresa colaboradora. El Centro Especial de Empleo recibirá el precio convenido en el contrato [7] como contraprestación a la realización de la obra o del servicio. El concepto debería indicar el objeto del contrato para el Centro Especial de Empleo sin que desconozcamos que pudiera ser múltiple y estar vinculado a los objetivos declarados en el artículo 2 RD 290/2004.

La obra o servicio se desarrollará en el centro de trabajo de la empresa colaboradora. El Centro Especial de Empleo realizará la obra o servicio desplazando temporalmente un grupo de trabajadores con discapacidad. La duración del contrato vendrá determinada por la obra o servicio a desarrollar .

Sin perjuicio de que el artículo 1 es tajante al identificar enclave laboral con el contrato que hemos caracterizado brevemente; en el texto de la norma reguladora no se emplea la misma acepción de este término: un contrato no «está formado por trabajadores...» (art.s 5.3 y 6.1 RD 290/2004) ni los ocupa (art. 5.2 a) y b)), un contrato no «comienza su actividad...» (art. 5.5 RD 290/2004).

Sin embargo, cuando en el texto normativo se refiere propiamente al contrato no emplea el término enclave laboral a esos efectos (vgr . artículo 7.1 o rúbrica artículo 5).

En muchos de los preceptos se utiliza esta expresión para referirse a la organización o actividad productiva[8] del centro especial de empleo desplazada al centro de trabajo (o mejor , «emplazada en el centro de trabajo») de la empresa colaboradora; el «sub-centro» especial de empleo, no necesariamente identificado con una ubicación concreta y , por tanto, no necesariamente un «sub-centro de trabajo».

No debe olvidarse que el centro especial de empleo, si se conforma respetando el espíritu del marco normativo regulador , aportará al enclave laboral no sólo la fuerza de trabajo desarrollada por los trabajadores

---

[7] Curiosamente, la única referencia a la contraprestación a recibir por el Centro Especial de Empleo aparece en el artículo 5 f) RD 290/2004.

[8] Probablemente es más adecuada la expresión «actividad empresarial» pero podría chocar con la ausencia de ánimo de lucro en la actuación de algunos Centros Especiales de Empleo.

minusválidos y los encar gados responsables del equipo de producción, sino también, su «saber hacer» manifestado en otros aspectos ligados a su organización productiva tales como: experiencia en la adaptación de los puestos de trabajo según el tipo de minusvalía, adecuación de la actividad a desempeñar por cada minusválido con su situación personal o conocimientos especializados en cuanto a los mecanismos para ejercer el poder de dirección respecto a cada minusválido. Finalmente asumirá con sus medios la prestación de los servicios de ajuste personal y social que requieran los trabajadores del enclave.

La discordancia entre el concepto y el texto debe tener su explicación en la modificación del concepto de «enclave laboral» operada en la tramitación de la norma reglamentaria y no aplicada al resto del texto normativo[9].

La norma habría salvado las objeciones planteadas incluyendo dos conceptos diferenciados para el enclave laboral y para el contrato de enclave laboral para la realización de obras o servicios. Formulamos seguidamente dos propuestas de concepto compatibles con el significado que se da al enclave laboral en la mayoría de preceptos de la norma reglamentaria.

Enclave laboral: la actividad productiva desarrollada por el centro especial de empleo en el centro de trabajo de la empresa colaboradora para lo que desplazará a un grupo de sus trabajadores discapacitados.

Contrato de enclave laboral (para la realización de obras o servicios): contrato celebrado entre una empresa del mercado ordinario, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla a desarrollar mediante un enclave laboral.

Naturaleza jurídico-laboral del enclave. ¿Contrata o cesión de trabajadores?

Como se ha dicho, la incardinación del enclave en el marco del ordenamiento jurídico laboral podría generar tensiones con los principios de legalidad y jerarquía normativa que deben respetarse escrupulosamen-

---

[9] El concepto que manejó el Consejo de Estado en el Antecedente PRIMERO, párrafo 7 de su *Dictamen Proyecto Real Decreto por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, número de expediente 89/2004* (Aprobado en sesión de la Comisión Permanente del Consejo de 5 de febrero de 2004) identificando el enclave con «la prestación de un servicio» tampoco concuerda, a nuestro juicio, con el significado empleado en el resto del texto.

El citado documento ha resultado imprescindible en la elaboración de este trabajo. Puede consultarse en: http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2004-89

te en un Estado de Derecho (art. 9.3 CE). El Real Decreto 290/2004 es una norma reglamentaria y la Constitución atribuye la potestad reglamentaria al gobierno que debe ejercerla de acuerdo con la Constitución y las leyes (art. 97 CE, 25 c) de la Ley 50/1997, del Gobierno).

En el campo jurídico-laboral el artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) señala que «las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior , pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar».

El real decreto 290/2004 puede ser contrario al artículo 43 ET que prohíbe la cesión temporal de trabajadores de una empresa a otra exceptuando las efectuadas a través de empresas de trabajo temporal.

El ordenamiento laboral se muestra especialmente receloso con las figuras de interposición empresarial para evitar el tráfico de mano de obra (cesión ilegal de trabajadores) y la desprotección de los trabajadores que realizan su trabajo por cuenta ajena en el ámbito de una empresa que no es su empleador pero recibe su prestación a través de un servicio o una obra correspondiente a su propia actividad (fenómeno de la subcontratación: contratas y subcontratas). Así, el Estatuto de los Trabajadores prohíbe la cesión ilegal de trabajadores regulando los efectos del incumplimiento y protege los derechos colectivos, los créditos salariales y las cotizaciones sociales de los trabajadores de las contratistas que realicen obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

Por lo demás, nada impediría que se estableciera una relación laboral común entre la empresa colaboradora y los trabajadores minusválidos del enclave laboral a la que sería aplicable en su integridad el Estatuto de los Trabajadores. En la consideración como especial de la relación laboral entre un trabajador minusválido y su empresario resulta determinante que este último sea un centro especial de empleo. Este centro debe recibir la prestación laboral de un trabajador discapacitado que no ha podido incorporarse al mercado ordinario de trabajo razón en la que justifica la LISMI la existencia de los Centros Especiales de Empleo y de la correspondiente relación laboral especial (art. 41.1 LISMI [10]). Por tanto, la relación laboral podría perder su carácter especial si los trabajadores se utilizaran en el mercado ordinario por ser el empleo protegido su único amparo para mantener sus especialidades fuera la interposición del

[10] «Los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en Centros Especiales de Empleo, cuando su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual que se fijará por la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo».

centro especial de empleo entre una empresa ordinaria y el trabajador minusválido. Así las cosas, la regulación de los enclaves laborales debe pasar por el tamiz que permite separar las cesiones temporales de trabajadores de los enclaves laborales (y considerar a éstos últimos un supuesto de contrata).

Otras relaciones laborales de carácter especial (estibadores portuarios[11], deportistas profesionales[12] y altos directivos[13]) contienen instituciones que podrían colisionar con la prohibición de cesión temporal de trabajadores contenida en el artículo 43 ET .

---

[11] El Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, que regula el servicio público de estiba y desestiba de buques y , como parte de este servicio público, la relación laboral especial de los estibadores portuarios que prestan sus servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas. La relación laboral especial se mantiene entre las sociedades que gestionan los puertos y los estibadores que pueden ser cedidos temporalmente a las empresas estibadoras conservando el carácter de empresario las Sociedades estatales o autonómicas y compartiendo con las empresas estibadoras el poder de dirección (art. 1 1 Real Decreto-Ley 2/1986). Las empresas usuarias asumen las facultades de dirección y control de la actividad laboral durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito conservando la Sociedad portuaria la potestad disciplinaria aunque tendrá carácter vinculante una concreta propuesta de sanción formulada por la empresa estibadora.

Las empresas estibadoras pueden celebrar relaciones laborales de carácter común con los estibadores (art. 10.1 Real Decreto-Ley 2/1986). Por lo que se produce una conexión con la relación laboral común regulada por el ET que podría determinar la aplicación del artículo 43 ET conforme a los argumentos manejamos para el enclave laboral.

Esta muy peculiar cesión, enmarcada en la relación laboral especial, no implica, salvo supuestos excepcionales (párrafo 3.º del artículo 12 RD-Ley 2/1986) el traslado a otro centro de trabajo pero sí la distribución entre dos empresarios de las facultades que integran el poder de dirección construyendo una relación triangular que guarda gran similitud con la que se da en las empresas de trabajo temporal.

No se enmascara, más bien se declara, la cesión temporal, si bien, no debe olvidarse que esta norma adopta la forma de Real Decreto Ley y por tanto, tiene rango legal, es posterior en el tiempo y más específica que el propio Estatuto de los Trabajadores lo que salva el respeto al principio de jerarquía normativa pero no parece que la técnica normativa utilizada sea la más adecuada.

[12] El artículo 11 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales (art. 2.1. d) ET), permite la cesión temporal de un deportista profesional a otro club o entidad deportiva durante la vigencia del contrato. Si bien esta cesión temporal no se ve «contaminada» por la presencia de la relación laboral común al mantenerse en los márgenes de la relación laboral especial.

[13] El artículo 9 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (art. 2.1. a) ET), bajo la rúbrica *Promoción interna* dispone la formalización de un contrato de alta dirección (art. 4 Real Decreto 1382/1985) si un trabajador vinculado a la empresa por una relación laboral común realiza actividades de alta dirección. La «cesión» se produce porque la norma permite que esta nueva relación se formalice con otra empresa del grupo y la relación laboral común preexistente quede suspendida hasta la extinción de la relación laboral de alta dirección. En este supuesto tampoco aparece viciada la relación laboral ordinaria por la especial salvo que la relación laboral de alta dirección fuera fraudulenta. La empresa del grupo que contrata mediante la relación laboral especial de alta dirección no podría contratar al trabajador de alta dirección mediante una relación laboral común como sí sucede con el traba-

El problema planteado podría haberse resuelto dotando a la norma reguladora de los enclaves de rango legal que, en buena técnica normativa, hubiere modificado adicionalmente el artículo 43 ET incluyendo otra excepción a la consideración como ilegal de la cesión temporal de trabajadores [14].

En el artículo 43 ET no se detallaban los criterios para distinguir si un supuesto concreto debía considerarse cesión temporal o, por el contrario, una manifestación de la descentralización productiva en modo alguno prohibida, e incluso facilitada [15], por nuestro ordenamiento jurídico laboral. La última reforma laboral procede, si hacemos caso de su Exposición de Motivos, «a deslindar la subcontratación de obras y servicios entre empresas de las prácticas que incurren en la figura de la cesión ilegal de trabajadores, teniendo presente que, según nuestra legislación, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo puede efectuarse legalmente a través de empresas de trabajo temporal. Con esta finalidad, se incorpora al Estatuto de los Trabajadores una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia». Coincidimos plenamente con esta declaración que se instrumenta mediante el apartado 2 del citado precepto al afirmar que «en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una or ganización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario».

---

jador minusválido del enclave y la empresa colaboradora. Por otra parte, el trabajador de alta dirección mejora sus condiciones de trabajo implicando su nueva posición un aumento de los costes salariales para la empresa «usuaria» (lo contrario de lo que ocurre si en lugar de considerar la prestación laboral del minusválido como especial la consideramos común u ordinaria). La suspensión de la relación laboral, diseñada como opción para las partes al poder sustituir la relación especial por la anterior , permite al trabajador reanudar la relación laboral de origen.

[14] El Informe emitido sobre el proyecto del Real Decreto por el «Departament de Treball, Industria, Comerç i Turisme de la Generalitat de Catalunya» requería, «en todo caso, una modificación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de exceptuar de la figura de la cesión ilegal tanto a las empresas de trabajo temporal como a los enclaves», «considerando más adecuado que tuviera rango legal». Estas consideraciones están extraídas del Dictamen del Consejo de Estado (2004, antecedente SEGUNDO, 4.º) que entiende que de considerarse una cesión temporal de trabajadores debería haberse modificado la Ley 13/1982 y la Ley 14/1994 que regula las empresas de trabajo temporal. *Vid. nota 11*.

[15] Baste referirse a la posibilidad empresarial de modificar sustancialmente las condiciones (art. 41 ET) e incluso extinguir el contrato de trabajo (art.s 49.1. i) y l), 51 y 52 c) ET) si prueba razones técnicas u or ganizativas. Estas extinciones podrían conducir a la externalización de parte de la actividad productiva de la empresa.

La jurisprudencia venía reconociendo las dificultades con las que se encontraba para diferenciar cesión temporal de la contrata. La STS de 17 de enero de 2002 afirma: «El problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contratas, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita»[16].

La configuración reglamentaria del enclave trata de separarse de las características propias de la cesión y reafirmar su consideración como contrata de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal, la empresa colaboradora, consiguiendo de esta forma la aplicación de las garantías del artículo 42 ET a los trabajadores del enclave. Tendremos que poner en relación la regulación reglamentaria con los criterios que la jurisprudencia ha venido utilizando para deslindar estas instituciones, luego incorporados al texto legal. Esta intención se muestra con rotundidad en el pórtico de la norma (apartados 2 y 3 del artículo 1 RD 290/1994) al referirse al régimen jurídico de los enclaves: la dirección y organización del trabajo en el enclave corresponde al Centro Especial de Empleo con el que el trabajador mantendrá su relación laboral de carácter especial y establece la aplicación del régimen jurídico derivado del artículo 42 ET.

Como se contempla en el artículo 43.2 ET , la jurisprudencia del Tribunal Supremo[17] en esta materia viene a referirse a tres criterios diferenciadores, a saber: sustantividad propia del contratista, ejercicio efectivo del poder de dirección y requisitos relativos a la actividad contratada.

En primer lugar, habrá cesión si el contratista es un empresario ficticio, no ejerce una actividad empresarial propia. Debemos cuestionarnos si el empresario (contratista) tiene o no: capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva propia... El Real Decreto 290/2004 trata de evitar la situación descrita adoptando las siguientes medidas respecto a los centros especiales de empleo: a) deben llevar inscritos en el registro seis meses y haber desarrollado actividad de forma continuada en los seis meses anteriores a la formalización del enclave (art. 3.1 RD 290/2004); b) no pue-

[16] En la misma línea, entre otras anteriores y posteriores, SSTS de 14 de septiembre de 2001 y 16 de junio de 2003.

[17] Las ya citadas SSTS de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002 y 16 de junio de 2003 citan, sistematizan, resumen y reiteran los ar gumentos de otras muchas.

den dedicar su actividad en exclusiva a la derivada de formalizar enclaves por lo que deberá mantener una actividad propia como centro especial de empleo (art. 3.1 Real Decreto 290/2004); c) el setenta y cinco por ciento de los trabajadores del enclave deberán tener una antigüedad mínima de tres meses en el centro especial de empleo (art. 6.4 RD 290/2004) y concluido el enclave seguirán manteniendo su relación laboral con el centro especial de empleo (art. 8.5 RD 290/2004). Las dudas aparecen en relación con los trabajadores, hasta un veinticinco por ciento, que no formando parte del enclave sean contratados a través de este mecanismo mediante un contrato de obra o servicio suscrito a estos efectos.

Aunque el empresario goce de sustantividad propia y sea un empresario real, el fenómeno interpositivo puede producirse en la relación entre dos empresarios reales si el contratista no conserva el poder de dirección en el marco de la contrata, no ejerce efectivamente las facultades derivadas de la relación contractual con «sus» trabajadores. El centro especial de empleo conserva el poder de dirigir y or ganizar el trabajo en el enclave (art. 1.3 RD 290/2004) para lo que desplazará a encar gados responsables del equipo de producción (art. 8.2 RD 290/2004). La norma considera expresamente a la relación entre centro especial de empleo y empresa colaboradora como una contrata y , en consecuencia, les impone (art. 1.4 RD 290/2004) determinadas obligaciones conforme al Estatuto de los Trabajadores (art. 42), la Ley General de la Seguridad Social (art.s 104.1 127.1), la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art.s 24 y 25). Igualmente conserva la facultad disciplinaria respecto a sus trabajadores (art. 8.3 RD 290/2004). Es discutible, a estos efectos, que el centro especial de empleo no pueda sustituir a los trabajadores salvo causa justificada. Si bien, esta medida es adecuada para cumplir el objetivo final de contratación de estos trabajadores por la empresa colaboradora y , desde luego, con lo previsto en los artículos 5.4 y 1 1.2 RD 290/2004.

Por último, la actividad objeto de la contrata debe tener una cierta autonomía técnica que la justifique, la empresa contratista debe aportar su infraestructura empresarial e incluso utilizar instrumentos de producción propios. La empresa contratista debe «poner en juego», si dispone de ellos, sus propios medios y or ganización. El artículo 5.1 b) RD 290/2004 establece como contenido mínimo del contrato la determinación precisa de la obra o servicio objeto del contrato y de la actividad en la que vayan a estar ocupados los trabajadores destinados al enclave. No realiza ninguna precisión más sobre la actividad a desarrollar ni sobre la necesidad o no de utilizar sus medios de producción o su infraestructura empresarial (a salvo de lo dicho respecto a la necesidad de poseer sustantividad propia). En ausencia de mayores requerimientos en la norma habría que comprobar este criterio jurisprudencial en cada concreto enclave laboral para conocer la presencia de la or ganización y la utilización de los del centro especial de empleo en el enclave.

Pese a los esfuerzos de la regulación reglamentaria, es innegable que se produce una cierta colisión relacionada con las especiales características que presenta uno de los contratantes, el centro especial de empleo y de la relación laboral de carácter especial que le sirve de vínculo con los trabajadores que trabajan en él. La consideración como «centro», por otra parte perfectamente acomodable a las referencias establecidas en los artículos 41 a 44 de la LISMI, nos lleva a pensar en un centro de trabajo singular (art. 1.5 ET) que merece unas muy especiales condiciones de trabajo y, sin duda, un trato muy favorable en cuanto a las subvenciones y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social. Del mismo modo, la expresión «enclave laboral» se utiliza indistintamente para identificar el contrato (la contrata de obras o servicios), el desplazamiento de trabajadores y la propia situación o centro de trabajo ubicado, cual isla, dentro del centro de trabajo principal pero fuera del centro especial de empleo (entendido como centro de trabajo especial y no como empleador).

En fin, el centro especial de empleo, mediante la celebración de un enclave, desplaza a sus trabajadores a un centro de trabajo en el que se desarrollan relaciones laborales ordinarias y ese desplazamiento no supone cambio alguno en la relación laboral de carácter especial.

Sin perjuicio las objeciones apuntadas, su entidad no resulta suficiente para afirmar que el reglamento es ilegal por contravenir lo dispuesto en una norma de superior rango (art. 43 ET). El texto final de la norma reglamentaria (y especialmente los preceptos reseñados) permite un «digno» aunque «forzado» encaje en la subcontratación regulada en el artículo 42 ET apartándose de la cesión ilegal de trabajadores prohibida por el artículo 43 ET .

Nuestra posición final está condicionada por las muy especiales características del centro especial de empleo, de los trabajadores minusválidos contratados y de la relación laboral que mantienen [18].

En el centro especial de empleo confluyen un objetivo principal común al resto de las empresas, la producción de bienes y servicios (art. 42 LISMI y 1 y 2 RD 2273/1985) que incorporará al mercado con otros fines sociales que ocupan un primer plano por constituir la esencia y justificar la propia existencia del centro especial de empleo.

El centro especial de empleo tiene como finalidad «la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos», junto a asegurar y empleo remunerado y , a la vez, que sea un medio de integración del mayor numero de minusválidos al régimen de trabajo normal (art. 42 LISMI y 1 RD 2273/1985). Estos objetivos no

[18] Argumenta profusamente sobre las razones que justifican el carácter especial de la relación laboral conectada con la especialidad de los sujetos contratantes E. G ARRIDO PÉREZ: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 21 y ss.

son propios de una actividad empresarial ordinaria y se acercan más a las tareas de asistencia social. Destaca este punto de vista el compromiso de prestar servicios de ajuste personal y social a los minusválidos del centro que los necesiten lo que obligará a la contratación minusválido o no especializado en estas tareas. La prestación de estos servicios difícilmente encaja por su naturaleza en una relación laboral ordinaria [19].

Esta finalidad social de los centros especiales de empleo concuerda perfectamente con las especiales características de los trabajadores minusválidos que emplean su capacidad laboral residual para desempeñar una actividad adaptada a sus características. Debe producirse una perfecta correlación entre capacidades y actividades desarrolladas que habrán de valorar los equipos multiprofesionales.

Estos equipos multiprofesionales intervienen de un modo significativo en la relación laboral de carácter especial limitando las facultades inherentes al poder de dirección del empresario [20]. Las normas les reservan una función incluso anterior en el tiempo a la formalización de la relación laboral de carácter especial porque deben determinar , mediante resolución motivada, las posibilidades de integración real y capacidad de trabajo [21]. Con posterioridad colaboran en la selección de los trabajadores con el servicio público de empleo[22], comprueban mediante revisiones periódicas la adecuación del trabajo a las características personales y profesionales del trabajador minusválido, deciden sobre la necesidad de que el trabajador minusválido pase por un «periodo de adaptación» (segundo párrafo del artículo 10.2. RD 1368/1985) y , en su caso, emiten informe en los supuestos de movilidad funcional o geográfica (art. 14.2 RD 1368/1985), constatan la ineptitud para el puesto de trabajo o la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo (art. 16.2 apartados a) y b) RD 1368/1985).

Estas circunstancias dificultan la permeabilidad entre la relación común y la relación laboral especial aunque no la impiden absolutamente.

Efectos de su consideración como contrata

La consideración del enclave laboral como contrata, repetidamente «confesada» por el Real Decreto 290/2004, determina la aplicación del sis-

---

[19] Parecidas reflexiones pueden encontrarse en E. G ARRIDO PÉREZ: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 40.

[20] La intervención de los equipos multiprofesionales está prevista en todos y cada uno de los momentos en que se ejercitan algunos de los poderes o facultades de dirección u organización de la empresa que afecte al trabajador minusválido. En atención a sus especial vulnerabilidad, los equipos multiprofesionales se convierten en guardianes de la capacidad laboral de los discapacitados. Vid. E. G ARRIDO PÉREZ: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs.132-133)

[21] Artículos 10 y 41.3 LISMI, artículo 8 RD 2273/1985 y artículo 4.1. RD 1368/1985.

[22] 6.2. RD 1368/1985.

tema de garantías previsto en el artículo 42 Estatuto de los Trabajadores y de las obligaciones de coordinación de las actividades empresariales establecidas por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y su reciente normativa de desarrollo en este ámbito [23].

Si el enclave laboral no cumple alguna de las previsiones que lo configuran como contrata[24], relacionadas con los requisitos jurisprudenciales que delimitan las instituciones implicadas, habrá de aplicarse el régimen jurídico previsto para la cesión ilegal de los trabajadores (art. 43 ET).

La aplicación del sistema de garantías que ampara al trabajador cedido temporalmente podría ocasionar algunos desajustes en el supuesto ante el que nos encontramos. La cesión de trabajadores comporta la asunción por el cesionario de obligaciones relacionadas con las relaciones laborales de los trabajadores ilegalmente cedidos que no le corresponderían si la institución utilizada para la interposición se hubiera ajustado a derecho: responde solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social y «los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria».

[23] *Vid*. el apartado del trabajo *Las relaciones laborales en el enclave laboral*.

[24] Un ejemplo claro sería el ejercicio por parte de la empresa colaboradora de las facultades integradas en el poder de dirección.

Comunicación a la Ponencia Temática II

EL PAPEL DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO EN LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

VANESSA CORDERO GORDILLO
Becaria de Investigación V Segles de la Universitat de València
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.—III. MEDIDAS DE PROMOCIÓN DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.–1. Ayudas y subvenciones. 2. Configuración como medida alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva. 3. Reserva de contratos públicos a Centros Especiales de Empleo.—IV . CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad representan uno de los colectivos que se encuentran con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo. Esta circunstancia adquiere una mayor relevancia si tenemos en cuenta que el trabajo se presenta como uno de los instrumentos más importantes para conseguir su integración social.

La problemática de la integración sociolaboral de las personas con discapacidad suscita interés y preocupación, tanto a nivel internacional y comunitario, como a nivel nacional. En el ámbito internacional, or ganismos como la ONU, la OIT y el Consejo de Europa dirigen su atención hacia las personas con discapacidad, lo que se traduce en la adopción de diversos instrumentos [1]. E, igualmente, la integración sociolaboral de las personas con discapacidad también ocupa un lugar importante dentro de la política social comunitaria [2].

---

[1] En el ámbito de la ONU cabe destacar el Programa de Acción Mundial para los Impedidos (Resolución 37/52 de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1982), las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Resolución 48/96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1993), o la reciente Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (Resolución 61/106 de la Asamblea General de 13 de diciembre de 2006), que dedica su artículo 27 al derecho al trabajo de las personas con discapacidad. Esta Convención ha sido ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y ha entrado en vigor el 3 de mayo de 2008.

Específicamente en materia de integración laboral, la OIT ha adoptado un instrumento vinculante, el Convenio núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas de 1983 (Ratificado por España por Instrumento de 17 de julio de 1990 [BOE 23 noviembre 1990]), y dos Recomendaciones, la Recomendación núm. 99, de 1955, y la Recomendación núm. 168, de 1983.

Y respecto al Consejo de Europa, destaca el artículo 15 de la Carta Social Europea, la Recomendación R (92) 6 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 9 de abril de 1992, sobre una política coherente para las personas con discapacidad, y la Recomendación Rec (2006) 5 del Comité de Ministros, de 5 de abril de 2006, sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015.

[2] A modo de ejemplo, puede citarse la Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1986 sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad (DO L 225 de 12 de agosto de

En las disposiciones adoptadas a nivel internacional y comunitario, la inserción en el mercado de trabajo ordinario aparece como el objetivo primordial, disponiendo para ello todos los mecanismos que resulten necesarios, tales como medidas de acción positiva. Sin embargo, junto a ello, de manera subsidiaria, se contempla el empleo protegido para aquellas personas que, por razón de su discapacidad, no puedan, temporal o definitivamente, hacer frente a las exigencias que comporta un puesto de trabajo en una empresa ordinaria.

Respecto al ordenamiento jurídico interno, el artículo 49 CE encomienda a los poderes públicos la realización de «una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Este precepto, en conexión con los artículos 9.2 (igualdad sustancial), 14 (igualdad y no discriminación), 35.1 (derecho al trabajo) y 40.1 (política orientada al pleno empleo), constituyen las bases de la política de empleo a favor de las personas con discapacidad.

Partiendo de estos preceptos constitucionales, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI), diseña el sistema de integración laboral de las personas con discapacidad [3], articulando una doble vía de integración, en el mercado de trabajo ordinario y en el mercado de trabajo protegido.

En efecto, el objetivo prioritario de la política de empleo a favor de las personas con discapacidad, es la integración en el sistema ordinario de trabajo (art. 37.1). Sin embargo, existen personas que, a causa de su discapacidad, no pueden, temporal o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales. Para ellas, se prevé una fórmula especial de trabajo protegido, subsidiaria de la inserción en el sistema ordinario, que se concreta en la prestación de servicios en una clase particular de empresa, los Centros Especiales de Empleo, a través de una relación laboral de carácter especial (art. 41.1).

1986), la Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía (COM (96) 406 final), la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303 de 2 de diciembre de 2000) o la Resolución de 15 de julio de 2003 relativa a la promoción del empleo y la integración social de las personas con discapacidad (DO C 175 de 24 de julio de 2003). Asimismo, la integración laboral de las personas con discapacidad es objeto de atención específica en el marco de la Estrategia Europea de Empleo desde las primeras Directrices para el empleo

[3] No obstante, debe tenerse en cuenta que la LISMI es un Ley integral, pues no se ocupa únicamente de la inserción laboral sino también de otros ámbitos como la educación o los servicios sociales.

El objetivo de la presente comunicación es realizar una aproximación al papel de esta fórmula de integración especial, instrumentada a través de los Centros Especiales de Empleo, en la inserción laboral de las personas con discapacidad, prestando especial atención a los diferentes mecanismos existentes en nuestro ordenamiento jurídico para su promoción.

II. LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Las previsiones contenidas en la LISMI sobre los Centros Especiales de Empleo son desarrolladas por el RD 2273/1985, de 4 de diciembre, que regula los Centros Especiales de Empleo, y el RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo.

El artículo 42.1 de la LISMI define los Centros Especiales de Empleo como «aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos, a la vez que sea un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal». Definición que se recoge, en términos idénticos, en el artículo 1 del RD 2273/1985.

De esta manera, estos Centros tienen una doble naturaleza: empresarial y asistencial [4]. Por un lado, se configuran como auténticas empresas por cuanto realizan un trabajo productivo y participan regularmente en las operaciones de mercado. Pero, por el otro, también desempeñan una función asistencial consistente en «la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores» [5].

Con todo, la finalidad última de los Centros Especiales de Empleo es facilitar el acceso de las personas con discapacidad a un empleo ordinario, configurándose como una pasarela o puente hacia el mercado de trabajo normalizado [6]. Precisamente para potenciar este papel de tránsito se dicta el RD 290/2004, de 20 de febrero, que regula los enclaves laborales.

---

[4] En este sentido, GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 40; y ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, IBIDEM ediciones, 1999, p. 201.

[5] Los servicios de ajuste personal y social son «los de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos que procuren al trabajador minusválido del Centro Especial de Empleo, una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación en su relación social» (arts. 42.2 párr. 2.º LISMI y 3 RD 2273/1985).

[6] GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos…, op. cit.* p. 40

La plantilla de los Centros Especiales de Empleo debe estar constituida por el mayor número posible de trabajadores con discapacidad, debiendo representar, como mínimo, el 70 por 100 de la misma, sin contar el personal dedicado a la prestación de los servicios de ajuste personal y social (art. 42.2 LISMI). Este precepto fue modificado por la Disp. Adic. 39.2 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que eliminó la exigencia de que toda la plantilla del Centro estuviera constituida por trabajadores con discapacidad.

Para ser empleados en un Centro Especial de Empleo, los trabajadores deben tener reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 [7] y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje, que se valorará poniéndola en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar cualificación profesional (art. 2.1 RD 1368/1985) [8].

Por otra parte, los Centros Especiales de Empleo pueden ser promovidos por las Administraciones Públicas, directamente o mediante convenios de colaboración con otros organismos, por Entidades, o por personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes (art. 6 RD 2273/1985). Asimismo pueden carecer o no de ánimo de lucro (art. 5 RD 2273/1985). Pero, sin perjuicio de su función social y de sus peculiares características, su estructura, organización y gestión se ajustarán a los de cualquier empresa ordinaria (arts. 2 y 9 RD 2273/1985).

Su puesta en funcionamiento requiere la previa calificación e inscripción en el Registro de Centros Especiales de Empleo de la Administración autonómica correspondiente [9]. La calificación e inscripción se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos, en concreto, la acreditación de la personalidad del titular, la justificación, mediante el oportuno estudio económico, de las posibilidades de viabilidad y subsistencia del Centro, tener una plantilla constituida por, al menos, un 70 por 100 de trabajadores con discapacidad, y contar con el personal técnico y de apoyo con la titulación profesional adecuada que la actividad del Centro precise (art. 7 RD 2273/1985).

---

[7] El grado de minusvalía se determinará mediante la aplicación de los baremos previstos en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

[8] Sin embargo, como señalan Esteban Legarreta, R. y Martínez Abascal, V. A.: «La relación laboral especial de los minusválidos», *Tribuna Social*, núm. 91, 1998, p. 44, la práctica parece indicar que la influencia de las deficiencias en la capacidad de trabajo no es tenida en cuenta.

[9] Teniendo esta inscripción, por tanto, carácter constitutivo. Alonso García, B.: *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 344.

Entre los trabajadores con discapacidad y el Centro Especial de Empleo existirá una relación laboral de carácter especial, cuyo régimen jurídico se encuentra regulado en el RD 1368/1985, de 17 de julio, que ha sido modificado por el RD 427/1999, de 12 de marzo [10].

III. MEDIDAS DE PROMOCIÓN DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

La figura de los Centros Especiales de Empleo está siendo reforzada en los últimos años de diferentes maneras. En este sentido, cabe destacar las importantes ayudas y subvenciones públicas que pueden recibir, su configuración como medida alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva exigible a las empresas ordinarias, y la posibilidad de reservar la adjudicación de contratos públicos a los Centros Especiales de Empleo.

1. Ayudas y subvenciones

Entre las fuentes de financiación de los Centros Especiales de Empleo ocupan un lugar destacado las ayudas y subvenciones públicas. Así, el RD 2273/1985 contempla, entre los medios de financiación de estos Centros, las ayudas públicas para la creación de Centros Especiales de Empleo y para el mantenimiento de los mismos (art. 10.d) y e)). Asimismo, tanto el artículo 43 de la LISMI como el artículo 1 1 del RD 2273/1985, prevén la posibilidad de que las Administraciones Públicas establezcan compensaciones económicas para ayudar a la viabilidad de los Centros Especiales de Empleo que reúnan las condiciones de utilidad pública y de imprescindibilidad y carezcan de ánimo de lucro.

---

[10] Sobre la relación laboral especial, vid. ALONSO GARCÍA, B.: *El régimen jurídico de la protección social…, op. cit*. pp. 348-357; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La regulación especial del trabajo de los minusválidos (II)», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1987, pp. 230-241; CAMPS RUIZ, L. M.: «La relación laboral especial de los trabajadores minusválidos con los centros especiales de empleo» en BORRAJO DACRUZ, E.: *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo II, Vol. 1, Madrid, Edersa, 1987, pp. 283-300; ESTEBAN LEGARRETA, R. y MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «La relación laboral especial…», *op. cit*. pp. 41-55; GALA DURÁN, C.: «La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo», *Temas Laborales*, núm. 55/2000, pp. 73-105; GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos…, op. cit.;* NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 2000, pp. 225-235; SÁNCHEZ-CERVERA SENDRA, J. M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M.: *Los trabajadores discapacitados: contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones sociales, fiscalidad*, Valencia, CissPraxis, 2000, pp. 135-159; TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000, pp. 144-181.

Las bases reguladoras para la concesión de ayudas y subvenciones públicas a Centros Especiales de Empleo se encuentran en la Orden de 16 de octubre de 1998 que prevé dos tipos de ayudas [11]:

A) Ayudas para proyectos generadores de empleo dirigidas a la creación de nuevos Centros Especiales de Empleo o a la ampliación de la plantilla de los ya existentes (art. 2.1). En este apartado, las acciones subvencionables pueden ser la asistencia técnica [12], la inversión fija en proyectos de interés social y la subvención parcial de los intereses de préstamos obtenidos de entidades de crédito, públicas o privadas, que tengan suscrito un convenio con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (art. 4.A) apartados 1, 2 y 3).

La cuantía de las subvenciones se hace depender del porcentaje de trabajadores con discapacidad del Centro. Así, si el número de trabajadores con discapacidad supera el 90 por 100 de la plantilla, la subvención será de 12.020,24 euros por puesto de trabajo creado con carácter estable, mientras que, si el porcentaje de trabajadores con discapacidad está comprendido entre el 70 y el 90 por 100 de la plantilla, la cuantía de la subvención será de 9.015,18 euros, también por cada puesto de trabajo de carácter estable (art. 4.A).4).

B) Ayudas para el mantenimiento de puestos de trabajo, las cuales comprenden subvenciones del coste salarial correspondiente al puesto de trabajo ocupado por el trabajador con discapacidad, por importe del 50 por 100 del SMI, que se reducirá proporcionalmente en caso de contrato a tiempo parcial (art. 4.B).2); subvención de hasta 1.803,04 euros por puesto de trabajo para la adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas (art. 4.B).3); subvención para equilibrar y sanear financieramente los Centros, con la finalidad de garantizar su viabilidad y estabilidad (art. 4.B).4); subvención para equilibrar el presupuesto de los Centros que carezcan de ánimo de lucro y sean declarados de utilidad pública e imprescindibilidad [13], siempre y cuando no se destine a cubrir resultados adversos derivados de una gestión deficiente, a juicio de la Administración (art. 4.B).5).

---

[11] Debe tenerse en cuenta que la cuantía de estas ayudas no se ha actualizado desde la entrada en vigor de la Orden de 16 de octubre de 1998.

[12] Las modalidades de asistencia técnica podrán consistir en estudios de viabilidad, organización, comercialización, diagnosis y otros de naturaleza análoga, auditorías e informes económicos, o asesoramiento en las diversas áreas de gestión empresarial (art. 4.A).1.b)).

[13] A estos efectos, se entenderá que un Centro Especial de Empleo es de utilidad pública cuando se consagre en objetivo y finalidad, exclusivamente, a la integración laboral y social de las personas con discapacidad; mientras que la imprescindibilidad será entendida en el sentido de que el Centro es estrictamente necesario para regular el empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social (art. 1 1 RD 2273/1985). Dicha declaración será efectuada mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (art. 5.B).2.e) Orden de 16 de octubre de 1998).

Por otra parte, la Orden preveía también la bonificación del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta. Esta previsión fue derogada por la Disp. Derogatoria única 2.b) del RD-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y el empleo, sustituyendo la bonificación del 100 por 100 por una cuantía fija de bonificación[14].

Sin embargo, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo, vuelve a establecer la bonificación por porcentaje cuando se trata de Centros Especiales de Empleo [15]. De esta manera, se mantiene la bonificación del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta, precisando que dicha bonificación resultará aplicable tanto en caso de contratación indefinida como en caso de contratación temporal, así como en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos de fomento del empleo de personas con discapacidad o de los contratos formativos (art. artículo 2.3 Ley 43/2006)[16].

Además, estas bonificaciones se aplicarán con carácter retroactivo a los contratos celebrados entre el 1 de julio de 2006 y la fecha de entrada en vigor de la Ley 43/2006, procediendo la Tesorería General de la Seguridad Social a devolver de oficio las diferencias en las cuotas correspondientes a los periodos ya ingresados (Disp. Transitoria primera apartado 4 Ley 43/2006) [17].

---

[14] En concreto, en caso de contratación indefinida o transformación en indefinidos de contratos para el fomento del empleo o contratos formativos, se preveía una bonificación de 250 euros/mes (3.000 euros/ año), durante toda la vigencia del contrato (art. 2.2 párr . 1.º). Y si el contrato era temporal, incluidos los formativos, la bonificación ascendía a 183,33 euros/mes (2.200 euros/año), durante toda la vigencia del contrato (art. 2.2 párr . 3.º)

[15] Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 43/2006, la modificación introducida por el RD-Ley 5/2006 respecto a las bonificaciones, se consideró que era de carácter regresivo respecto a la situación anterior puesto que suponía una disminución relevante en el nivel de ayudas (BOCG de 20 de octubre de 2006, Serie A Núm. 91-5).

[16] Por el contrario, la Orden de 16 de octubre de 1998 no precisaba si la bonificación era aplicable a todo tipo de contratación, lo que motivaba que en algunas Comunidades Autónomas únicamente se bonificara el empleo de carácter estable. En este sentido, CARDONA RUBERT, M.ª B., LÓPEZ MORA, F. y SARAGOSSÀ SARAGOSSÀ, J. V.: «Las medidas de integración laboral de las personas con discapacidad en las Comunidades Autónomas» en ROMERO RODENAS, M.ª J. (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2003, p. 286.

[17] La Ley 43/2006 también contiene dos previsiones que pueden afectar al sistema de subvenciones y bonificaciones reconocidos a los Centros Especiales de Empleo. Por un lado, la Disp. Adicional duodécima prevé la aprobación, en el plazo de seis meses, de una Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2007-2008, que consistirá en un conjunto de iniciativas y medidas normativas, programáticas y presupuestarias, dirigidas a promover el acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, mejorando su empleabilidad y su integración laboral. Por otro lado, la Disp. Final

Junto con las subvenciones y bonificaciones previstas en el Orden de 16 de octubre de 1998 y en la Ley 43/2006, el RD 469/2006, de 21 de abril, establece otro tipo de subvenciones también destinadas a los Centros Especiales de Empleo. Este RD crea las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo, las cuales se configuran como equipos multiprofesionales destinados a ayudar, a los trabajadores con discapacidad empleados en Centros Especiales de Empleo, a superar las barreras, obstáculos o dificultades que tienen en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo (art. 1.2) [18].

Para financiar los costes salariales y de Seguridad Social derivados de la contratación indefinida de los trabajadores de las unidades de apoyo, se establecen subvenciones cuya cuantía asciende a los 1.200 euros anuales por cada trabajador con discapacidad [19] contratado por tiempo indefinido o mediante contrato temporal de duración igual o superior a seis meses, reduciéndose proporcionalmente la subvención si el contrato temporal es de duración inferior a seis meses o en caso de que el contrato sea a tiempo parcial (art. 4.2). Asimismo, la subvención se concederá por un periodo máximo de un año (art. 4.3).

Por último, debe tenerse en cuenta que la gestión y el control de las ayudas a las que se hecho referencia con anterioridad, corresponde a las CCAA que hayan asumido el traspaso de la gestión realizada por el Ser-

---

cuarta hace referencia a que el Gobierno, junto con las or ganizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como con las or ganizaciones del sector de la discapacidad, llevarán a cabo una evaluación del funcionamiento de las medidas que configuran el conjunto de las políticas de empleo de las personas con discapacidad, a fin de determinar las políticas activas de empleo a aplicar en el futuro.

[18] Las funciones que la norma asigna a estas unidades de apoyo son (art. 2): a) Detectar y determinar, previa valoración de capacidades de la persona y análisis del puesto de trabajo, las necesidades de apoyo para que el trabajador con discapacidad pueda desarrollar su actividad profesional; b) Establecer las relaciones precisas con el entorno familiar y social de los trabajadores con discapacidad, para que éste sea un instrumento de apoyo y estímulo al trabajador en la incorporación a un puesto de trabajo y la estabilidad en el mismo; c) Desarrollar cuantos programas de formación sean necesarios para la adaptación del trabajador al puesto de trabajo así como a las nuevas tecnologías y procesos productivos; d) Establecer apoyos individualizados para cada trabajador en el puesto de trabajo; e) Favorecer y potenciar la autonomía e independencia de los trabajadores con discapacidad, principalmente, en su puesto de trabajo; f) Favorecer la integración de nuevos trabajadores al Centro Especial de Empleo mediante el establecimiento de los apoyos adecuados a tal fin; g) Asistir al trabajador del Centro Especial de Empleo en el proceso de incorporación a Enclaves Laborales y al mercado ordinario de trabajo; h) Detectar e intervenir en los posibles procesos de deterioro evolutivo de los trabajadores con discapacidad a fin de evitar y atenuar sus efectos.

[19] Estos trabajadores deben ser personas con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual que tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, o personas con discapacidad física o sensorial que tengan reconocido un grado igual o superior al 65 por 100 (art. 3).

vicio Público de Empleo Estatal en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, así como de los programas de apoyo al empleo, las cuales adaptarán la normativa estatal a sus peculiaridades or ganizativas. Pero, además, las CCAA también han previsto otro tipo de ayudas o incentivos, complementarios a los contemplados en la normativa estatal, en los programas autonómicos de empleo.

Entre las ayudas y subvenciones que se establecen en la normativa autonómica, cabe destacar la concesión de subvenciones a los Centros Especiales de Empleo por cada trabajador con discapacidad que sea contratado por una empresa ordinaria[20], con la finalidad de fomentar el cumplimiento de su finalidad última, la integración de sus trabajadores en el mercado ordinario de trabajo[21].

2. Configuración como medida alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva

Una de las principales medidas para la integración de las personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, es la obligación de reservar, al menos, un 2 por 100 de los puestos de trabajo, para ser cu-

---

[20] Así, en la Comunidad Valenciana, la Orden de 27 de diciembre de 2007 (DOGV de 31 de enero de 2008) contempla subvenciones de 3.000 euros por cada trabajador con discapacidad que, tras finalizar un proceso de previo de inserción, sea contratado por una empresa ordinaria, por tiempo indefinido y a jornada completa, reduciéndose la cuantía proporcionalmente si el contrato es a tiempo parcial (art. 33). En La Rioja, la Orden de 26 de abril de 2004 (BOLR de 1 de mayo de 2004) prevé subvenciones de hasta 3.005,06 euros por trabajador, en concepto de diagnóstico del puesto de trabajo, reajuste profesional, gastos de formación y preparación de otro trabajador con discapacidad que deberá ocupar el puesto vacante, siempre que se justifique la necesidad de formar a otro trabajador para desempeñar la labor que venía realizando éste (art. 28), siendo necesario que la nueva contratación se efectúe por un período mínimo de tres años si el trabajador partía de un contrato temporal, o por tiempo indefinido si el trabajador tenía un contrato de esta naturaleza en el Centro (art. 26). En Aragón, el Decreto 47/2004 de 9 de marzo de 2004 (BOA de 22 de marzo de 2004) también prevé la concesión de una subvención de de 2.500 euros por cada trabajador con discapacidad sujeto de una relación laboral de carácter especial que cause baja como consecuencia de su inserción en una empresa ordinaria, exigiéndose que el trabajador hubiera permanecido al menos seis meses en el Centro Especial de Empleo, y que el contrato con la nueva empresa tenga una duración mínima de seis meses (art. 18) (para 2008, estas subvenciones han sido convocadas por la Orden de 18 de marzo de 2008 (BOA de 2 de abril de 2008)). En Andalucía, la Orden de 4 de octubre de 2002 (BOJA de 12 de noviembre de 2002) prevé la concesión de ayudas que ascienden 3.006 euros por cada trabajador que formalice contrato de trabajo de carácter estable en empresa ordinaria, siempre que el trabajador llevara en la plantilla al menos tres años (art. 13).

[21] La incentivación a los Centros Especiales de Empleo que favorezcan el tránsito de sus trabajadores hacia las empresas ordinarias fue propuesta por el CES, *Informe 5/95 sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1995, p. 72. En contra se manifiesta E steban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit. p. 208, quien considera que sería mejor incentivar a las empresas ordinarias y no a los Centros Especiales de Empleo.

biertos por personas con discapacidad, en aquellas empresas, públicas o privadas, que empleen a 50 o más trabajadores (arts. 38.1 LISMI y 4 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos).

Sin embargo, la escasa efectividad de esta medida, dado su reducido grado de cumplimiento[22], lleva a establecer la posibilidad de que las empresas obligadas puedan eximirse del cumplimiento de la reserva siempre que concurran determinadas circunstancias excepcionales y se apliquen medidas alternativas a determinar reglamentariamente (art. 38.1 LISMI en la redacción dada por Disp. Adicional trigésimo novena de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y por la Disp. Adicional undécima de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre)[23]. Este cumplimiento alternativo de la cuota fue desarrollado inicialmente por el RD 27/2000, de 14 de enero, pero ha sido desarrollado de nuevo por el RD 364/2005, de 8 de abril, que deroga el anterior, excepto la Disp. Adicional segunda, con la finalidad de corregir las dificultades y disfunciones detectadas en la aplicación de las medidas alternativas, agilizando y simplificando los procedimientos [24].

Lo que importa destacar aquí es el papel que desempeñan los Centros Especiales de Empleo en el cumplimiento alternativo de la cuota de reserva por parte de las empresas obligadas. En efecto, dichos Centros

---

[22] Rodríguez-Piñero Royo, M. C.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2000, p. 51. Por su parte, Núñez González, C.: *La integración laboral…*, op. cit. pp. 257-258, apunta dos razones de la ineficacia de esta medida: la insuficiente concienciación social y el escaso celo de los poderes públicos en la exigencia de su aplicación.

[23] No obstante, como señaló el Consejo de Estado en su dictamen de fecha 21 de octubre de 1999, sobre el Proyecto de RD por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 a favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores (Expediente 3152/1999), a pesar de la dicción literal del precepto, no se trata de una exención de la obligación de reserva, sino de un cumplimiento alternativo o sustitutorio.

[24] Las empresas podrán quedar exentas de la obligación de reserva, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y , en su defecto, de ámbito inferior, o bien, en ausencia de tales acuerdos, por opción voluntaria del empresario, siempre que concurra la nota de excepcionalidad en los términos del artículo 1.2 del RD 364/2005, que se refiere a dos supuestos:

a) Imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de la empresa y concluirla con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta.

b) Cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa.

En todo caso, las empresas deberán solicitar la declaración de excepcionalidad al servicio público de empleo correspondiente con carácter previo a la aplicación de las medidas alternativas (art. 1.3).

aparecen implicados directamente en tres de las cuatro medidas alternativas contempladas en el artículo 2.1 del RD 364/2005:

— Celebración de un contrato mercantil o civil con un Centro Especial de Empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida.

— Celebración de un contrato mercantil o civil con un Centro Especial de Empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

— Constitución de un enclave laboral, de conformidad con lo previsto en el RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. El enclave laboral se define como «el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora» (art. 1.2 RD 290/2004). De esta manera, se configura como una contrata de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, en los términos del artículo 42 ET.

En los tres supuestos, el importe anual de los contratos civiles o mercantiles, o de los contratos para la constitución del enclave, deberá ser , al menos, tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100 (art. 2.2 RD 364/2005) [25].

Asimismo, la cuarta medida alternativa prevista también puede beneficiar indirectamente a los Centros Especiales de Empleo. Esta medida consiste en la realización de donaciones y acciones de patrocinio, de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad. La entidad beneficiaria debe ser una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción labo-

[25] Tal y como señala R odríguez-Piñero Royo, M. C.: «Centros Especiales de Empleo…», *op. cit.* p. 60, con ello se pretende evitar un uso extensivo o fraudulento de las medidas alternativas y asegurar que los empleos que se realicen a través de esta contratación tengan una cierta importancia.

ral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y , finalmente, su integración en el mercado de trabajo.

Si se observa, la redacción de la norma no impide que las donaciones o acciones de patrocinio se destinen a Centros Especiales de Empleo, pues no precisa si la creación de empleos y las actividades de inserción han de dirigirse a la integración en el mercado ordinario o también en el protegido.

Con esta configuración de las medidas alternativas se corre el riesgo de reforzar el empleo protegido en detrimento del empleo ordinario[26]. Precisamente por esta razón, el RD 364/2005 impone una serie de obligaciones a los Centros Especiales de Empleo, los cuales deberán destinar los recursos necesarios para desarrollar acciones que promuevan el tránsito de sus trabajadores hacia el mercado de trabajo no protegido, tales como la formación permanente de los trabajadores con discapacidad o la adaptación de éstos a las nuevas tecnologías (art. 4.1), debiendo presentar anualmente al servicio público de empleo correspondiente, una memoria sobre la tipología de las acciones realizadas y los recursos financieros aplicados a dichas acciones (art. 4.3) [27].

3. Reserva de contratos públicos a Centros Especiales de Empleo

La utilización de la contratación pública como instrumento para fomentar el empleo de las personas con discapacidad no es una novedad en nuestro Derecho. Así, el artículo 20.d) del RD-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establecía una prohibición para contratar con la Administración a las personas que hubieran sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral de personas con discapacidad. Y la Disp. Adicional octava preveía la preferencia en la adjudicación de los contratos para las empresas que tuvieran en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad no inferior al 2

[26] Como advierten, Esteban Legarreta, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas», en R omero Ródenas, M.ª J. (Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2003, p. 90; Gala Durán, C.: «La relación laboral de carácter especial…», op. cit. p. 103; y L ahera Forteza, J.: «Acceso al Mercado Laboral y contratación de discapacitados» en Valdés Dal-Ré, F. (Dir.) y Lahera Forteza, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2005, p. 137.

[27] No obstante, como señala E steban Legarreta, R.: «Relación laboral ordinaria…», *op. cit.* p. 91, se trata de una obligación de medios, no de resultado. Por ello, el autor entiende que debería haberse establecido alguna obligación de resultado, como una obligación de tránsito de un determinado porcentaje de trabajadores, o un mayor control de las actitudes de los Centros Especiales de Empleo.

por 100, siempre que sus proposiciones igualasen a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvieran de base para la adjudicación.

Sin embargo, la aprobación de las Directivas 2004/18/CE [28] y 2004/17/CE[29], en materia de contratación pública, ha abierto nuevas posibilidades en este ámbito, contemplando previsiones destinadas a favorecer el empleo protegido[30]. En concreto, los artículos 19 y 28 de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, respectivamente, establecen la posibilidad de que los Estados reserven la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a talleres protegidos, o prevean su ejecución en el contexto de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus discapacidades, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales [31].

Estas Directivas han sido objeto de transposición al ordenamiento interno mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre, sobre Contratos del Sector Público y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la ener gía, los transportes y los servicios postales, cuya finalidad es la adaptación de la legislación española a la normativa comunitaria.

De esta manera, de conformidad con lo dispuesto en las Directivas, en ambas normas se prevé la posibilidad de reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a favor de los Centros Especiales de Empleo o de reservar su ejecución en el contexto de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus discapacidades, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales (Disp. adicional séptima de Ley sobre Contratos del Sector Público, y artículo 89 de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la ener gía, los transportes y los servicios postales).

---

[28] Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134 de 30 de abril de 2004).

[29] Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134 de 30 de abril de 2004).

[30] En CES, *Informe 5/95 sobre la situación*…, op. cit. p. 73, el CES ya propuso potenciar la contratación, por parte de las Administraciones Públicas, de suministros y servicios con Centros Especiales de Empleo.

[31] Este trato preferente se justifica en su contribución a la inserción o reinserción de las personas con discapacidad en el mercado laboral y en las dificultades con las que tales talleres protegidos pueden encontrarse para obtener contratos en condiciones normales de competencia (Considerando 39 de la Directiva 2004/17/CE y Considerando 28 de la Directiva 2004/18/CE).

No obstante, en algunas normas autonómicas ya se prevé la reserva de contratos públicos a favor de Centros Especiales de Empleo. En concreto, en la Comunidad Valenciana, el Decreto 279/2004, de 17 de diciembre, que regula medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad [32], contempla la reserva de determinados contratos a Centros Especiales de Empleo o centros que desarrollen programas de inserción laboral de personas con discapacidad, y a entidades sin ánimo de lucro que tengan por objeto la integración de personas con discapacidad (art. 4.1) [33].

Por otro lado, en Navarra, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos[34], permite la reserva de contratos a talleres protegidos, a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido, así como a empresas que tengan por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social, añadiendo que el importe de los contratos reservados no podrá superar el 20 por 100 del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (art. 9).

Y, en Andalucía, la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas[35], prevé la reserva de un porcentaje de la adjudicación de contratos de suministros, consultoría y asistencia y de servicios a centros especiales de empleo y a entidades sin ánimo de lucro (art. 116.1). El porcentaje de reserva será como mínimo del 10 por 100 y como máximo del 20 por 100 del importe total de los contratos de suministros, consultoría y asistencia y de servicios adjudicados en el ejercicio anterior (art. 116.2).

Así pues, nos encontramos ante una vía de fomento de la actividad de los Centros Especiales de Empleo, que viene a añadirse a las ayudas y subvenciones y a las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva.

---

[32] DOGV de 21 de diciembre de 2004.

[33] Los objetos contractuales susceptibles de reserva son las obras de conservación y los servicios de mantenimiento y conservación de bienes inmuebles, los servicios de mensajería, correspondencia y distribución, de artes gráficas, de limpieza y lavandería, de restauración, de recogida y transporte de residuos, así como los servicios y los suministros auxiliares para el funcionamiento de la administración. Si bien, podrá ampliarse la reserva a otros objetos contractuales, por acuerdo del Consell de la Generalitat (art. 4.2). Asimismo, los contratos reservados son exclusivamente los que se adjudican como contrato menor o por procedimiento negociado en razón de la cuantía económica, de acuerdo con los límites establecidos por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (art. 4.3).

[34] BON de 16 de junio de 2006.

[35] BOJA de 31 de diciembre de 2003.

IV. CONCLUSIONES

Los Centros Especiales de Empleo constituyen un importante instrumento de integración laboral para las personas con discapacidad, si bien en un mercado de trabajo protegido, proporcionándoles un empleo productivo y remunerado. En los últimos años están experimentando un incremento considerable tanto en el número de centros como en el número de trabajadores en sus plantillas, y con tendencia a seguir aumentando de manera progresiva[36]. Incremento que está relacionado, sin duda, con las diferentes medidas de promoción de los Centros Especiales de Empleo a las que se ha hecho referencia en las páginas precedentes [37].

Sin embargo, los Centros Especiales de Empleo no han cumplido con su función de servir de puente hacia el mercado de trabajo ordinario[38]. Y, desde esta perspectiva, cabe plantear si las importantes medidas orientadas a su promoción están justificadas o, por el contrario, suponen una incentivación excesiva del empleo protegido en detrimento del empleo normalizado.

Es evidente que los Centros Especiales de Empleo, por sus peculiares características y por la función que cumplen, han de ser fomentados por los poderes públicos. Pero, no sólo deben concederse subvenciones y bonificaciones para la creación de empleos protegidos, sino que también resulta necesario fomentar el tránsito hacia el empleo normalizado pues, salvo los enclaves laborales, el empleo con apoyo [39] y las subvenciones previstas en algunas normas autonómicas por cada trabajador que pase del empleo protegido al ordinario, no se articulan medidas dirigidas a potenciar esta función de tránsito de los Centros Especiales de Empleo.

---

[36] Según datos obtenidos de la respuesta parlamentaria, de 23 de agosto de 2006, del Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes (BOCG de 26 de septiembre de 2006, Serie D, Núm. 436), de 809 Centros Especiales de Empleo, que ocupaban a 24.823 trabajadores, en 1999, se ha pasado a 1.183 centros, con una plantilla de 34.451 trabajadores en 2002. Por otra parte, aunque no se proporcionan datos sobre el número de centros, en el año 2004 las plantillas de los Centros Especiales de Empleo ascendían a 37.553 trabajadores.

[37] A título de ejemplo, en el año 2006, las dotaciones presupuestarias transferidas por el Estado a las CCAA para la concesión de ayudas a los Centros Especiales de Empleo, ascendieron a 194.446.421 euros (Respuesta parlamentaria, de 6 de julio de 2006, del Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes [BOCG de 26 de septiembre de 2006, Serie D, Núm. 436]).

[38] CES, *Informe 4/2003 sobre la situación de las personas con discapacidad en España*, Madrid, Comité Económico y Social, 2004, p. 207. Este informe señala dos aspectos críticos de los Centros Especiales de Empleo: la elevada tasa de temporalidad y la integración en sus plantillas de trabajadores con un grado de discapacidad medio/bajo. Ello permitiría afirmar que, en los últimos años, se han apartado de su función de puente al empleo ordinario.

[39] El RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el empleo con apoyo como medida de fomento del empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, contempla acciones destinadas a facilitar la adaptación social y laboral de personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción en el mercado ordinario de trabajo. Estas acciones se dirigen tanto a personas con discapacidad desempleadas como a aquéllas que estén contratadas por Centros Especiales de Empleo y pasen a una empresa ordinaria.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en el ámbito de los Centros Especiales de Empleo coexisten realidades muy diversas, desde Centros que funcionan como auténticas empresas ordinarias, con menor dependencia de las ayudas públicas, hasta otros en los que predomina el componente asistencial y que dependen de estas ayudas para su subsistencia. Y este aspecto no es tenido suficientemente en cuenta por la normativa reguladora de las ayudas a los Centros Especiales de Empleo.

Así, respecto a la concesión de subvenciones, su cuantía debería modularse atendiendo a diferentes variables tales como el cumplimiento de su función de integración de los trabajadores en empresas ordinarias o los resultados económicos del Centro. De la misma manera, debería tenerse en cuenta el grado de discapacidad de los trabajadores empleados, como ya se ha hecho en el RD 469/2006 [40].

También en materia de contratación pública, podría otor garse preferencia a aquellos Centros Especiales de Empleo que ocupen a trabajadores con discapacidades graves y valorando los niveles de tránsito hacia el mercado ordinario de trabajo.

Respecto al papel de los Centros Especiales de Empleo en el cumplimiento alternativo de la cuota de reserva, se requiere un seguimiento y control efectivo de las acciones que desarrollen los Centros Especiales de Empleo para promover el tránsito hacia el mercado de trabajo normalizado. De lo contrario, se producirá el efecto adverso de desviar hacia el empleo protegido el porcentaje de trabajadores con discapacidad que debería ser contratado por empresas ordinarias.

[40] CES, *Informe 4/2003 sobre la situación*, *op*. *cit*. p. 207.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LAS POLÍTICAS DE EMPLEO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA IGUALDAD EFECTIVA DE LAS MUJERES: LA LUCHA CONTRA LA SEGREGACIÓN VERTICAL DE GÉNERO

ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

I. LA SEGREGACIÓN VERTICAL DE GÉNERO EN EL EMPLEO: ESTADO DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y FACTORES QUE INFLUYEN EN EL MANTENIMIENTO DEL «TECHO DE CRISTAL».—II. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROMOVER EL ACCESO DE LAS MUJERES AL EMPLEO Y LA PROMOCIÓN PROFESIONAL EN CONDICIONES DE IGUALDAD.—III. REPLANTEAMIENTO DE LAS ESTRATEGIAS PARA LA CONSECUCIÓN DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS MUJERES EN EL TRABAJO: NOVEDADES QUE INTRODUCE LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES.

INTRODUCCIÓN

La incorporación de la mujer al trabajo ha sido, sin duda, uno de los acontecimientos fundamentales de la sociedad del pasado siglo. La tasa de actividad femenina ha aumentado ininterrumpidamente en las últimas décadas, significando un auténtico revulsivo en el crecimiento del empleo en Europa. Este fenómeno ha supuesto una transformación estructural que ha afectado no sólo a las funciones de las mujeres, sino también a la estructura y or ganización de la sociedad en su conjunto, motivando la necesidad de cambios que van más allá del ámbito laboral, repercutiendo de manera clara en los ámbitos social, familiar y personal.

Los cambios en el ámbito educativo y laboral han repercutido en el incremento de mujeres que acceden al empleo y en los índices de participación laboral y profesional, pero no han conseguido eliminar la segmentación en el empleo, a pesar de que el acceso a la formación reglada ha alcanzado unos niveles más que satisfactorios, sobre todo en los grados superiores, pues en los últimos años existen más mujeres que hombres universitarios y las tasas de idoneidad de éstas son superiores en todas las etapas de la educación. Por tanto, resulta incongruente que sigan ocupando una posición secundaria en casi todos los ámbitos.

Nos vamos a centrar básicamente en el estudio de la segregación vertical de género en el trabajo, para analizar los factores que determinan actualmente su estancamiento, la evolución de las políticas públicas y de la actuación de la negociación colectiva sobre esta materia, y en especial, las iniciativas que introduce la nueva Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

I. LA SEGREGACIÓN VERTICAL DE GÉNERO EN EL EMPLEO: ESTADO DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y FACTORES QUE INFLUYEN EN EL MANTENIMIENTO DEL «TECHO DE CRISTAL»

La segregación de género en el mercado laboral no constituye una situación exclusiva de nuestro país, sino que continúa siendo un hecho

generalizado en el conjunto de la Unión Europea: Las mujeres ocupadas siguen concentrándose en determinados sectores y actividades (segregación horizontal), y persisten las barreras en el acceso de la mujer a los puestos de mayor responsabilidad (segregación vertical).

En España, diversos estudios e investigaciones ponen de manifiesto que el colectivo femenino sigue ocupando determinadas categorías profesionales y que la proporción de mujeres que ocupan puestos en altos niveles de dirección resulta modesta en la mayoría de las or ganizaciones, lo cual sugiere un fuerte contraste entre la dinámica que sigue una sociedad industrializada y el reparto del poder económico en la esfera empresarial [1].

Por una parte, continúan existiendo actividades fuertemente feminizadas, como la educación, la sanidad, el comercio al por menor , el empleo del hogar y el cuidado de personas, así como algunas actividades de la industria, como la textil, concentrándose más de una tercera parte de las mujeres ocupadas en las tres primeras actividades mencionadas y con un claro predominio en trabajos no cualificados, ocupando puestos de dependientes de comercio, empleos de tipo administrativo, restauración y servicios personales. Así mismo, se observa una importante concentración del empleo femenino en el sector público [2]. Por el contrario el nivel de participación de la mujer en la industria sigue siendo muy bajo.

Por otra parte, a pesar de que la mujer ha alcanzado un alto nivel de participación en profesiones asociadas con titulaciones universitarias, es muy baja su representación en los puestos directivos, tanto en la Administración Pública como en la empresa privada, situación que se intensifica a medida que se asciende en la pirámide or ganizacional. Incluso en los sectores donde existe un alto nivel de participación de las mujeres, éstas se concentran fundamentalmente en puestos de carácter administrativo y de trabajo manual y el porcentaje de mujeres que acceden a los puestos directivos es muy bajo. Igualmente, cabe destacar la escasa representación de mujeres en los consejos de administración de las grandes empresas españolas [3], fenómenos ambos que son comunes en el conjunto de los países de mayor desarrollo económico.

---

[1] Informe de la OIT de 2004: En España la tasa de tituladas superiores está situada en el 55%, pero sólo el 30% ocupa puestos con mandos, y dentro de este porcentaje, sólo el 4,7% ocupa puestos de alta dirección.

[2] En España, una de cada tres mujeres ocupadas trabajan en la Administración, mientras que sólo lo hacen el 15% de los hombres. No obstante, la concentración de mujeres en el sector público en nuestro país es inferior a la media europea, que se sitúa en un 41%. La mayor concentración de mujeres en este sector se da en países con unas tasas de empleo femenino elevadas, como Suecia o Dinamarca, donde más de la mitad de las mujeres ocupadas se agrupan en el sector público.

[3] Según el IBEX-35, a finales de 2004 solamente en dos empresas una mujer ocupaba su dirección general. El estudio de CWDI de 2002 señalaba, sobre una muestra de las 300 empresas con mayores ingresos en el ejercicio 2000, que en el 76% no participaba ninguna mujer en el consejo de administración. Sólo el 4,6 % de miembros de los 300 consejos de administración eran mujeres.

Este escenario revela la existencia de una serie de obstáculos que impiden a la mujer el acceso, en igualdad de condiciones que el varón, a las cotas más altas de decisión de las empresas: Se selecciona a las mujeres cualificadas para posiciones menores a la de su cualificación y se le asignan mayoritariamente puestos no estratégicos y de personal de apoyo, con equivalentes currículos a sus compañeros varones [4].

Como se puede comprobar, la segmentación del mercado de trabajo es un hecho contrastado y generalizado y se produce al margen de la concurrencia de normas antidiscriminatorias y aunque se den las condiciones socioeconómicas adecuadas para que no se produzca tal hecho. Por ello, resulta fundamental indagar en los factores que influyen en el anquilosamiento de esta realidad. Sólo nos vamos a centrar en el análisis de las barreras que impiden el acceso de las trabajadoras a los puestos de responsabilidad.

Inicialmente, el problema de la segregación vertical de género se justificó por el ritmo más lento de la incorporación de las mujeres al trabajo, lo que significaba una renovación más lenta de las estructuras empresariales, con una base claramente masculina. Por tanto, desde esta posición se argumenta que las empresas no cuentan con mujeres que cumplen los requisitos necesarios para ser promocionadas, o en un bajo porcentaje, por el propio peso histórico de su participación tardía al mercado de trabajo.

No obstante, aunque no cabe duda de que históricamente la incorporación de la mujer al trabajo ha sido muy posterior a la del hombre, en las últimas décadas ha sido muy relevante y progresiva, sin que se haya trasladado, al menos, en similar proporción en la ocupación de trabajos cualificados y directivos [5]. Se piensa pues, que no es que se produzca una renovación lenta como situación natural, sino que a ésta acompaña un estancamiento en las estructuras patriarcales.

Esta primera justificación, por tanto, se relativiza, debiendo atender a otras razones que intentan justificar la exclusión de las mujeres de los puestos de trabajo de responsabilidad. Se trata de barreras invisibles con las que tropiezan las trabajadoras en el desarrollo de su carrera profesional en muchas organizaciones, que conforman lo que ha venido a deno-

---

[4] WIRTH, L.: *Romper el techo de cristal*, MTAS, Colección Informes OIT, 2002. Actualizado en 2004.

[5] Según el VI Informe Randstad, «Mujer y Trabajo». Marzo 2006, aunque la población activa femenina española sea todavía baja (un 41% frente a una media de los países de la UE-15 del 54%) no ha dejado de crecer. Concretamente entre el año 1996 y el 2005 pasó del 38% al 41,21%, un crecimiento de tres puntos porcentuales. http://www.randstad.es/res/randstad/publicaciones.

minarse «techo de cristal» y que representa el conjunto de dificultades e impedimentos para alcanzar ese último escalón de promoción personal dentro de la esfera económica empresarial [6].

Concurren dos categorías de barreras: Las internas (personales y sociales) y las externas (socioeconómicas y or ganizacionales). Las primeras son aquéllas que han estado unidas a la consideración de la naturaleza inferior de la mujer y a su vinculación natural al espacio privado, de cuidado del hogar y de las personas. Las segundas, sin embar go, son las vinculadas a la propia estructura empresarial.

Por lo que se refiere a las barreras internas, cabe precisar que el arraigo de lo que significa el «patriarcado» se manifiesta en todas las formas políticas, económicas y sociales, siendo particularmente visible en las relaciones laborales. Se manifiesta en los arquetipos que se atribuyen al sexo femenino y masculino, construyéndose relaciones sociales entre hombres y mujeres basados en estos arquetipos [7]. De este modo, la perpetuación de determinados estereotipos y la persistente infravaloración de la actividad de las mujeres constituye un importante obstáculo para la consecución de una igualdad real, porque aunque las competencias y habilidades directivas no son exclusivas de un sexo u otro, determinadas características se atribuyen, por razones históricas, en mayor medida a uno que a otro, de acuerdo con los estereotipos de género; en este caso, manteniendo ligado el estereotipo masculino al perfil directivo.

Esta situación trasciende incluso al terreno retributivo, en el que se comprueba que la discriminación salarial tiene especial incidencia en los puestos de mayor cualificación, de manera que en determinados supuestos tienen especial consideración las cualificaciones profesionales que exigen elementos típicamente masculinos, no siendo reconocidos con el mismo grado las cualidades que requieren las tareas que realizan las mujeres.

Así mismo, todavía perduran los esquemas que mantienen los roles masculinos y femeninos claramente diferenciados: Mientras muchos hom-

---

[6] Esta expresión fue acuñada durante la década de los ochenta del pasado siglo en Estados Unidos por WIRTH, L.: *op. cit*. Este término ha sido objeto de redefinición, de tal forma que también se hace referencia a los «muros y paredes de cristal», o al «laberinto de cristal», en alusión a la complejidad que encierra superar tales barreras (B ERENGUER, G. y otros. *El laberinto de cristal. Un estudio sobre el acceso de las mujeres a los puestos de dirección de cooperativas de trabajo asociado valencianas*. FVECTA. Valencia, 1999).

[7] CALLADO MATEO, C.: «Mujeres, poder y derecho». En obra colectiva *Mujeres y Derecho* (Coords. MONTESINOS SÁNCHEZ, ESQUEMBRE VALDÉS), Centro de Estudios sobre la Mujer. Universidad de Alicante, 2003, pág. 20. Se consideran aspectos del arquetipo femenino: la afectividad, comprensión, ternura, sumisión, pasividad, fidelidad, ciertas habilidades manuales, inhibición en la toma de decisiones; y aspectos del arquetipo masculino: la competitividad, acción, control, comprensión intelectual del entorno, cualificación profesional, mecanismos de defensa, toma de decisiones, sentimientos de honor, dignidad, bravura, agresividad, violencia.

bres siguen asumiendo exclusivamente la responsabilidad de las necesidades financieras del hogar, la mayoría de mujeres trabajadoras, a pesar de sostener también económicamente éstas, siguen asumiendo ellas solas las obligaciones en cuanto al bienestar y a los cuidados familiares. Esta situación contribuye a que se siga manteniendo en las políticas de selección de puestos directivos la valoración negativa del sexo femenino, pues convencionalmente se considera que los trabajadores varones disponen de una situación familiar relajada que les permite dedicarse a funciones de responsabilidad.

La otra principal barrera en la promoción profesional de la mujer deriva de la propia dinámica organizacional, dominada por valores androcéntricos [8]. Y ello a pesar de que en algunos casos la estructura vertical tradicional, en la que la jerarquía está claramente definida (jefe/empleado), haya ido cediendo hacia fórmulas de estructuración más complejas, caracterizadas por su naturaleza radial, en la que si bien también se ejercita el poder, sus formas de ejercicio quedan más repartidas y difuminadas. Así pues, aunque en la base del sistema haya un elevado grado de igualdad (prácticamente se iguala el número de universitarios y universitarias), a medida que se asciende en la organización jerárquica, la proporción desciende inexorablemente, y ello debido en parte a que por razones culturales se produce una leve irregularidad en la selección de candidatos en el primer escalón de la pirámide empresarial, y aunque resulta inapreciable, si el criterio se reproduce en los escalones siguientes, el efecto acumulativo discriminatorio da resultados inaceptables. Por tanto, puede llegarse a la conclusión de que la cultura de la organización lleva en la mayoría de los casos a un círculo vicioso: Se selecciona a las mujeres con todo tipo de trabas y comienzan por estar peor posicionadas; se les paga menos y pierden «caché» en el mercado; esta circunstancia determina que el desarrollo de su carrera sea más lento y tengan menos posibilidad de encontrarse en posiciones relevantes; entretanto las posiciones estratégicas son ocupadas por varones y la toma de decisión es totalmente masculina, por lo que las trabajadoras son excluidas en las redes informales, que son las que marcan generalmente las capacidades de promoción; finalmente, la selección de los puestos de dirección se realiza entre sus círculos de confianza, preferente masculinos y sigue autoalimentándose el proceso.

Por último, tampoco se puede olvidar que la formación constituye un factor que influye en la promoción profesional, aunque en el caso de las mujeres la relación mejor formación/mejor puesto de trabajo no es directa. Así, cuando el mercado laboral no absorbe gran parte de este potencial profesional y las mujeres no consiguen situarse en éste de acuerdo

[8] Barberá Heredia, E.: *Diversidad de género, igualdad de oportunidades y entornos laborales*. Red CIRIEC, 2006, pág. 40. http://site.ebrary .com

con su nivel formativo, este hecho provoca el desincentivo de su acceso y permanencia, lo que lleva en muchos casos a condicionar sus expectativas de formación profesional.

II. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS P ARA PROMOVER EL ACCESO DE LAS MUJERES AL EMPLEO Y LA PROMOCIÓN PROFESIONAL EN CONDICIONES DE IGUALDAD

Las medidas para luchar contra la discriminación tienen su reflejo en la normativa internacional y comunitaria, que sirven de base de regulación en el ordenamiento jurídico español: entre las más importantes, la Convención de la ONU de 1979, Tratado de la Comunidad Europea y diversas Directivas: 75/1 17/CEE, sobre aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, 76/207/CEE (modificada por 2002/73/CE, 79/7/CEE y 86/378/CEE (modificada por la Directiva 96/97/CE, 86/613/CEE, 96/34/CE) y 97/80/CE, así como en la propia Constitución Europea.

En el marco comunitario, por lo que respecta a la igualdad en el acceso al empleo y a la promoción profesional, la norma de referencia es la Directiva 2006/54, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que asume sustancialmente el contenido de la Directiva 76/207/CEE, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo y las condiciones de trabajo (modificada por la Directiva 2002/73/CE) y que prevé su derogación con efecto de 15 de agosto de 2009. Nace con un claro objetivo de simplificar , modernizar y mejorar la legislación comunitaria, reuniendo en un único texto las disposiciones de las directivas relativas a este tema, con la finalidad de hacerlas más claras y eficaces. Por tanto, recoge la evolución y avance en los últimos años de los instrumentos comunitarios en la lucha contra la discriminación por razón de sexo en todos los ámbitos, pero en especial, en el empleo y la ocupación.

La igualdad entre hombres y mujeres constituye un principio fundamental del Derecho Comunitario y su garantía se convierte en misión y objetivo de la Comunidad Europea. Este reconocimiento ha significado un gran avance respecto de la situación anterior , determinando el punto de arranque de las reivindicaciones de las mujeres para que el principio de igualdad sea efectivo: El inicial propósito de la eliminación de la igualdad de trato y prohibición de la discriminación por razón de sexo, entendido como igualdad formal ante la ley , pasa en un proceso de evolución lógica a reivindicarse como igualdad real o igualdad de oportunidades.

La Directiva 76/207 estableció la posibilidad de la aplicación de medidas de acción positiva junto con la aplicación del principio de no dis-

criminación. Esta acción positiva constituye una medida antidiscriminatoria que va dirigida a corregir la situación de nula o escasa presencia de la mujer en determinados ámbitos laborales. Así pues, desde los años ochenta, la Comisión y el Consejo de la Unión Europea adoptan Recomendaciones y Resoluciones sobre la promoción de la igualdad de oportunidades entre los sexos [9], que sirvieron de base para aprobar los Programas Comunitarios en Igualdad de Oportunidades de las Mujeres, lo que ha permitido desarrollar el acervo comunitario, analizar las carencias más importantes que presentaba la normativa de tutela antidiscriminatoria y promover la adaptación por parte de los Estados miembros de medidas de acción positiva.

El TJCE mantiene inicialmente una actitud de inadmisibilidad de las acciones positivas dirigidas a alcanzar la igualdad de resultados (caso *Kalanke*, 1995). Pero a partir del Tratado de Ámsterdam, se supera esta doctrina, admitiéndose este tipo de acciones, aunque consideradas como derogaciones del principio del igualdad de trato; entre éstas las sentencias *Badeck* (28 de marzo de 2000), *Anderson* (6 de julio de 2000), *Lommers* (19 de marzo 2002), destacando la sentencia *Marshall*, de 11 de nov. de 1997, que declaró ajustada a la Directiva 76/207 la norma nacional que en el supuesto de candidatos de ambos sexos que presenten igual capacitación, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor .

Pero es la Directiva 2002/73 la que avanza en la evolución de la lucha contra la discriminación de género en el trabajo. Por un lado, introduce claramente los conceptos de acción positiva y discriminación indirecta, recogiendo la doctrina del TJCE. Su artículo 14 1.a) establece el principio de prohibición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, en relación con «las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción».

Por otro lado, consagra el principio de igualdad de oportunidades, cuya consecución exige algo más que medidas de carácter legislativo. En ese sentido, dedica su artículo 3 a la «acción positiva», cuyo sentido se refiere a lo dispuesto en el artículo 141.4 del TCE, incluido por el Tratado de Ámsterdam (1997). Así, teniendo presente la situación de des-

[9] Recomendación de la Comisión de 24 de noviembre de 1987 (87/567) en materia de formación profesional, o Resolución del Consejo de 16 de diciembre de 1988 (88/C 333/01), sobre reintegración profesional de las mujeres e integración profesional tardía.

igualdad real existente entre hombres y mujeres, el precepto reconoce la posibilidad del establecimiento de medidas que prevean ventajas específicas para facilitar a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales, o para evitar o compensar las desventajas que sufran en sus carreras profesionales (sobre todo, en su promoción profesional). Este Tratado tiene una gran importancia, porque introduce en el ámbito de la igualdad de oportunidades el concepto de «transversalidad» de género, aunque es la Directiva 2006/54, la que recoge expresamente este criterio en el artículo 29 [10].

Se trata de un nuevo enfoque de la acción positiva, que enlaza más con la idea de enfrentar las desigualdades sociales en su conjunto para que tengan su reflejo en el ámbito laboral. Y ello debe ser entendido así porque la discriminación de la mujer es estructural en nuestro modelo social, que sigue fundado en la desigualdad y posición secundaria de las mujeres[11]. En consecuencia, las medidas de favorecimiento que significa la discriminación positiva no son suficientes para la lucha antidiscriminatoria, sino que resulta necesario crear un marco global favorable que facilite la igualdad de oportunidades.

La aplicación de la transversalidad de género significa un replanteamiento de las estrategias llevadas a cabo hasta el momento. Por un lado, supone el paso de la configuración del concepto de acción positiva como medida temporal para convertirse en un conjunto de medidas en sentido amplio que se dirigen a garantizar la igualdad como un principio general. Por otro lado, al comprobarse el escaso éxito de las políticas de fomento de empleo femenino, y a veces, algunas consecuencias desfavorables no intencionadas, se proyecta un cambio de planteamiento planificado, sometido a seguimiento y evaluación. Para ello, se analiza el impacto de género de las políticas llevadas a cabo a partir de los datos desglosados por sexo en los sectores con alto índice de paro femenino, con el objetivo de establecer posteriormente indicadores para evaluar sus progresos. Así mismo, a diferencia de las tradicionales medidas dirigidas a corregir las conductas discriminatorias y reparar las lesiones producidas, se pretende realizar una labor preventiva, actuando en el diseño de las políticas concretas de igualdad, que a medio o a largo plazo, tendrán repercusión en el mundo del trabajo.

A partir de estas previsiones legales, se imponen medidas comunitarias para garantizar este principio de igualdad de oportunidades con un nuevo enfoque global, a través de Programas de Acción Comunitaria cuadrienales y una Estrategia Marco Global sobre Igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), en la que se contemplan todos los aspectos que pue-

[10] El *gender mainstreaming* adoptado en la Conferencia de Pekín de 1995.

[11] Sáez Lara, C.: «Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario». En obra colectiva *Igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. MTAS. Madrid, 2005, pág. 351.

den verse afectados, entre ellos, la igualdad en la toma de decisiones, roles tradicionales y estereotipos.

En el ordenamiento jurídico español se han experimentado importantes transformaciones en las últimas décadas del siglo XX, resultado de los cambios sociales que se fueron produciendo tras la promulgación de la Constitución Española de 1978. Fundamentalmente, en lo que afecta a la igualdad de género, se ha procedido en una primera fase a la eliminación de las normas que trataban a las mujeres de forma discriminatoria. Pero posteriormente estas medidas legislativas, destinadas a la consecución de la igualdad formal, han resultado insuficientes para el logro de una igualdad real de las mujeres, razón por la que ha sido absolutamente necesaria la implementación de otras medidas para incentivar el acceso de las mujeres al empleo en condiciones de igualdad de oportunidades y promover su promoción profesional.

Siguiendo la estrategia de la transversalidad de género, pensamos que para eliminar la segregación vertical en el trabajo es precisa la aplicación de un conjunto de medidas que permita incidir en los distintos ámbitos relacionados con el mundo de la mujer y que permita superar los obstáculos con los que se encuentran las trabajadoras en su carrera profesional, tanto los obstáculos internos como los externos.

Hasta el momento, las iniciativas emprendidas se han enmarcado en los Planes de Igualdad y en los Planes de Empleo. Las primeras, las medidas de acción positiva que se desarrollan en los Planes de Igualdad van dirigidas a promover e incentivar la contratación estable de la mujer y en puestos en los que están subrepresentadas, fomentar la formación de las mujeres en los sectores que constituyen nuevos yacimientos de empleo, así como colaborar con los agentes sociales para que los planes formación permanente se lleven a cabo en condiciones de igualdad [12]. No obstante, el último Plan de Igualdad (2003-2006) supone un cierto avance respecto a los anteriores, al promover medidas que van dirigidas a garantizar la igualdad en el acceso y la plena participación de las mujeres en las estructuras de poder y de toma de decisiones en todos los ámbitos, sobre todo, en las or ganizaciones empresariales. Propone una batería de acciones dirigidas fundamentalmente a reducir los niveles de segregación vertical de género, a saber: investigar las causas que impiden a las mujeres acceder a los puestos de responsabilidad, fomentar la promoción profesional en la Administración Pública, impulsar la presencia de las mujeres en los tribunales de selección y promoción de la Administración, promover que los agentes económicos y sociales fomenten una mayor

[12] Barberá y otros *Mujeres Directivas: Promoción profesional en España y el Reino Unido*. Universidad de Valencia, 2000, pág. 73. Estas acciones positivas se conciben como medidas de carácter temporal, siendo sólo necesarias hasta que consiguen superar los desequilibrios entre hombres y mujeres.

participación en sus órganos de decisión, y fomentar la participación de las mujeres en las mesas de negociación colectiva.

De esta base han partido algunas medidas institucionales para reducir la segmentación en el trabajo: Unas más directas, y otras, que de manera indirecta se reconducen al fomento de la coeducación entre valores masculinos y femeninos, además de acciones más concretas para impedir discriminaciones contra mujeres directivas, y para desarrollar actitudes positivas hacia los estilos femeninos de dirección [13].

Los Planes Nacionales de Empleo también introducen medidas, a través de ayudas y bonificaciones de la Seguridad Social, que van especialmente dirigidas a incentivar la contratación de las mujeres, su estabilidad en el empleo y la contratación de mujeres desempleadas en puestos de trabajo masculinizados (que se concretó en el Programa de Fomento de Empleo recogido en la Ley 62/2003). Aunque no existen medidas directamente dirigidas a eliminar las barreras de acceso de las trabajadoras para ocupar puestos de responsabilidad, las expuestas constituyen políticas que intentan fomentar la utilización de fórmulas contractuales más estables y menos precarias; por ello, aunque con poco éxito, intentan desterrar los contratos temporales y los contratos a tiempo parcial, fórmulas que contribuyen al impedimento de la promoción profesional, al exigir la permanencia en el puesto un determinado período de tiempo.

Sentado lo anterior, cabe destacar la ausencia en el ordenamiento jurídico español de normas que establezcan medidas de discriminación positiva en el acceso al empleo y en la promoción profesional. Éstas reglas de preferencia son más eficaces que las anteriores, porque garantizan el resultado buscado, al obligar a los empresarios en determinados sectores o profesiones que ocupen un porcentaje determinado de mujeres. Algunas de estas medidas han sido objeto de críticas, aunque no debe olvidarse, que no se trata de abolir los criterios objetivos de selección, sino de evitar que dichos criterios se vean dificultados por la existencia de conductas previas.

En cualquier caso, acciones positivas en sentido estricto y discriminaciones positivas presentan un inconveniente: No plantean la necesidad de cambiar la estructura de la organización para que acoja a todos y nacen carentes de la fuerza necesaria para obligar a los empleadores a garantizar la igualdad de la mujer en el trabajo.

Por ello, en el terreno de los recursos humanos se han propuesto nuevas estrategias, dentro de la línea marcada por la transversalidad del prin-

---

[13] Algunos proyectos se han puesto en marcha, como «Ó PTIMA», por el Instituto de la Mujer y Comisiones Obreras, que tiene entre sus objetivos crear redes de empresas en las que se estimulen las políticas de igualdad, otorgando distintivos de reconocimiento.

cipio de igualdad, que implementan otras medidas contra la discriminación, entre las que cabe destacar la aplicación del principio de «diversidad de género». Constituye una distinta perspectiva que plantea la reestructuración de la sociedad en su globalidad para que se tengan en cuenta los valores que aportan las mujeres a la or ganización[14]. Llevado al ámbito laboral significa aceptar la pluralidad de formas de trabajar que puede favorecer la innovación y complementariedad de perspectivas: Se deben conservar de lo masculino y de lo femenino aquellos valores que permitan la convivencia y propiciarla, desterrando esos otros que llevan simplemente a la opresión de uno de los colectivos. Actualmente, se observa una tendencia hacia modelos de or ganización del trabajo con perfiles femeninos, que se produce paralelamente al incremento de mujeres con un nivel de formación elevado, nuevos estilos or ganizacionales (con estructuras jerárquicas o sin ellas) que permiten incorporar «la diversidad de género» como un mecanismo para promover la incorporación de la mujer a puestos de responsabilidad [15]. Sin embar go, en España estamos aún lejos de que las or ganizaciones tengan un perfil diverso, sobre todo, en los niveles superiores de responsabilidad, ya que la demanda del mercado no aprovecha los recursos profesionales disponibles, sin ajustarse a lo que debiera se una normal incorporación de los bien formados a puestos adecuados.

Así mismo, se ha propuesto la implantación de estrategias de responsabilidad social empresarial, que contribuyen sin duda a eliminar las barreras internas que impiden a las mujeres el ascenso en su carrera profesional. De este modo, son eficaces fórmulas organizativas impulsadas por la empresa que permitan conciliar la vida laboral y familiar de sus trabajadores a través de la creación de infraestructuras en la empresa o fuera de ella y de apoyo al sostenimiento de las car gas familiares (guarderías, comedores, de cuidados de mayores, etc.) [16]. No obstante, otros mecanismos, como la flexibilidad en la jornada laboral, no está interiorizada en las conductas de las or ganizaciones en España, incluso la utilización del horario flexible ha disminuido en la última década.

Como puede comprobarse, las políticas públicas no han respondido a las expectativas que se pretenden en el cumplimiento de la igualdad efectiva de las mujeres trabajadoras en el desarrollo de su carrera profesional. Se considera por ello que la situación de clara segmentación de

---

[14] «Diversidad»: aprovechar al máximo el potencial de los grupos heterogéneos, de modo que cada persona es valorada por lo que es (mujer/hombre).

[15] Barberá y otros, *op. cit.*, pág. 46. Sostiene que es necesario aplicar acciones positivas en que se estudie el factor «Perfil de Diversidad del Puesto», de manera que se pueda conformar un equipo de trabajo en que se permita aprovechar tanto las competencias masculinas como las femeninas.

[16] Estudios recientes sugieren una mayor productividad en empresas que implantan políticas de responsabilidad familiar, que empresas de vanguardia como Nokia ya desarrollan.

género exige de los agentes sociales un papel activo y responsable de favorecimiento de la posición de la mujer en el mercado de trabajo. La negociación colectiva debe asumir un papel protagonista en esta materia, porque puede favorecer las transformaciones en la cultura or ganizacional empresarial, que permitan progresivamente la desaparición de las barreras que todavía encuentra el colectivo femenino para trabajar en las mismas condiciones que los hombres.

En España, la negociación colectiva ha sido escasamente sensible a la situación de las mujeres en el mercado de trabajo: Son pocos los convenios colectivos que contienen cláusulas de preferencia en la contratación o en la promoción de una trabajadora del sexo menos representado en el grupo profesional; son excepcionales los convenios que establecen medidas de fomento de formación durante la jornada a los trabajadores con responsabilidades familiares o que prevén acciones de formación para los excedentes por cuidado de hijos a fin de su reincorporación, sin perjudicar su posibilidad de ascenso; los convenios suelen regular planes de formación rígidos y sin posibilidad de seguimiento flexible atendiendo a las diferentes situaciones personales y familiares de los trabajadores, lo cual impide que el colectivo femenino participe en mayor medida, repercutiendo claramente en sus posibilidades de promoción. Por lo que se refiere a la promoción profesional y al régimen de ascensos, los convenios se limitan a seguir los criterios establecidos en el artículo 24 ET , sin ningún tipo de implementación que favorezca la situación real de desigualdad: La formación, los méritos, la antigüedad y las facultades or ganizativas del empleador, constituyen criterios neutros que permiten la posibilidad de conductas discriminatorias indirectas.

En definitiva, son muy escasas las medidas que facilitan el acceso de mujeres a puestos cubiertos predominantemente por varones, y las medidas directas que tienden a modificar los estereotipos de género [17]. Sin embargo, esta tendencia de regulación exclusiva de cláusulas genéricas antidiscriminatorias se ha ido rompiendo a partir del año 2002, cuando el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva (AINC) recoge expresamente la necesidad de fomentar el principio de igualdad de oportunidades. En los últimos cinco años, los sucesivos AINC se ha avanzado en la promoción de la lucha contra la segmentación del trabajo, previendo como adecuadas medidas diversas: cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de las mujeres en igualdad de condiciones a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas; el estudio y establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género; la eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación

[17] Pérez del Río, T.: *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*. MTAS. Instituto de la Mujer, 1993.

profesional (categorías, funciones, tareas); análisis y aplicación, en su caso, de sistemas de valoración de los puestos de trabajo que permitan evaluar periódicamente el encuadramiento profesional; y la necesidad de un tratamiento flexible de la jornada laboral a fin de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de las mujeres.

Cabe destacar por último que la Directiva 2006/54 insiste en la importancia de la promoción de la igualdad en el ámbito de las or ganizaciones y sindicatos y se promociona que sean los Estados miembros los que fomenten el diálogo social con las or ganizaciones no gubernamentales y entre los interlocutores sociales (art. 21), incluyendo ejemplos como, el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de promoción, así como el seguimiento de los convenios colectivos, los códigos de conducta y la investigación o el intercambio de experiencia y buenas prácticas. Igualmente, se promueve el fomento de normativas laborales flexibles en el marco de los convenios para facilitar la conciliación entre vida laboral y familiar. Estas previsiones son interiorizadas en la nueva Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

III. REPLANTEAMIENTO DE LAS ESTRA TEGIAS PARA LA CONSECUCIÓN DE LA IGUALDAD DE OPOR TUNIDADES DE LAS MUJERES EN EL TRABAJO: NOVEDADES QUE INTRODUCE LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

La Ley Orgánica 3/2007 incorpora lo dispuesto en las disposiciones comunitarias y nacionales que regulan este principio y acoge la doble modalidad de discriminaciones (directas e indirectas) a la que resulta de aplicación la doctrina del TJCE y del TC. Se sitúa en la dirección que abre el artículo 29 de la Directiva 2006/54, con el nuevo enfoque que plantea de la transversalidad del principio de igualdad, que ya fue acogido en nuestro país en el IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2003-2006) y en la Ley 30/2003, sobre evaluación del impacto por razón de género en la elaboración de toda norma estatal.

La Ley de Igualdad, a pesar de su carácter general, proyectada a los distintos ámbitos del ordenamiento y de la realidad social en que pueda generarse o perpetuarse la discriminación de género, tiene una especial proyección en materia laboral, en concordancia con las desigualdades tradicionales que por razón de sexo vienen teniendo lugar en ese ámbito. Centrándonos en el terreno específico de las relaciones laborales, y más concretamente en la lucha contra la segregación de género en el trabajo, la Ley recoge expresamente como criterio general de los poderes públicos la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades

en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarque el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico.

El nuevo enfoque de género en este espacio significa un cambio de perspectiva, en el sentido de enfrentarse a la desigualdad desde varios frentes: la legislación (sobre todo, en lo que concierne a la conciliación de la vida laboral y familiar), las políticas públicas (en lo que afecta a la representatividad del colectivo femenino y en la participación en la toma de decisiones), y el diálogo social (sobre todo, a través de acciones positivas y planes de igualdad de las empresas en manos de la negociación colectiva). Algunas de estas medidas propuestas contribuyen directa o indirectamente a la eliminación de los obstáculos de las mujeres en el acceso y promoción con igualdad de oportunidades a puestos de responsabilidad y de dirección. A continuación nos referimos a estas medidas.

En el sector del empleo público se contemplan medidas muy concretas y efectivas para lograr la representación equilibrada de mujeres y hombres en materia de acceso, promoción y nombramiento de car gos de dirección, ya que se establece la obligación de aplicar el principio de paridad en los órganos directivos de la Administración General del Estado, así como en los ór ganos de selección y valoración del personal y en las designaciones de miembros de ór ganos colegiados, comités y consejos de administración de empresas en cuya capital participe dicha Administración (arts. 52 a 54).

En la empresa privada, y limitándonos a mencionar aquellas acciones que pueden contribuir a la desaparición de la segregación vertical de género en el empleo, se prevén medidas de diversa naturaleza: Unas para corregir tradicionales situaciones de discriminación que sufren las mujeres en el medio laboral, muchas de ellas imputables a la propia regulación convencional; y otras, para promover la igualdad de oportunidades.

En primer lugar, se podrá considerar a las mujeres como grupo de población prioritario de las políticas activas de empleo, estableciendo programas de mejora de su empleabilidad potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo, favoreciendo además sus posibilidades de promoción (art. 42). Entendemos que se trata de programas de inserción activa específicos para mujeres, diseñados al margen de los Planes generales de fomento de empleo.

En segundo lugar, se reconoce expresamente por primera vez en el Derecho interno, en la línea de lo previsto por la Directiva 2006/54, la función esencial que la negociación colectiva puede desarrollar para que la lucha a favor de la igualdad de oportunidades en las empresas sea más

eficaz, promoviendo la adopción de medidas concretas de acción positiva. Así pues, se podrán establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación, clasificación profesional, promoción y formación, para que en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado.

Lo más novedoso se manifiesta en la ordenación de estas medidas en el marco de un Plan de igualdad, negociación que se articulará en la forma que se determine en la legislación laboral: Se contempla el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, o cuando se hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias. Y se fomentará su implantación voluntaria en las pequeñas y medianas empresas, que contarán con el apoyo técnico necesario (art. 45).

Ciertamente, se introducen dos puntualizaciones: por un lado, se considera que la corrección de prácticas discriminatorias en la promoción profesional de los trabajadores dependerá del papel que juegue la negociación colectiva en este ámbito, ya que a pesar del deber de negociar en determinados casos, el artículo 46 no impone un mínimo en el contenido del plan de igualdad, sino que su alcance es determinado por los negociadores, lo que no garantiza que en todos los planes se contemplen las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, por referirnos a las materias que afectan al tema de estudio. Aunque esta situación puede ser corregida por la previsión de la Disposición final quinta de la Ley , que regula el seguimiento y evaluación de estos planes: El Gobierno, una vez transcurridos cuatro años desde su entrada en vigor, procederá a evaluar, junto a las or ganizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad, y a estudiar , en función de la evolución habida, las medidas que, en su caso, resulten pertinentes. Por otro lado, por lo que se refiere a las PYMES, se observa que la estructura y el ámbito de la negociación colectiva en España no son propicios para introducir medidas de igualdad de oportunidades en el empleo y promoción profesional, debido a la fuerte atomización, fundamentalmente de empresa y provinciales, lo que determina la pobreza de contenido en esta materia y la dificultad de llevar a cabo las medidas propuestas.

En cualquier caso, la incorporación de cláusulas que recojan acciones positivas de igualdad de oportunidades (dentro o fuera del plan de igualdad, según los casos) dependerá en gran medida de la mayor participación del colectivo de trabajadoras en los puestos de decisión de los sindicatos, que actualmente es poco representativa, y del reforzamiento de su presencia en las mesas de negociación. Para ello, la Ley de Igualdad introduce una previsión (art. 5) que intenta paliar esta situación, cuan-

do establece que el principio de igualdad de trato y de oportunidades se garantizará «…en la afiliación y participación en las or ganizaciones sindicales y empresariales». No obstante, no se recogen en este supuesto previsiones concretas para que se logre la representación equitativa deseable.

Al margen de las anteriores disposiciones, la Ley incluye otro tipo de medidas que indirectamente favorecen un clima adecuado en la estructura empresarial para que se corrijan las desigualdades en la promoción profesional de las trabajadoras y se facilite su acceso a puestos de responsabilidad y dirección.

Por un lado se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares, a través de medidas situadas en el marco de la negociación colectiva. Sobre todo, caben destacar dos medidas que pueden contribuir a eliminar barreras en la promoción profesional: la más importante, el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de su jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación, aunque en este último caso la introducción de la flexibilidad en el trabajo y su alcance va a depender de su regulación en el convenio colectivo. La segunda, es la consideración como trabajo en la provisión de puestos en concursos públicos a efectos de valoración del desarrollado, el tiempo que los candidatos hayan permanecido en régimen de excedencia, reducción de jornada, o permisos de maternidad o de paternidad; la segunda.

Por otro lado, otras medidas de fomento de la igualdad en las empresas pueden promover en cierta medida la corrección de conductas que perpetúan la segmentación en el trabajo: Una de ellas es la creación de un distintivo reconocido por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que reconocerá a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad, para cuya concesión se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los ór ganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa. La otra medida permite valorar a las Administraciones Públicas, en su actividad de contratación y de subvención, elementos vinculados al fomento de la igualdad en el seno de las empresas solicitantes.

Por último, una medida como la promoción de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles puede significar un cambio gradual en la cultura empresarial, en el sentido de que la mayor representación femenina en la cúspide de la empresa puede favorecer la ruptura de los obstáculos internos que hasta ahora impiden la ocupación por mujeres de puestos de dirección (art. 75).

Efectivamente, pensamos que la Ley de Igualdad incorpora iniciativas que avanzan en la consecución de la igualdad real de las mujeres en el ámbito laboral que podrán contribuir a generar un cambio inicial en las estructuras empresariales que propicie la eliminación de barreras en las carreras profesionales de las mujeres, pero no se ha tratado de manera específica el problema de la segregación vertical de género en la empresa privada, considerando que se podía haber aprovechado este momento para incluir acciones más concretas y eficaces.

Para concluir, proponemos algunas acciones que pensamos podrían favorecer una organización empresarial que permitiera la promoción de la mujer a puestos de responsabilidad en condiciones de igualdad real: la supresión de los puestos de trabajo estereotipados para permitir que las mujeres puedan ocupar cualquier categoría profesional en todos los niveles; el establecimiento de pruebas de acceso y promoción de carácter objetivo, intentando reducir al máximo el criterio de la libre designación del empresario y parámetros evaluables típicamente masculinos; la introducción de cláusulas de preferencia en el ascenso al colectivo menos representado en el grupo profesional de que se trate; requerir la elaboración de análisis cuantitativos y segregados de los puestos, para implementar fórmulas que permitan a las empresas reducir el alto número de mujeres en determinados puestos de carácter feminizado, e incrementar su número en aquellos otros puestos que no tienen apenas representación femenina; la diversificación de la formación y la mejora de los niveles, dirigiéndose fundamentalmente a las especialidades profesionales en las que las mujeres se encuentran subrepresentadas; la instauración de un sistema de formación continua que se pueda desarrollar dentro de la jornada de trabajo facilitando a las mujeres su seguimiento; así como la creación de mecanismos que permitan el reciclaje profesional de aquellas mujeres que ven suspendida su relación laboral por atender responsabilidades familiares.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO CONTRAPRESTACIÓN EN LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO CONVENCIONALES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

ALBERTO PASTOR MARTÍNEZ
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. LA EXTENSIÓN DE LA DUALIDAD DE CONDICIONES DE TRABAJO REGULADAS POR CONVENIO A LA ORDENACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO–1.1. La generalización de la diversificación y flexibilización de las condiciones de trabajo. 1.2. La flexibilización de la jornada como quid pro quo en las cláusulas de empleo.—2. EL SUPUESTO DE HECHO: DESIGUALDAD EN LA NORMA Y DIFERENCIAS DE TRATO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA.—3. LA UBICACIÓN DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.—4. LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA DIVERSIFICACIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO ELEMENTOS JUSTIFICATIVOS DE LA DESIGUALDAD.

1. INTRODUCCIÓN. LA EXTENSIÓN DE LA DUALIDAD DE CONDICIONES DE TRABAJO REGULADAS POR CONVENIO A LA ORDENACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

1.1. La generalización de la diversificación y flexibilización de las condiciones de trabajo

Tradicionalmente el convenio colectivo, en su forma prototípica industrialista, se había configurado como una norma caracterizada por la generalidad y homogeneidad de sus contenidos [1]. La diversificación en los contenidos reguladores del convenio atendía, dentro de una pluralidad causal difícilmente simplificable, a razones diversas como pudieran ser la diferente naturaleza de las actividades a realizar, el diferente lugar o espacio en que aquellas habían de desarrollarse o las diferentes condiciones en que había de desempeñarse el trabajo. Cabía afirmar, no obstante, que la diferenciación en las condiciones de trabajo se reconducía, por lo general, a elementos derivados del propio modo en que había de ser desarrollada la prestación de servicios. Una diferenciación que por ello, por atender a realidades también diversas, no planteaba especiales problemas en su conciliación con el principio de igualdad [2].

---

[1] Destacan la generalidad de los enunciados de los convenios y la tendencia a la uniformidad en la regulación de las condiciones de trabajo de los convenios «industrialistas» típicos del fordismo, DEL REY GUANTER, S.: «Transformación del sistema de negociación colectiva y «refundación» de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en AA.VV: ALARCÓN CARACUEL, M. R. y DEL REY GUANTER, S. (Coord.), *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid 1995, pág. 15 y ss; también MONEREO PÉREZ, J. L.: fue apreciada ya en los inicios doctrinales del Derecho del Trabajo, en «El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada», en *La negociación colectiva en el escenario del año 2000: XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Madrid, 3 y 4 de junio de 1999*, Ed. MTSS, 2000 Madrid, pág. 102.

[2] En este sentido la STC 67/1988, de 18 de abril, indicaba que « *el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de*

En los últimos años, sin embargo, han ido incorporándose regulaciones convencionales que implementan lo que se ha dado en denominar «sistemas contractuales duales» [3], esto es, regulaciones que incorporan un *status* de condiciones de trabajo diferenciado para colectivos de trabajadores que, sin embargo, realizan el mismo trabajo o trabajos de igual valor. Se trata aquí, a diferencia de lo que se señalaba anteriormente, del establecimiento de un régimen jurídico diferenciado no por razón de la actividad desarrollada por los trabajadores, que como indicamos es la misma o de igual valor, sino por otros factores como son la fecha de ingreso o contratación en la empresa o la naturaleza indefinida o temporal del vinculo contractual [4]. Y aunque en un principio la dualidad de condiciones de trabajo se refirió esencialmente a cuestiones de orden salarial, en una línea de tendencia extensiva, fue ampliándose a otros elementos como pudieran ser las mejoras voluntarias, las ayudas sociales [5] o incluso a aspectos no vinculados directamente con la retribución, como pudiera ser el aquí analizado: el tiempo de trabajo [6].

---

los respectivos intereses, pues sólo así se hará efectiva la capacidad reconocida por la ley a trabajadores y empresarios para regular «las condiciones de trabajo y productividad», y sólo de esa forma podrá decirse que el Convenio es «expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva» (art. 82 del Estatuto de los Trabajadores). No puede decirse, por lo tanto, que la distinción dentro del Convenio colectivo sea per se contraria al principio de igualdad. Habrá que examinar si la diferencia es o no razonable y si es o no aceptable para el ordenamiento, todo ello a la luz de las consideraciones generales que este Tribunal ha hecho sobre el contenido y el alcance del principio de igualdad».

[3] FALGUERA BARÓ, M.A.: «Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de la fecha de ingreso sur gidos de la autonomía colectiva», en AA.VV.: APARICIO TOVAR, J. (Coord.), *Estudios sobre el salario*, Ed. Bomarzo, 2004. Los retos que con carácter general plantea en relación al principio de igualdad la creciente diversificación y segmentación del sistema productivo y del mercado de trabajo son también advertidos por GARCÍA Murcia, J.: «Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales», enAA.VV.: CASAS BAAMONDE, M. E.; DURÁN LÓPEZ, F., CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, La Ley, Madrid 2006, pág. 387.

[4] Aunque resulta habitual referirse a las dobles escalas salariales en relación a aquellos supuestos en los que la diversificación se asienta en la fecha de ingreso parece razonable, atendiendo a sus efectos, incluir dentro de los supuestos de dualidad de condiciones de trabajo establecidos convencionalmente los supuestos en los que la diferenciación se asienta en la duración temporal o indefinida del vinculo. La distinción tiene sentido en el ámbito justificativo de la medida por cuanto en el primer caso (fecha de ingreso), la dualidad de condiciones de trabajo suele justificarse en razones vinculadas al fomento del empleo estable, mientras que en el segundo (duración del contrato) en razones diversas. En un sentido comprensivo de ambas situaciones pero resaltando su diferencias LUQUE PARRA, M.: «Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de dobles escalas salariales y aplicación del principio de igualdad», Iuslabor núm. 4, 2005 (www.upf.edu/iuslabor/042005/index042005.htm).

[5] Al respecto véase la STS de 5 de mayo de 2006 (RJ 7990) en la que el Tribunal Supremo considera legal un régimen de ayudas familiares en el que se contenían diferencias atendiendo a la fecha de ingreso.

[6] Esta tendencia extensiva es advertida por FALGUERA BARÓ, M. A.: «Reflexiones …», ob. cit., pág. 111.

En las presentes líneas vamos a centrar nuestra atención en los problemas que, a nuestro juicio, pueden plantear en relación al principio de igualdad y no discriminación algunas cláusulas que, incipientes aún en nuestra negociación, configuran un régimen de la jornada de trabajo especifico para los trabajadores de nuevo ingreso que se caracteriza como se verá a continuación, por una mayor flexibilidad referida a la dimensión cuantitativa de la jornada o a su distribución.

1.2. La flexibilización de la jornada como *quid pro quo* en las cláusulas de empleo

Cabe destacar, y ello habrá de servir para justificar y delimitar materialmente esta comunicación a la ponencia de la Prof. Dra. M.ª Fernanda Fernández López relativa a las «Políticas selectivas de empleo (colectivos específicos: alcance y valoración)», que el fenómeno aquí analizado se enmarca en el contexto de lo que se ha dado en denominar cláusulas de empleo en la negociación colectiva. De esta forma, no vamos a efectuar un examen genérico de la problemática que plantea la dualidad de condiciones de trabajo establecida en convenios colectivos sino de aquellas hipótesis en las que la dualidad se erige en el *quid pro quo* de cláusulas de empleo y más específicamente de aquellas en las que la contraprestación consiste en un régimen de jornada más flexible en lo que a su ordenación se refiere.

El tratamiento convencional de las cuestiones relativas al empleo no es algo absolutamente novedoso por cuanto, como se ha destacado, ya desde los años 80 los convenios habían tratado siquiera que fuera limitadamente aspectos vinculados con dicha cuestión [7]. Es, sin embar go, a partir de los 90 cuando las cláusulas de empleo se incorporan con mayor intensidad y variedad a los convenios [8] asumiendo la negociación colectiva una nueva función como es la de fomento del empleo en términos ya no sólo cuantitativos sino también cualitativos. Revistiendo, en este sentido, una especial importancia, junto a aquellas cláusulas dirigidas a la creación de empleo neto, aquellas otras cuyo objetivo se dirige a la mejora de su calidad en términos de estabilidad a través bien de la limitación de la temporalidad en la empresa bien del establecimiento de compromisos de conversión de trabajadores temporales en indefinidos.

---

[7] Véanse, entre otros, De Miguel Lorenzo, A.M.: «Un estudio sobre los pactos de empleo establecidos en los convenios colectivos del año 1988», Relaciones Laborales, 1989-II, págs. 1015 y ss.; García Blasco, J.: «Las técnicas de creación y fomento del empleo en la negociación colectiva», Relaciones Laborales, 1989-I, págs. 976 y ss.

[8] Ojeda Avilés, A.: «El contenido de la negociación colectiva en materia de empleo y ocupación: las cláusulas sobre empleo» en *Empleo, Contratación y Negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 1999, pág. 131 y ss.

Cabe destacar como, en muchos casos, la lógica sinalagmática que subyace a dichos compromisos de empleo reside en « *la ampliación de las prerrogativas empresariales en términos de mayor flexibilidad en la ordenación de la organización del trabajo*» [9], de forma que la empresa se compromete a realizar nuevas contrataciones o a transformar temporales en indefinidos a cambio de una mayor flexibilidad en las condiciones de trabajo. Una de las materias afectadas por dicha flexibilización fue el salario, a través de lo que se dio en conocer como dobles escalas salariales. Otra ha sido la jornada.

La flexibilización en la ordenación de la jornada ha sido otra de las materias que con mayor frecuencia se ha situado en el *quid pro quo* de las cláusulas de empleo. Sin duda, su valor estratégico para la competitividad de la empresa y la dispositividad de algunos de sus límites para la negociación colectiva constituyen las razones que sitúan la ordenación del tiempo de trabajo como una de los elementos de ese intercambio [10]. En la mayor parte de casos, esa flexibilización de la jornada opera para el conjunto de trabajadores de la empresa, sin embargo hemos detectado algunos supuestos en los que el convenio o acuerdo la proyectan o aplican exclusivamente en relación a los directamente favorecidos por las nuevas contrataciones o la conversión de su contrato temporal en indefinido[11]. Aún cuando los supuestos detectados no son cuantitativamente re-

---

[9] Serrano Olivares, R.: *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pág. 15.

[10] La dispositivización operada con la reforma de 1994 de algunos de los límites hasta entonces considerados de derecho necesario absoluto supuso la posibilidad de situar la regulación del tiempo de trabajo con toda intensidad en las mesas negociadoras, convirtiendo algunos de aquellos límites en factor de intercambio. En relación a los efectos de la reforma de 1994 para la regulación del tiempo de trabajo en la negociación colectiva véanse, entre otros, Alarcón Caracuel, M. R.: «El tratamiento del tiempo de trabajo en la negociación colectiva», en AA.VV.: *Empleo, contratación y negociación colectiva*, MTSS, Madrid 1998; AA. VV.: Del Rey Guanter (Dir.), *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 1994*, CES, Madrid 1998, pág. 119 y ss; Pérez Amorós, F.: «Trabajo nocturno y a turnos y ritmos de trabajo», Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, 2000, pág. 765 o Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Monreal Bringsvaerd, E.: «La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 58, 2005, pág. 57 y ss.

[11] Se pueden citar como ejemplos de establecimiento de una ordenación de la jornada más flexible en su dimensión cuantitativa o distributiva para el colectivo de nuevo ingreso o el personal favorecido por la conversión de su contrato temporal en un contrato indefinido: el Anexo referido en el artículo 33 del Convenio Colectivo de la empresa Michelin España-Portugal, SA para los centros de trabajo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid y Vitoria-Gasteiz (BOE 11-10-2004); el artículo 14 del Convenio colectivo de la empresa SABA Aparcamientos, S.A. (DOGC 23-7-2004); el denominado contrato de disponibilidad horaria del artículo 18 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de la industria metalgráfica de Cataluña para los años 2005 y 2006 (DOGC 17-1 1- 2005); de manera más ambigua la Disposición adicional segunda del XVIII Convenio colectivo de Ferrocarriles de Vía Estrecha (BOE 21-9-2006); el artículo 22 del Convenio colectivo de Transportes de Barcelona, S.A. (DOGC de 31-10-2006) o más recientemente el Acuerdo de la empresa Sony BCN TEC de 21 de diciembre de 2006 (http://www.minerometal.ccoo.es/noticcom.asp?id=4229).

levantes creemos necesario efectuar una breve reflexión en torno a los mismos, por cuanto, en primer lugar, creemos que nos hallamos ante una realidad que es más habitual de lo que un examen de la negociación colectiva publicada en los boletines oficiales pudiera relevar [12] y, en segundo lugar, por el indudable interés que ofrecen como atalaya desde la que observar la aplicabilidad de los principios de igualdad y no discriminación en el ámbito convencional.

2. EL SUPUESTO DE HECHO: DESIGUALDAD EN LA NORMA Y DIFERENCIAS DE TRATO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA[13]

Los supuestos de flexibilización de la jornada a los colectivos de trabajadores de nuevo ingreso en la empresa, nos sitúa como en el caso de las dobles escalas salariales, ante la necesidad de dirimir en que casos el diferente tratamiento dispensado convencionalmente a dichos trabajadores constituye un supuesto que quepa calificar de discriminatorio o contrario al principio de igualdad.

Conviene advertir que vamos a limitarnos al análisis de la desigualdad en la propia norma no en su aplicación, esto es, a aquellas hipótesis en las que la propia literalidad del convenio o acuerdo contienen una diferencia de trato, en función de la fecha de ingreso, en lo que a la ordenación de la jornada se refiere. No analizando aquellos otros supuestos, seguramente más frecuentes, en los que una regulación convencional del tiempo de trabajo de carácter homogéneo se aplica, no obstante, de modo diferenciado a los trabajadores en función de su fecha de ingreso. Unas hipótesis de aplicación desigual de la ordenación de la jornada, en virtud del ejercicio del poder de dirección empresarial, que, no obstante, pueden venir favorecidas por la forma en que la negociación colectiva haya procedido a regular la ordenación de la jornada [14].

---

[12] Al respecto, tal y como advierte S errano Olivares, R.: *Los compromisos…*, ob. cit., pág. 17 y ss, es en el ámbito de la negociación colectiva informal, de los acuerdos y pactos de empresa, no publicados ni registrados, donde mayor relevancia y grado de innovación están adquiriendo los compromisos de empleo.

[13] La referencia a la norma se hace de forma genérica sin querer prejuzgar nada en relación al ámbito aplicativo del principio de igualdad.

[14] Sin duda, como ocurre, en relación a cualquier otra materia, cuanto mayor mar gen de discrecionalidad reconozca la norma colectiva al poder empresarial mayores posibilidades de diversificación de las condiciones de trabajo existen. Ocurre, sin embar go, que ello en el caso de la distribución de la jornada puede darse con una mayor intensidad por ser un ámbito especialmente sensible a los «requerimientos» productivos, por ser esta una materia especialmente propicia a la diversificación como consecuencia de su carácter fraccionable y, entre otras razones, por ser un ámbito, desde la reforma de 1994, en el que muchos de los límites heterónomos se han convertido en dispositivos para la negociación colectiva.

La consideración de la desigualdad en la norma como el supuesto analizado hace que queden fuera igualmente del análisis, en este caso, por no suscitar problemas en relación al principio de igualdad, aquellos supuestos en los que el diferente tratamiento normativo se produce entre supuestos de hecho no equiparables por responder a realidades diversas.

Al respecto conviene recordar que constituye doctrina plenamente consolidada, tanto a nivel científico como judicial, la consideración de la aplicabilidad del principio de igualdad y no discriminación como un **juicio relacional**[15]. La aplicación de dichos principios y el correlativo enjuiciamiento de un tratamiento normativo a la luz de los mismos, exige que la diferencia de trato se haya introducido entre situaciones que efectivamente sean homogéneas o equiparables por cuanto lo vedado o prohibido en ambos casos es « *sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia* entre situaciones que pueden considerarse iguales *y que carece de una justificación objetiva y razonable*»[16]. Sólo cuando se verifique esa identidad cabrá plantearse la aplicabilidad de dichos principios, por cuanto, como indica la STC 1 19/2002, de 20 de mayo, el juicio de igualdad « *requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre; 29/1987, de 6 de marzo; 1/2001, de 15 de enero). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma*». Siendo por ello determinante la superación del denominado «juicio de identidad» o «juicio de igualdad» entre las situaciones tratadas en forma dispar [17].

---

[15] STC 27/2004, de 4 de marzo (FJ 3.º); STC 1 19/2002, de 20 de mayo (FJ 4.º). Dicho juicio comparativo, presupuesto del juicio de igualdad, es denominado por F ALGUERA BARÓ, M. A.: «Reflexiones jurídicas…», ob. cit., pág. 124, «juicio de identidad». M OLERO MARAÑÓN, M.ª L.: «La admisión condicionada…», ob. cit., pág. 802, se refiere a el como «juicio de igualdad» preferimos la primera de las opciones por permitir diferenciarlo del juicio de igualdad en el que como proceso más amplio se incardina.

[16] STC 76/1990 (FJ 9.º). El subrayado es nuestro.

[17] Advierte, no obstante, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Principio de igualdad y Derecho del Trabajo», en AA. VV.: *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1078, que « *nuestro Tribunal, al someter a escrutinio las desigualdades normativas de trato entre trabajadores no ha insistido tanto en la comparabilidad de las situaciones sino en la razonabilidad misma de la distinción normativa entre trabajadores*». La ausencia de identidad entre los supuestos comparados es lo que, sin embar go, según LUJÁN ALCARAZ, J.: «A vueltas con la doble escala salarial», Aranzadi Social, núm. 6, 2004, determina que la STC 1 19/2002, de 20 de mayo, considere ajustado a Derecho el sistema de clasificación profesional introducido en el III Convenio colectivo de «Volkswagen Navarra, S.A.».

Aunque en ocasiones los términos comparativos pueden ser claros por la similitud y analogía de los mismos, conviene destacar como, en ocasiones, la búsqueda de los elementos referenciales es compleja y supone ya un primer juicio valorativo importante al ser necesario determinar en qué casos nos hallamos ante situaciones homogéneas o equiparables que justifican por su tratamiento normativo dispar su enjuiciamiento a la luz del principio de igualdad.

De esta forma y por lo que a nosotros interesa, creemos que cabría considerar admisibles aquellas cláusulas convencionales que establecen una ordenación de la jornada específica en relación a determinados puestos o actividades por cuanto la distinción se referiría a realidades o situaciones no equiparables por presentar especificidades en relación a las actividades realizadas, la forma de or ganizarse el trabajo o cualquier otra circunstancia que objetiva y racionalmente las dotase de singularidad respecto de aquellas en las que se aplicase la normativa de referencia diferente [18].

Mayores dudas se podrían plantear cuando a la singularidad de la actividad, del tipo de trabajo o de la ordenación del tiempo de trabajo se le añade la circunstancia de que dicho régimen de trabajo, puesto o forma de ordenar el tiempo de trabajo se reserva o limita al personal de nuevo ingreso[19]. A nuestro juicio el diferente ámbito or ganizativo en el que se

---

[18] Sería esto lo que acontece en la STS de 22 diciembre 2005 (RJ 2006\1424) en la que analizando, entre otras cuestiones, la validez de una cláusula convencional que establece una jornada de trabajo diferenciada para dos áreas funcionales de una empresa, el Tribunal Supremo considera que no cabe « *considerarse que afecte al principio de igualdad ya que obedece a causa racional y fundada cual es la derivada de las distintas tareas encomendadas a los trabajadores del área afectada por diferente jornada y las de los restantes trabajadores de la empresa*». Respecto a un supuesto de trabajo a turnos la STSJ Castilla-La Mancha de 1 de septiembre de 2005 (JUR 224210) establece que « *no estaríamos ante situaciones iguales, dado que el trabajador codemandado realiza, además de las funciones propias de su categoría profesional, otras distintas que le han sido encomendadas por la empresa dentro del ejercicio de su poder de dirección y organización (y que no solo han sido encomendadas a éste, ya que hay otros dos trabajadores en la misma situación), las cuales implicarían en unos casos estar permanentemente localizado, cuando sustituye al Delegado Provincial Gerente, y en otros su realización por la tarde y noche, como ocurre en las inspecciones a otros centros. Lo que justifica sobradamente un trato distinto en el régimen de trabajo a turnos, pues lejos de lo que se pretende por el recurrente, de otro modo no se concibe cómo podría compatibilizar tales funciones con las de Vigilante de Seguridad*». Descartando igualmente la aplicación del principio de igualdad en relación a una ordenación convencional de la jornada por considerar que no existe identidad en las situaciones comparables la STSJ de Madrid de 24 enero de 2005 (AS 1212), STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2004 (JUR 2005\34562) o la STSJ de Aragón de 12 junio de 2000 (AS 2509).

[19] Siendo este el caso, por ejemplo, de cláusulas como la contenida en el artículo 84 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Industrias del Curtido, Correas y Cueros Industriales y Curtición de Pieles para Peletería cuando establece que (BOE 2-12-2004): «*Turnos de fin de semana, «Week end». La aplicación de este tipo de jornadas se basará en aspectos de carácter tecnológico u organizativo y ha de suponer creación de empleo. Para su implantación será necesario comunicación previa a los representantes sindicales con una antelación mínima de 15 días y razonándose la necesidad de la implantación de la me-*

proyecta la ordenación de la jornada de trabajo no habría de servir apriorísticamente como excusa para no aplicar el principio de igualdad a cláusulas como las descritas por cuanto aquí la distinción no se asentaría exclusivamente en un dato objetivo vinculado a la forma o modo de organizarse la producción que justificaría el trato desigual por responder a realidades también diferentes. Cláusulas como las descritas suponen que determinados ordenaciones de la jornada de trabajo, aquellas que suponen horarios de trabajo asociales, se reserven a los trabajadores de nuevo ingreso, siendo preciso, por ello, acreditar el carácter justificado y proporcionado de esa regulación específica[20]. Un supuesto que, de esta forma, habría que reconducir a aquellas hipótesis en las que los convenios o acuerdos configuran una ordenación más flexible de la jornada en su dimensión cuantitativa o cualitativa atendiendo exclusivamente a la fecha de ingreso en la empresa e incorporando por ello una dualidad de ordenaciones de la jornada que únicamente atiende a la fecha de ingreso. En dichos supuestos resulta preciso determinar , dado el tratamiento no uniforme de situaciones homogéneas, si esa disparidad en el trato resulta admisible por no ser contraria al principio de igualdad y no discriminación.

3. LA UBICACIÓN DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La amplitud material del convenio colectivo y el propio reconocimiento de la autonomía colectiva como un derecho de libertad de los interlocutores sociales a regular sus relaciones y las condiciones de trabajo y empleo no significa, en ningún caso, que nos hallemos ante una facultad omnímoda carente de cualquier limite. No existen dudas de que la autonomía colectiva, en sus diferentes manifestaciones, se halla sometida al necesario respeto de las normas constitucionales y disposiciones imperativas contenidas en las normas legales [21].

---

dida. Su implantación sólo podrá hacerse mediante nuevas contrataciones, y el salario mensual de será de 30,417 días de salario mes, de conformidad con las tablas anexas. Siendo su jornada máxima diaria de 12 horas (…).».

[20] Un supuesto análogo podría ser el previsto en el artículo 14 del XIX Convenio colectivo de la empresa SABA Aparcamientos, S.A. (DOGC de 23 de julio de 2004) cuando establece la posibilidad respecto a los centros de nueva creación, nueva adquisición o nueva gestión que la empresa proponga horarios diferentes a los previstos en el convenio si concurren causas análogas a las del artículo 41 del TRLET que lo justifiquen. Salvo que se considere que dicha cláusula no añade nada a lo ya previsto en el artículo 41 del TRLET.

[21] Sin perjuicio de que el grado de imperatividad de la normativa heterónoma haya podido quedar atenuado como consecuencia de unas reformas laborales que han incrementado el grado de dispositividad de la norma estatal. De esta forma y entre muchas otras la STS 25-10-1999 [RJ 1999, 9497] establece que « *La ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del convenio colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario a aquélla, así como, más genéricamente, a lo establecido en las normas de mayor rango jerárquico*». De igual forma, las SSTS 22-3-1988 (RJ 2348), 2-10-1995 (RJ 7087).

La presencia de cláusulas como las anteriormente descritas puede suscitar, como ocurriera en relación a las dobles escalas salariales, dudas acerca de su compatibilidad con los principios de igualdad y no discriminación contenidos en los arts. 14 de la CE y 4.2 c) y 17 del TRLET[22]. Por cuanto, igual que acontecía en relación a aquéllas, cabe plantearse si la diversificación en la ordenación de la jornada convencional, atendiendo a la fecha de ingreso o contratación, superaría el test de razonabilidad que, como consecuencia del principio de igualdad, debe superar la diferenciación en el trato normativo de situaciones homogéneas o equiparables [23].

Creemos que un examen de la doctrina constitucional y jurisprudencial vertida en relación a aquella problemática puede resultarnos útil a efectos de determinar si los criterios empleados en aquella ocasión resultan trasladables al supuesto aquí analizado y , en su caso, con qué alcance y matices.

En este sentido, el primer aspecto a destacar es **la ubicación de dicha problemática en el ámbito del principio de igualdad** y no del principio de discriminación, una distinción de la que se infieren, como se tendrá ocasión de advertir, importantes repercusiones por cuanto las garantías y alcance de uno y otro son diversos. Al respecto, conviene recordar que resulta una apreciación constante en la doctrina científica y judicial la distinción en el ámbito del artículo 14 de dos mandatos diferenciados: el principio general de igualdad ante la ley , de una parte, y la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de otra [24]. Y

---

[22] En un plano estrictamente salarial habría que referirse también al artículo 28 del TRLET. En un plano internacional cabe destacar los arts. 1, 7 y 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio OIT núm. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958 (ratificado por España el 26 de octubre de 1967), el artículo 14 del Convenio OIT núm. 117 relativo a las normas y objetivos básicos de la política social (ratificado por España el 8 de mayo de 1973) o las diferentes Directivas comunitarias existentes en materia de género (Directivas 75/1 17/CEE; 76/207/CEE; 79/7/CEE; 86/378/CEE; 86/613/CEE; 92/85/CEE; 96/34/CE; 97/80/CE) o desde una perspectiva más amplia la Dva. 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su origen racial o étnico y la Dva. 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

[23] La STC 119/2002, de 20 de mayo, se refiere al test de razonabilidad como la exigencia de «*que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida*» (FJ 5).

[24] La distinción, como advierten R ODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid 1986, pág. 66 y ss., constituye el resultado de un proceso evolutivo en cuyos inicios la no discriminación era la conducta prohibida por el principio de igualdad. Una identificación que puede apreciarse en la STC 23/1981 de 10 de julio, o en la STC 7/1982, de 26 de febrero, y que advierte G ARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 48 y ss, al señalar que « *el contenido esencial de la igualdad no se en-*

si bien en ambos casos, el objetivo común o compartido de ambos se sitúa en la realización del principio de igualdad, en tanto que uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), la forma y medios difieren [25].

Así, el **principio de igualdad**, aunque referido expresamente al legislador y a la ley, se entiende como un mandato al conjunto de poderes públicos para que en su acción normativa (igualdad en la ley) o aplicativa (igualdad ante la ley) evite el establecimiento de diferenciaciones carentes de una justificación objetiva, razonable y proporcional [26]. Nos hallamos, por tanto, ante un mandato del que se colige un autentico derecho subjetivo de los ciudadanos a la paridad que no a la igualdad de trato, por cuanto el principio no impide la desigualdad sino que aquellas situaciones que sean iguales sea tratadas de modo diferente sino existe una justificación objetiva y proporcional para esa diferenciación.

La segunda, **la prohibición de discriminación**, se configura como un límite más radical ante ciertas desigualdades que pudieran producirse en el seno de nuestra sociedad por cuanto su actuación va a producirse respecto al conjunto de relaciones sociales, proyectándose no sólo en el ámbito de lo público sino también en el ámbito de las relaciones privadas, e impidiendo, de forma absoluta, esto es, sin posibilidad de justificación alguna, que ciertas características puedan ser utilizadas como factores de distinción[27]. La radicalidad de la prohibición de discriminación se justifica en la singularidad de las circunstancias en las que actúa como límite a la dife-

---

cuentra en la prohibición de establecer tratamientos normativos diferenciados, sino en la interdicción de normaciones diferenciadas no justificadas, esto es, arbitrarias o discriminatorias...la clave del principio de igualdad no radica en la «no diferenciaciación» sino en la «no discriminación»». Destacan igualmente la evolución y la distinción, entre otros, FALGUERA BARÓ, M. A.: «Reflexiones jurídicas…», ob. cit., pág. 118; GARCÍA MURCIA, J.: «Igualdad y no discriminación…», ob. cit., pág. 392; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Igualdad y no discriminación en el empleo», Derecho y conocimiento. Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información y del Conocimiento, vol. 1.º, Universidad de Huelva, pág. 474 (versión electrónica http://www .uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/B11.pdf) o SÁNCHEZ TORRES, E.: «La igualdad real en el trabajo», en AA. VV., *La qualitat en l'ocupació*, I Jornades d'Ocupació, Departament de Treball i Indústria, Barcelona 2006, pág. 179.

[25] La distinción es también una constante en la jurisprudencia así, entre otras, la STS de 5 de mayo de 2006 (RJ 7990), la STS de 17 junio 2002 (RJ 7909), la STS de 3 octubre 2000 (RJ 8659), la STS de 18 de septiembre de 2000 (RJ 7645), la STS de 17 de mayo de 2000 (RJ 5513); la STS de 17 de octubre de 1990 (RJ 7929) y la STS 23 de septiembre de 1993 (RJ 7032).

[26] El principio de igualdad aunque referido inicialmente al legislador y a la ley, como consecuencia de su origen ilustrado, se extendió al resto de actuaciones normativas del conjunto de poderes públicos como consecuencia de la vinculación que para los mismos establece el artículo 53.1 de la CE. Por lo que a nosotros interesa y como se tendrá ocasión de señalar también se extiende a la negociación colectiva.

[27] En este sentido GARCÍA MURCIA, J.: «Igualdad y no discriminación…», ob. cit., pág. 393, considera que «*mientras que el concepto de igualdad de trato tiene una incidencia relativa (pues no busca la parificación a todo trance) y se aplica en términos «relacionales»*

rencia de trato[28] o, como indica el Tribunal Supremo, «*la discriminación consiste, como ya se ha anticipado, en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista*»[29]. Unas condiciones o circunstancias que aparecen delimitadas siquiera que sea de manera abierta por las diferentes normas antidiscriminatorias nacionales e internacionales que existen, de forma que en muchos casos la cuestión esencial se centra en determinar si la diferenciación se basa o asienta en alguno de los factores de no discriminación contenidos en dicha normativa.

Tal y como adelantábamos, la diferenciación salarial atendiendo a la fecha de ingreso en la empresa ha sido considerada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo como una cuestión a enjuiciar en el ámbito del principio de igualdad y no en el de la discriminación por cuanto se ha considerado que la fecha de ingreso en la empresa no constituye un factor de discriminación [30].

En relación a dicha cuestión es preciso advertir que el Tribunal Constitucional, sólo en una de las dos sentencias referidas específicamente a esta problemática se plantea tal cuestión y ello de una manera muy superficial al limitarse a señalar que únicamente el principio de igualdad es el que se podría ver comprometido «*pese a la invocación de ambos principios en la deman-*

---

o comparativos (pues toma como referencia lo que sucede en otras situaciones comparables), el concepto de discriminación parece concebirse como una exigencia de carácter absoluto, totalmente refractaria a las diferencias de trato». De igual forma la STS de 20 junio 2005 (RJ 9061) establece que « *La denominada cláusula antidiscriminatoria se caracteriza por establecer una reacción más enérgica que la que deriva del principio de igualdad, pues se impone a las relaciones privadas y no admite justificaciones*».

[28] El carácter limitado de las circunstancias que cuando actúan como factores de distinción devienen o pueden devenir causas de discriminación lo pone de relieve el TC en múltiples sentencias. Así, la STC 27/2004, de 4 de marzo, « *la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 CE representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE»* (FJ 2.º).

[29] STS de 17 de mayo de 2000 (RJ 5513).

[30] En el ámbito doctrinal, residencian también el tema en el ámbito del principio de igualdad y no en el de la prohibición de la discriminación DEL REY GUANTER, S.: «Fecha de ingreso…», ob. cit., pág. 517; FALGUERA BARÓ, M.A.: «Reflexiones jurídicas…», ob.cit., pág. 122; LUELMO MILLÁN, M. A.: «La doble escala salarial en la negociación colectiva», Aranzadi Social, núm. 5, 2005; LUJÁN ALCARAZ, J.: «A vueltas…», ob.cit., o MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «La admisión condicionada de los pactos de doble escala salarial», Relaciones Laborales, 2004, T. II, pág.795 y ss.

da de amparo» (FJ 2.º, STC 27/2004, de 4 de marzo). Mucho más contundente se ha mostrado el Tribunal Supremo considerando que «*la condición de ser personal de nuevo ingreso no es de suyo bastante para entender que se trata de un propio criterio de discriminación o, dicho de otro modo, que se halla incluida en la referencia del artículo 14 in fine de la Constitución*»[31]. Advirtiendo, en las SSTS de 3 octubre 2000 (RJ 8659) y de 17 de mayo de 2000 (RJ 5513), que a pesar de la aparente amplitud del artículo 14 de la CE, la cláusula abierta del artículo 14 de la CE —«cualquier otra condición o circunstancia personal o social»— «*ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el artículo 14 de la Constitución Española y es claro que esta analogía no concurre en este caso*».

Una posición que aunque, coincidente como hemos señalado, con la del TC en el sentido de no considerar la fecha de ingreso como un factor de discriminación es mucho más radical que la de aquél, pues aunque es cierto que el TC no la ha considerado formalmente un factor de discriminación en el sentido formal, materialmente sí que parece asimila, aún sin vincularle los efectos propios de la discriminación, al advertir en la STC 27/2004, de 4 de marzo, que la diferenciación basada exclusivamente en la fecha de ingreso supone una lógica que «descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo» considerando que «*la desigualdad, por tanto, no ofrece otro soporte visible que una minusvaloración de un grupo segregado y peor tratado, lo que no tiene acomodo en la Constitución a la luz del principio de igualdad (art. 14 CE) ni tampoco en la perspectiva social que impone esa connotación de nuestro Estado de Derecho en conexión con la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integra (art. 9.2 CE)*».

La ubicación de la cuestión en el ámbito del principio de igualdad supone dos consecuencias de suma trascendencia en orden a sus efectos y alcance. De una parte, su proyección en el ámbito normativo y no en el de las relaciones privadas[32] y, de otra, como se verá a continuación, la

[31] STS de 7 julio 2005 (RJ 7327) FJ3.º Rechazan también la consideración de tal cuestión como algo referido al principio de no discriminación la STS de 5 de mayo de 2006 (RJ 7990), la STS de 20 junio 2005 (RJ 9061); la STS de 8 de abril de 2005 (rec. núm. 72/2004); la STS de 19 de octubre de 2003 (RJ 9039); la STS de 12 de noviembre de 2002 (RJ 2003\1026); la STS de 17 junio 2002 (RJ 7909); la STS de 3 octubre 2000 (RJ 8659) o la STS de 17 de mayo de 2000 (RJ 5513).

[32] Si bien el principio de igualdad se configura *a priori* como un mandato dirigido a los poderes públicos y no a los particulares son múltiples las sentencias que, sin embargo, atendiendo a la singular naturaleza del convenio, a su condición o eficacia normativa, han determinado

posibilidad de admitir el tratamiento diferenciado caso de existir una justificación objetiva y proporcional.

4. LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA DIVERSIFICACIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO COMO ELEMENTOS JUSTIFICATIVOS DE LA DESIGUALDAD

La consideración del diferente tratamiento convencional en razón de la fecha de ingreso en la empresa como una desigualdad no discriminatoria, lejos de suponer *per se* su admisión incondicionada, determina, como consecuencia de la proyección del principio de igualdad, la necesidad de valorar su juridicidad desde la perspectiva de dicho principio. De esta forma y conforme reiterada doctrina constitucional y jurisprudencial, dicho principio, sin ordenar una paridad absoluta e incondicionada, exige que los supuestos iguales sean tratados de manera igual pero admite el trato desigual de situaciones homogéneas o comparables cuando existe una justificación objetiva y razonable y las consecuencias jurídicas de la diferenciación sean proporcionadas [33].

La clave de esta forma se sitúa en la superación de dos juicios consecutivos, en los que de forma consecutiva y de manera casuística será necesario acreditar 1) que la desigualdad se asienta o fundamenta en un criterio objetivo y razonable (juicio de razonabilidad) y 2) que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado y el fin pretendido superen un juicio de proporcionalidad en el que se eviten resultados especialmente gravosos o desmedidos. Esto es, y en palabras de la STC 119/2002, de 20 de mayo, recogiendo la doctrina contenida en la STC 200/2001, de 4 de octubre, « *en resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida*»[34].

---

que, aún situándonos en un ámbito privado, se le aplique también el principio de igualdad, aunque como se verá con ciertas particularidades que tratan de acomodarlo al juego de la autonomía de la voluntad y al juego de prestaciones y contraprestaciones que subyace en el origen contractual del convenio. Una extensión que, dado su fundamento, puede plantear dudas en relación a si debe predicarse también de los convenios o acuerdos de naturaleza extraestatutaria.

[33] La aplicación del principio de igualdad, como la prohibición de discriminación, se asienta en una premisa previa: la existencia de situaciones iguales que son tratadas de modo diferenciado. A la constatación de esa identidad u homogeneidad, denominada «juicio de identidad», ya nos referimos anteriormente.

[34] Entre otras, reiteran la necesidad de operar un juicio de proporcionalidad la STC 209/1988, de 10 de noviembre (FJ 6.º); STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 9.º); STC 20/1991, de 31 de enero (FJ 2.º); STC 110/1993, de 25 de marzo (FJ 6.º); STC 176/1993, de 27 de mayo (FJ 2.º); STC 340/1993, de 16 de noviembre (FJ 4.º) o la STC 27/2004, de 4 de marzo (FJ 2.º).

Al respecto conviene remarcar que, aunque, como tuvimos ocasión de comprobar, la fecha de ingreso no se considera *per se* un factor de discriminación tampoco va a considerarse, en todo caso, un factor de diferenciación válido por si mismo, habiendo declarado los Tribunales su inconsistencia como elemento justificativo autónomo de la diferencia de trato[35]. En este sentido cabe destacar como la STC 27/2004, de 4 de marzo, ha considerado que la desigualdad que, en relación al complemento de antigüedad y vinculación, se establecía en un convenio colectivo atendiendo exclusivamente a la fecha de ingreso en la empresa resultaba contraria al artículo 14 de la CE por considerar que ese dato, la fecha de ingreso, no justificaba en si mismo dicha diferenciación [36].

Siendo por ello del todo necesario que la diferenciación en el tratamiento normativo convencional en función de la fecha de ingreso, además de proporcional, venga acompañada de una justificación objetiva y razonable. Una justificación y proporcionalidad en la que el Tribunal Constitucional considera, en su STC 119/2002 (FJ 6.º), por lo que al convenio se refiere, que « *no pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles*» al considerar que en aunque el convenio colectivo ha de respetar « *las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, éstas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el Convenio Colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad*». Una doctrina que va a precisar posteriormente, en la STC 27/2004, de 4 de marzo (FJ 7.º), al considerar como elementos a valorar en un posible juego de contraprestaciones «*que pueda hacer potencialmente compatible la medida con el artículo 14 CE*», la existencia de compromisos empresariales « *dirigidos efectivamente a compensar, favoreciendo a los trabajadores perjudicados, por el trato salarial peyorativo*» o «*previsiones que con base en pautas de compensación o reequilibrio determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva*». Traduciendo,

---

En el ámbito del Tribunal Supremo, entre otras, las SSTS de 1 1 de noviembre de 1986 (RJ 6322), la STS de 28 de septiembre de 1993 (RJ 7085), la STS de 22 de enero de 1996 (RJ 479), la STS de 18 de diciembre de 1997 (RJ 9517), la STS de 3 de octubre de 2000 (RJ 8659), la STS de 17 junio 2002 (RJ 7909) o la STS de 7 de marzo de 2003 (RJ 4499).

[35] También en la doctrina, entre otros, Falguera Baró, M. A.: «Reflexiones jurídicas…», ob. cit., pág. 130; M olero Marañón, M. L.: «La admisión condicionada…», ob. cit., pág. 808 y ss.

[36] En el mismo sentido y en el ámbito de la jurisdicción ordinaria la STS de 22 de enero de 1996 (RJ 479), la STS de 18 de diciembre de 1997 (RJ 9517), la STS de 3 de octubre de 2000 (RJ 8659), la STS de 17 junio 2002 (RJ 7909) o la STS de 7 de marzo de 2003 (RJ 4499).

en términos tal vez excesivamente amplios, la exigencia de justificación y proporcionalidad como exigencia de compensación y transitoriedad.

También el Tribunal Supremo ha considerado que la existencia de una justificación objetiva y legítima y el debido respeto al principio de proporcionalidad pueden justificar las desigualdades en razón de la fecha de ingreso. Considerando como elemento cuya presencia dotaría a la diferenciación de justificación, su configuración como una contrapartida en materia de empleo, esto es, la existencia de un compromiso de mantenimiento, incremento o mejora del empleo vinculado a la desigualdad [37]. Para el Tribunal Supremo, coherentemente con la configuración constitucional del principio de igualdad como suma de justificación, racionalidad y proporcionalidad, la justificación no basta para legitimar la diferenciación requiriendo que la distinción sea adecuada y proporcionada, esto es, que se supere un juicio de proporcionalidad en la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido [38].

Unas exigencias que construidas en el ámbito de las políticas retributivas diseñadas convencionalmente creemos que han de ser aplicadas también, como consecuencia de la proyección del principio de igualdad, en el caso de la ordenación de la jornada. Al respecto conviene advertir que el Tribunal Supremo, en relación a la única sentencia que ha dictado en relación a un supuesto de ordenación de la jornada diferenciada para un colectivo de trabajadores de nuevo ingreso [39], ha considerado que

---

[37] Utilizando palabras de la STS de 17 junio 2002 (RJ 7909) « *la creación de empleo puede ser un motivo poderoso para el establecimiento de cláusulas que, sin dicha motivación, serían ilícitas, por contrarias al principio de igualdad que debe imperar en las normas de convenio colectivo que regulen situaciones iguales*». La creación o mantenimiento del empleo como posibles causas de justificación ya aparecen en la STS de 22 de enero de 1996 (RJ 479), la STS de 18 de diciembre de 1997 (RJ 9517) si bien en ambos casos descartando la existencia de justificación suficiente. De sumo interés resultan las SSTS de 3 octubre 2000 (RJ 8659) y de 17 de junio de 2002 (RJ 7909), dictadas en relación a la distinta regulación convencional de un complemento de antigüedad, por el análisis que efectúa del compromiso de empleo como elemento justificativo al exigirle 1) su realidad, en el sentido de que no sea un mero compromiso « *sin previsión de medida alguna para su cumplimiento ni de sanción para el caso opuesto*»; 2) una mínima efectividad y 3) que el compromiso de empleo no sirva únicamente para « *la regularización de situaciones anteriores abusivas, o de legalidad más que dudosa, no puede ser premiada con ventaja alguna para el causante de la irregularidad. En este sentido, la transformación de contratos temporales en indefinidos, si por su número evidencia una superación de los limitados supuestos en que está permitida la temporalidad en nuestra legislación, es caso paladino de que el sacrificio que se impone, a cambio de legalizar situaciones irregulares, no es razonable*».

[38] Entre otras, la STS de 17 de junio de 2002 (RJ 7909), la STS de 18 de diciembre de 1997 (RJ 9517) o la STS de 7 de marzo de 2003 (RJ 4499).

[39] STS de 24 de octubre de 2002 (RJ 2003\458). Se enjuiciaba el acuerdo firmado por la Empresa Neumáticos Michelín, S.A. y su Comité Intercentros, posteriormente incorporado al convenio. En dicho acuerdo, firmado tras la existencia de dos importantes EREs, como contraprestación a la conversión de un determinado número de contratos temporales en indefinidos se reconocía a la empresa la facultad de reducir hasta en un 30% la jornada de dichos trabajadores, con la consiguiente reducción salarial y de vacaciones.

el problema ha de plantearse desde la perspectiva del principio de igualdad. Dejando al mar gen los problemas que desde la lógica de la actual regulación del contrato a tiempo parcial plantearía una regulación como la allí analizada, en la que la flexibilidad actuaba sobre el *quantum* de la jornada, cabe destacar que el TS sitúa la justificación en la estabilidad en el empleo y en las particularidades del ciclo productivo. Una estabilidad que no es un mero compromiso sino que aparece suficientemente garantizada por cuanto la conversión de temporales en indefinidos aparece cuantificada y deviene elemento necesario para la aplicación de ese singular mecanismo de reducción de la jornada. Unas exigencias que, sin embargo, se atenúan, en lo que se refiere a la debida proporcionalidad exigible a la medida por cuanto las únicas referencias que se hallan en relación a las mismas se sitúan en torno a la limitación de la reducción y a la indicación contenida en el Acuerdo de que la reducción « *se procurará que no recaiga, en exclusiva, en el colectivo de trabajadores convertidos de temporales en fijos*».

Sin que sea necesario exigir una estricta proporcionalidad, cuando la dualidad de las condiciones de trabajo se refiere a la distribución de la jornada, una más rigurosa exigencia de acreditación de la proporcionalidad, en el sentido de racionalización, deviene, a nuestro juicio, no sólo posible sino que constituiría un eficaz estímulo para que la negociación colectiva se convirtiese en un mecanismo de flexibilidad razonada. Para que, de esta forma, también en este ámbito, el principio de igualdad se erigiese en factor de racionalización.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA PARA FAVORECER EL ACCESO AL EMPLEO DE LAS MUJERES MEDIANTE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

MARÍA BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS
Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

SUMARIO:

I. LA PRECARIEDAD LABORAL FEMENINA Y LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA.–a) La precariedad laboral femenina, una lacra que persiste en nuestra sociedad. b) Concepto de acciones positivas y doctrina jurisprudencial. c) Políticas activas de empleo.—II. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO VÍA PARA ESTABLECER MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA QUE FAVOREZCAN EL ACCESO AL EMPLEO DE LAS MUJERES.–a) El papel de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral; La utilización de la negociación colectiva para alcanzar la igualdad efectiva en el ámbito laboral: La Directiva 2002/73/CE y ANC; Modos de paliar la desigualdad de género en el empleo a través de la negociación colectiva. b) Medidas de acción positiva para favorecer el empleo femenino en la negociación colectiva. c) La promoción de la igualdad en la negociación colectiva conforme a la Ley Or gánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

I. LA PRECARIEDAD LABORAL FEMENINA Y LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

a) La precariedad laboral femenina, una lacra que persiste en nuestra sociedad

Tal y como se encar gan de reseñar en su Exposición de Motivos, tanto el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo [1], como la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento del empleo [2], «La evolución reciente del mercado de trabajo en España se ha caracterizado por un fuerte incremento del empleo, que se sitúa en el primer trimestre de 2006 en el 4,9% en tasa de variación interanual». Aumento del empleo que ha supuesto además un «descenso de la tasa de paro desde el 1 1,5% en 2002 y 2003, hasta el 9,2% en 2005 y el 9,1% en el primer trimestre de 2006». Sin embar go, «todavía persisten problemas en el mercado de trabajo español que deben superarse, con la finalidad de cumplir los compromisos de la Estrategia de Lisboa [3] y, en ge-

---

[1] (BOE de 14 de junio de 2006).

[2] (BOE de 30 de diciembre de 2006).

[3] El Consejo de Europa celebrado en marzo de 2000 en Lisboa suscribió el compromiso de lograr para el año 2010 que la Unión Europea se convierta en «la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de un crecimiento económico sostenible, con más y mejores empleos, mayor cohesión social y dentro del respeto al medio ambiente», dicho acuerdo se denominó: «Estrategia de Lisboa». Los objetivos globales que se desean alcanzar en el umbral de 2010 son: 1) Crecimiento considerable de la economía Europea; 2) Internacionalización competitiva del sector privado Europeo; 3) Conocimiento intensivo de la Economía Europea; 4) Economía con un alto nivel de empleo para ambos sexos y todos los grupos de edades; 5) Economía con un bajo nivel de exclusión social y pobreza; 6) Sistema social sostenido fiscalmente a medio y a lar go plazo.

A este respecto el Consejo Europeo de Primavera, celebrado en marzo de 2005, basándose en el Informe Kok (noviembre de 2004), planteó la necesidad de relanzar la Estrategia de Lisboa, concentrando sus objetivos en el crecimiento y el empleo, y teniendo como referencias permanentes la cohesión social y el desarrollo sostenible. Asimismo, el Consejo acordó que cada Estado Miembro presentara su respectivo Programa Nacional de Reformas (PNR), estructurado en torno a Veinticuatro Directrices Integradas para el Crecimiento y el Empleo 2005-2008.

neral, de mejorar la situación de los trabajadores», cuales son, entre otros, «la reducida tasa de ocupación y actividad de las mujeres españolas» y la elevada tasa de temporalidad, la más alta de la Unión Europea, con niveles particularmente elevados en el colectivo femenino.

La precariedad laboral es especialmente incisiva en el sector femenino. A la baja actividad de este colectivo (de cada 100 ocupados que hay en España, 60 son hombres y 40 mujeres, cuando la población se reparte prácticamente al 50%), debe añadirse el hecho de que el 65% del empleo a tiempo completo lo ocupan los hombres y el 35% restante, las mujeres. Por el contrario, nada menos que el 78% del empleo a tiempo parcial lo ocupan las mujeres, cuya tasa de actividad se sitúa 20 puntos por debajo de la masculina: el 69% frente al 48,5% [4]. A lo que debe de sumarse el hecho de que las mujeres ganan por término medio un 15% menos que los hombres, según los datos de la propia Comisión Europea.

España es, además, uno de los países de la Unión Europea con una tasa de paro femenino más elevada: un 12,2%, porcentaje que supera en más de cinco puntos el nivel de desempleo masculino, que también sobrepasa la media comunitaria. De los 25 países que conformaban la UE antes de la entrada de Rumanía y Bulgaria, España se sitúa como el cuarto país con más paro femenino, sólo por detrás de Polonia, Eslovaquia y Grecia, donde la tasa de desempleo de las mujeres alcanza el 19,1%, el 17,2% y el 15,3% [5].

Tales datos son el fiel reflejo de la actual situación laboral de la mujer, que pese a la proclamación formal del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, no ha logrado alcanzar la igualdad ma-

---

El Gobierno Español ha elaborado un Programa Nacional de Reformas que pretende dos grandes objetivos: alcanzar en 2010 la conver gencia plena en renta per cápita y superar en ese año la tasa de empleo de la Unión Europea. La tasa de empleo, definida como el cociente entre la población ocupada y la población en edad de trabajar , alcanzó el 56,3% en 2000 y ha mostrado un aumento sostenido hasta alcanzar en el año 2004 el 61,1%. Este incremento ha venido determinado por la reducción del desempleo, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y la considerable entrada de inmigrantes. Para el año 2010, el PNR establece como objetivo alcanzar una tasa de empleo del 66%, un punto por encima del actual promedio europeo. Además, en el PNR señala como uno de los principales objetivos la consecución del aumento de la tasa de empleo femenino desde el 48% hasta el 57% superando la media europea.

Vid. http://www.la-moncloa.es/PROGRAMAS/PNR/default.htm

[4] Datos publicados en El Confidencial Digital el 19 de marzo de 2007.

[5] Francia, Alemania e Italia superan levemente el 10%, mientras que el resto de países se encuentran por debajo de la media de la UE-25 (9,8%) o la igualan, como es el caso de la República Checa. Las tasas más bajas de paro femenino de la Europa a 25 corresponden a Luxemburgo (5,9%), Austria (5,5%), Dinamarca (5,3%), Países Bajos (5,1%), Reino Unido (4,3%) e Irlanda (4%). En estos países las mujeres se encuentran en lo que se conoce como 'pleno empleo técnico', expresión que se utiliza cuando el índice de paro ronda el 6%.

Datos de Eurostat difundidos por el Instituto de Estudios Económicos y publicados en www.estrelladigital.es el 6 de marzo de 2007.

terial entre hombres y mujeres, pues las mujeres aún siguen teniendo que salvar mayores dificultades para acceder a un empleo remunerado y padeciendo la distribución de roles sexistas que descargan sobre las mismas el mayor peso de las responsabilidades familiares [6].

Para solventar esa discriminación «*material*» las legislaciones nacional y europea que en su día proclamaron el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, así como la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral [7], se han visto obligadas a dar un paso más estableciendo medidas de acción positiva tendentes a impulsar la incorporación, permanencia y promoción de las mujeres en el mercado laboral.

---

[6] A este respecto, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Despido de una mujer embarazada y discriminación por razón de sexo. [Comentario a la STJCE de 30 junio 1998, Asunto C-394/96 (TJCE 1998, 159)]», *Aranzadi Social,* Vol. III, 1998, págs. 2544-2550, ha señalado que «Además de inveteradas razones ideológicas y socio-culturales determinantes de una distribución de roles sexista que ha descargado históricamente sobre la mujer el mayor peso de las responsabilidades familiares, manteniéndola alejada de los circuitos laborales, existe un motivo económico vinculado a un factor biológico exclusivo de la condición femenina que puede frenar y de hecho está disuadiendo en muchos casos la contratación laboral de las mujeres, a saber: el coste adicional que para las empresas puede reportar la ocupación de una mujer si ésta queda embarazada». Declaración que pese a contar con casi diez años y el establecimiento de la medida denominada «coste cero», que exonera a los empresarios del pago de la cuota a la Seguridad Social si contratan sustitutos durante el periodo de maternidad o adopción de una trabajadora, no deja de ser una realidad, pues el empresario sigue considerando como un «*coste*» el tener que sustituir a la trabajadora durante el periodo de maternidad.

[7] A nivel europeo la normativa a este respecto es muy prolija: la Directiva 75/1 17/CEE, de 10 febrero 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 79/7/CEE, de 19 diciembre 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; la Directiva 86/613/CEE, de 1 1 diciembre 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad; la Directiva 86/378/CEE, de 24 julio 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social; la Directiva 92/85/CEE, de 19 octubre 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; la Directiva 96/34/CE, de 3 junio 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, basada también en el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; la Directiva 97/80/CE, de 15 diciembre 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; la Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre de 2000, sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976; la Directiva 2004/1 13/CE, de 13 de diciembre, que aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, Relativa a la aplicación del principio de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

b) Concepto de acciones positivas y doctrina jurisprudencial

Las acciones positivas pueden ser definidas como medidas específicas a favor de un colectivo discriminado para corregir las situaciones patentes de desigualdad desde un punto de vista sustancial y no meramente formal, que conlleva tratamientos desiguales, pero no discriminatorios.

Por lo que se refiere a la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, la compatibilidad del principio de igualdad formal con las medidas de acción positiva, así como la necesidad de adoptar este tipo de medidas ha sido ampliamente reconocida y justificada en el ámbito del Derecho Internacional [8].

La adopción de dichas acciones positivas es considerada una excepción al principio general de igualdad de trato, pues se trata de medidas discriminatorias en apariencia que pretenden eliminar las efectivas desigualdades de hecho que persisten en el ámbito laboral [9].

Nuestra doctrina constitucional ha reconocido su legitimidad afirmando que «Los obstáculos que impiden la efectiva igualdad entre hombres y mujeres pueden ser removidos a través de medidas de apoyo que aseguren esa igualdad real de oportunidades» (STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ núm. 5) [10] y que «No toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo o categoría que venga definido por el sexo vulnera el artículo 14 de la CE» (STC 128/1987, de 23 de noviembre, FJ núm. 6) [11]. En consecuencia, «No puede reputarse discriminatoria la acción de favorecimiento siquiera temporal que los poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial» (STC 28/1992, de 9 de marzo, FJ núm. 3) [12].

Concretamente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la medida de acción positiva consistente en la compensación de los gastos de guardería únicamente a las trabajadoras y no a los trabajadores de sexo masculino (STC 128/1987, de 16 de julio) y en contra de los cupos para el acceso al empleo, declarando nulas las medidas de discrimi-

---

[8] Pérez del Río, T.: «Comentario a la sentencia del TJCE Sala Segunda de 30 de septiembre de 2004, asunto 319/03 Briheche, sobre las medidas de acción positiva y su compatibilidad con el derecho comunitario *», Revista de Derecho Socal*, núm. 32/2006, pág. 1 del soporte informático www.tirantonline.com.

[9] Molina Hermosilla, O.*: La dimensión jurídica de la política de empleo*. *El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Temas Laborales, 2004, pág. 380.

[10] VV.AA.: *Prontuario de Doctrina Social del Tribunal Constitucional (1981-2005)*, Navarra, Aranzadi. 2005, pág. 53.

[11] *Idem*.

[12] *Idem*.

nación positiva en el empleo establecidas convencionalmente a favor de mujeres, mediante cláusulas que obligaban la contratación forzosa del doble de mujeres que de hombres (STC de 16 de marzo de 1987).

El Tribunal de Justicia Europeo también se ha manifestado sobre la justificación y los límites de las medidas de acción positiva a favor de las mujeres en el ámbito laboral: STJCE de 17 de octubre de 1995, Kalanke, asunto C 450/93; STJCE de 1 1 de noviembre de 1997, Marschall, asunto C 409/95; STJCE de 28 de marzo de 2000, Badeck, asunto C 158/97; STJCE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson y Anderson, asunto C 407/98[13]; STJCE de 19 de marzo de 2002, Lommers, asunto C 476/99; y STJCE de 30 de septiembre de 2006, Briheche, asunto C 319/03. En estas sentencias el TJCE ha enjuiciado hasta tres categorías de medidas de acción positiva[14]:

1. Medidas que no son directamente discriminatorias por su naturaleza, en el sentido de que no limitan el derecho a la igualdad de trato individual, sino que solamente tratan de mejorar la formación, la cualificación, en definitiva la empleabilidad de las mujeres. Un ejemplo es la reserva a las mujeres de una cuota de plazas para participar en cursos de formación (caso Badeck).

2. Medidas que pretenden permitir la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales. Como por ejemplo la reserva de plazas de guardería para las empleadas en un Ministerio holandés (caso Lommers).

3. Medidas que implican un tratamiento diferenciado de las mujeres en relación a los hombres, y que asumen como finalidad reducir la infrarepresentación de las mujeres en la vida profesional. Se trata de medidas que inciden directamente en el empleo otorgando preferencia en los procesos de selección o fijando objetivos o cuotas que deben alcanzarse (caso Marshall).

La admisibilidad de la primera clase de medidas apenas suele plantear dudas, siendo más cuestionable el caso del segundo tipo y sobre todo del tercero.

En todo caso, el TJCE considera discriminatoria la preferencia automática de las mujeres en el acceso o la promoción en el empleo, pese a que pueda tratarse de sectores en los que éstas están infrarrepresentadas (caso Kalanke), proscribiendo el recurso a la imposición de unas cuotas

---

[13] *Vid*. Pulido Quecedo, M: «Discriminación positiva de la mujer en el acceso al empleo público: las enseñanzas del Derecho Comunitario Europeo. (Nota sobre la STJUE, de 6 de julio 2000, Caso Abrahamsson y Aderson», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 9/2000, págs. 9-13, 2000.

[14] Pérez del Río, T.: *op. cit.*, págs. 3-4 del soporte informático.

rígidas de reserva de empleos a favor de la mujer (casos Kalanke, Marshall y Badeck). No obstante, podrá justificarse tal preferencia, si no es automática y queda garantizado el derecho de los candidatos varones a que su situación sea evaluada objetivamente, independientemente de su sexo (caso Marshall)[15].

Así pues, la implantación de estas medidas es totalmente admisible siempre y cuando concurran los siguientes requisitos: 1) que pueda realizarse una comparación de la situación real en que se encuentran distintos colectivos, caracterizados por alguna de las circunstancias tuteladas; 2) que la realidad demuestre la existencia de desventajas para uno de tales colectivos; 3) que las medidas propuestas persigan conseguir la igualdad (no superioridad); 4) que las medidas en cuestión resulten adecuadas y proporcionadas; y 5) que cesen las medidas cuando se compruebe la consecución del fin perseguido[16].

c) Políticas activas de empleo

Para conseguir la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito laboral se han establecido una serie de políticas activas de empleo que comprenden, de una parte, medidas destinadas a actuar directamente sobre el mercado de trabajo para aumentar el empleo o reducir el paro, tales como los incentivos económicos a la contratación (bonificaciones, subvenciones, etc.); y de otra parte, las destinadas a mejorar los procesos de ajuste a corto y medio plazo entre la oferta y la demanda de trabajo, ya sea mediante la formación de los activos, el incentivo (o la supresión de obstáculos) a la movilidad geográfica de la mano de obra, la mejora de la intermediación entre los flujos de oferta y demanda en el mercado de trabajo, e incluso la mejora de la formación de este mercado[17].

Tanto el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, como la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, acuerdan medidas destinadas a potenciar la eficiencia de las políticas activas de empleo, ocupándose básicamente de bonificar la cuota empresarial de los empleadores que contraten mujeres en general o con unas determinadas características que les hace más propensas a ser mar ginadas en el mercado laboral.

Junto a la normativa de fomento de empleo deben destacarse las políticas de igualdad promovidas por el Instituto de la Mujer , entre las que desta-

---

[15] Molina Hermosilla, O.*: op. cit.,* pág. 380.

[16] Sempere Navarro A. V.: «Contratación laboral y libertad de empresa», separata *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Colección Estudios, 2006, pág. 106.

[17] CES: *Informe 1/2005. Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo*, Colección de Informes del CES, 2005, pág. 41.

can el IV Plan de Igualdad de Oportunidades para las mujeres 2003/2006 [18] y el Programa Óptima[19], que entre las diferentes medidas que contemplan para conseguir la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, contienen interesantes medidas de acción positiva en el ámbito laboral [20].

II. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO VÍA PARA ESTABLECER MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA QUE FAVOREZCAN EL ACCESO AL EMPLEO DE LAS MUJERES

a) El papel de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral

La utilización de la negociación colectiva para alcanzar la igualdad efectiva en el ámbito laboral: La Directiva 2002/73/CE y ANC

La negociación colectiva constituye un marco muy apropiado para la puesta en práctica del principio de igualdad entre hombres y mujeres [21]. En primer lugar, por tratarse de la expresión de diálogo y pacto, lo que la convierte en un instrumento privilegiado de nivelación y participación a través de la representación de los distintos intereses en juego [22], y en se-

[18] Vigente hasta el 31 de diciembre de 2006, comprende un total de 168 líneas de acción agrupadas en ocho áreas estratégicas: Introducción de la perspectiva de género en las políticas públicas; igualdad entre hombres y mujeres en la vida económica; participación en la toma de decisiones; promoción de la calidad de vida de las mujeres; fomento de la igualdad en la vida civil; transmisión de valores y actitudes igualitarias; conciliación de la vida familiar y laboral; y cooperación. Puede verse en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en la siguiente dirección: http://www .mtas.es/mujer/politicas/piom.doc.

[19] Es una iniciativa del Instituto de la Mujer (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) para fomentar la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en las empresas. Cofinanciado por el Fondo Social Europeo, se puso en marcha en 1995 y se encuentra encuadrado dentro de las Estrategias Europeas para el empleo, habiendo sido elegido como «Buena Práctica» por la Unión Europea. Puede verse en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en la siguiente dirección: http://www .tt.mtas.es/optima/contenido/quees.html.

[20] El Programa Óptima tiene en la empresa su ámbito de actuación, siendo algunos de sus objetivos similares a los apuntados a modo de orientaciones por los agentes sociales firmantes del ANC-2003: implantar en las empresas acciones orientadas a facilitar la incorporación de mujeres en sectores y ocupaciones en los que éstas se encuentran subrepresentadas, así como en los niveles de responsabilidad intermedia y superior de las or ganizaciones; estrategias dirigidas a compatibilizar las responsabilidades laborales y familiares; mecanismos efectivos para evitar el acoso sexual en el trabajo así como la eliminación de cualquier manifestación sexista en el lenguaje, en la imagen y en el trato, tanto en el interior de las or ganizaciones como en su imagen exterior. CES: *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*, Madrid, Colección Informes CES, 2003, pág. 38.

[21] Montoya Melgar, A.: «El derecho al trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres» en S ánchez Trigueros C. (Coord.): *La presencia femenina en el mundo laboral: Metas y realidades*, Navarra, Aranzadi, 2006, pág. 45.

[22] *Cfr.* Alemany Zaragoza: E.: «Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días», Discurso de ingreso a la «Real Academia de Doctores» como académico numerario electo, pronunciado el 14 de diciembre de 2004, Aranzadi Social núm. 22/2004, pág. 6.

gundo lugar, porque es una fuente del Derecho Laboral que a diferencia de la ley está sometida a una renovación periódica y dotada de una mayor capacidad de adaptación y aproximación a la realidad sectorial y de empresa[23].

El convenio colectivo goza de una posición privilegiada para hacer frente a prácticas o costumbres muy arraigadas en otros tiempos en el ámbito laboral (como la diferencia de categorías o incluso de oficios en función del sexo) inadmisibles en la actualidad [24] y debe convertirse en uno de los principales instrumentos para paliar la discriminación [25].

La utilización de la negociación colectiva con el objeto de lograr la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral viene instándose desde la Unión Europea, especialmente a través de la Directiva 2002/73/CE, que configura la negociación colectiva como instrumento esencial para la aplicación del principio de igualdad, y solicita a los Estados miembros que alienten a los agentes sociales para que, en el nivel adecuado, suscriban convenios colectivos que establezcan normas antidiscriminatorias e inciten a los empresarios a fomentar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en los lugares de trabajo de forma planificada y sistemática a través de la presentación a los representantes del personal de información adecuada sobre la situación real de hombres y mujeres en las empresas, por medio de estadísticas sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles de la organización y la propuesta de medidas para mejorar la situación constatada[26].

A este respecto, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva en 2002 (ANC-2002), es el primer ANC en el que la igualdad de oportunidades constituye un objetivo. Es más, fruto de dicho Acuerdo se aprobó un documento sobre «Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva». A partir del mismo, todos los ANC siguen esta línea. Así, el ANC-2003 reitera los objetivos fijados por el de 2002, fomentando la igualdad de oportunidades y la eliminación de discriminaciones en el empleo por razón de género, con la aprobación de un documento de Consideraciones generales y buenas prácticas so-

---

[23] CES: *La negociación colectiva…, op. cit.*, págs. 67-68.

[24] García Murcia J.: «Igualdad y discriminación por razón de sexo: la negociación colectiva «en Sánchez Trigueros C. (Coord.): *La presencia femenina en el mundo laboral: Metas y realidades*, Navarra, Aranzadi, 2006, pág. 79.

[25] Rodríguez-Piñero: «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2006, pág. 98.

[26] *Cfr.* Merino Segovia, A.: «Igualdad de género y tutela de la mujer trabajadora en la negociación colectiva», *Revista de Derecho Social*, núm. 20, 2002, pág. 206 y Pérez del Río, T.: «Igualdad y género en el Empleo» en *Guías de Negociación*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, pág. 42.

bre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva, que corroboró la apuesta decidida de los agentes sociales por un modelo de relaciones laborales que integre la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los principios de la or ganización de la empresa[27].

El ANC de 2007 considera adecuados para su tratamiento en la negociación colectiva criterios generales en materia de igualdad de oportunidades, tales como: la inclusión de cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones, a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentados; la fijación de criterios de conversión de contratos temporales a fijos que favorezcan a las mujeres, cuando en igualdad de condiciones y méritos, se encuentren afectadas en mayor medida que los hombres por el nivel de temporalidad; el estudio y, en su caso, el establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género; la eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional (categorías, funciones, tareas); la subsanación de las diferencias retributivas que pudieran existir por una inadecuada aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor; un tratamiento de la jornada laboral, vacaciones, programación de la formación, etc. que permita conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar; la evaluación de la aplicación del convenio desde la perspectiva de género, a través del seguimiento realizado por la Comisión Paritaria.

Modos de paliar la desigualdad de género en el empleo a través de la negociación colectiva

Las medidas adoptadas desde la negociación colectiva para conseguir una plena igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral pueden ser de muy distinta índole:

1. Promoción de la participación de la mujer en los sindicatos y en la negociación colectiva.
2. Establecimiento de cláusulas generales antidiscriminatorias [28].
3. Potenciar los ámbitos convencionales amplios —sector nacional— ya que se han constatado niveles superiores de discriminación en los convenios de ámbito más reducido.

---

[27] CES: *La negociación colectiva…, op. cit.,* pág. 70.

[28] No obstante, no debe olvidarse que la presencia de este tipo de cláusulas declarativas no garantiza que el convenio incorpore la óptica de la igualdad por razón de género en todo su articulado. CES: *La negociación colectiva…, op. cit.,* pág. 45 y PÉREZ DEL RÍO, T.: «Igualdad y género…», *op. cit.,* pág. 57.

4. Eliminar la segregación ocupacional en los procesos de contratación, es decir, los estereotipos que determinan la asignación de trabajos diferentes a hombres y mujeres, mediante el establecimiento de sistemas objetivos de contratación, acceso y promoción que garanticen la eliminación de toda discriminación [29].

5. Exigir a los convenios de ámbito sectorial la realización de análisis estadísticos sobre la situación de empleo en las empresas de más de 50 trabajadores y el estudio de las razones que llevan a la situación que se constate si ésta es discriminatoria, lo que podría ir además unido a un compromiso de modificación de la situación mediante la adopción de medidas de acción positiva.

6. Obligación del empresario de informar a los representantes de los trabajadores sobre la evolución del empleo [30].

7. Garantizar la estabilidad en el empleo mediante la conversión de contratos temporales en fijos. Dado el mayor porcentaje de mujeres contratadas a tiempo parcial esta medida favorecerá fundamentalmente a dicho colectivo.

8. Asegurar la aplicación del principio de proporcionalidad y de igualdad de derechos de los trabajadores a tiempo parcial y de los trabajadores temporales. En este sentido, debe recordarse también que el número de mujeres con un contrato temporal o a tiempo parcial es muy superior que el de hombres.

9. Fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral y facilitar que los hombres puedan ser copartípes del cuidado de los hijos.

10. Proscribir la desigualdad retributiva, cuidando la regulación convencional no discriminatoria de los planes o fondos de pensiones o de las denominadas mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

---

[29] La negociación colectiva es sin embar go excesivamente parca en este tipo de previsiones. MERINO SEGOVIA, A., *op. cit.,* pág. 210.

[30] Son minoritarios los convenios que expresamente prevén que el empresario deberá informar a los representantes de los trabajadores sobre la evolución previsible del empleo y las condiciones que deben reunir los aspirante, así como los distintos cursos de formación que habrán de recibir (art. 12 del II del Convenio colectivo estatal de las cadenas de tienda de conveniencia 2002-2005). No obstante, algún convenio colectivo otor ga a los comités de empresa en los procesos de selección del personal la facultad de «velar por la observancia de los principios de no discriminación, igualdad de sexo y fomento de una política racional de empleo» (art. 34 del XIII Convenio colectivo estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable, artículo 42 del XI Convenio colectivo estatal de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos y anexo I del Convenio colectivo nacional del sector de harinas panificables y sémolas). M ERINO SEGOVIA, A.: *op. cit.,* pág. 210.

11. Instaurar comisiones paritarias de igualdad de oportunidades [31].
12. Impulsar la formación profesional de las mujeres.
13. Difundir la igualdad de oportunidades en la participación en los procesos de formación de las empresas.
14. Prevención de riesgos orientada en función del género.
15. Establecimiento de protocolos de acción contra el acoso sexual.
16. …

b) Medidas de acción positiva para favorecer el empleo femenino en la negociación colectiva

Entre las diversas fórmulas para luchar contra la desigualdad laboral por razón de género a través de la negociación colectiva se viene haciendo hincapié en la adopción de medidas de acción positiva para favorecer el empleo femenino. Sin embar go, este tipo de medidas son muy minoritarias[32], entre otros motivos por su difícil articulación, y quizá sobre todo en el contexto de la negociación colectiva, donde la lucha o contraposición de intereses suele estar mucho más presente [33].

En la negociación colectiva española podrían calificarse de insólitos los convenios colectivos que regulan este tipo de cláusulas [34].

Son escasos los convenios que aluden expresamente a las medidas de acción positiva, sin desarrollar ni prever acciones específicas al respecto (convenio colectivo estatal del sector de fabricación del calzado manual, ortopedia y a medida; convenio colectivo para talleres de reparación y conservación del calzado usado; convenio colectivo de banca privada; II con-

---

[31] Algunos convenios colectivos encomiendan a las Comisiones Paritarias funciones en este ámbito pero resulta sin duda mucho más eficaz la creación de Comisiones específicas con el objetivo de promover la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y controlar y evitar las situaciones de discriminación por razón de sexo. Son excepcionales los convenios que contienen este tipo de instituciones y procedimientos de garantía, como es el caso del XII Convenio colectivo general de la Industria Química (disposición adicional tercera). PÉREZ DEL RÍO, T.: «Igualdad y género…, *op. cit.*, pág. 57.

[32] GARCÍA MURCIA, J.: *op. cit.*, pág. 86. De hecho, tal y como pone de relieve, ALEMANY ZARAGOZA: E.: *op. cit.*, pág. 6, en la negociación colectiva no se dedica prácticamente ninguna atención a la situación de la mujer trabajadora. En muchos casos, simplemente se transcriben las normas reguladoras específicas sobre los derechos de las mujeres, o se realizan declaraciones programáticas de medio y lar go alcance en su puesta en funcionamiento efectivo.

[33] GARCÍA MURCIA, J.: *op. cit.*, pág. 82.

[34] Los ejemplos de convenios que contienen medidas de acción positiva en la negociación colectiva española que van a ser citados son meramente indicativos, no se trata de una lista exhaustiva.

venio colectivo del grupo de Unión Fenosa; I convenio colectivo de la Sociedad estatal correos y telégrafos, sociedad anónima; y convenio colectivo de la empresa Red Eléctrica de España s.a.). Otras cláusulas que pretenden garantizar la igualdad en el acceso al empleo, evitan quedarse en una mera declaración de principios incluyendo un plan sectorial para promover la igualdad de oportunidades (XIII convenio colectivo general de la industria química), haciendo responsables de su cumplimiento a los representantes de los trabajadores (convenio colectivo estatal para la fabricación de helados; convenio colectivo general de la industria azucarera; convenio colectivo para industria metalgráfica y de fabricación de envases de pastas, papel y cartón; convenio colectivo para perfumerías y afines; convenio colectivo para comercio textil de Barcelona; y convenio colectivo de empresas auxiliares del metal de Asturias), o comprometiéndose a la creación de un futuro plan de acción positiva (convenio colectivo del sector del metal de Córdoba). Establecen de forma neutra la necesidad de articular una acción positiva del género menos representado para acceder a puestos de los grupos profesionales en los que se dé dicha subrepresentación (convenio colectivo de la empresa Fertiberia s.a; convenio colectivo de perfumería y afines; y IV convenio colectivo Patentes Talgo s.a.) y se garantiza que en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del género menos representado en el grupo profesional de que se trate (convenio colectivo de Saint-Gobain Cristalería s.a.).

Si son infrecuentes los convenios que disponen la intención de desarrollar acciones positivas, mucho más peregrinos son aquellos que dan un paso más, facilitando el acceso a la formación o a la contratación en puestos tradicionalmente masculinos. En este sentido, el convenio estatal para las industrias del curtido, correas, cueros industriales y curtición de pieles para peletería prevé, si bien con carácter potestativo, la posibilidad de que las empresas firmantes del convenio or ganicen programas específicos de formación profesional para la mujer trabajadora y el convenio estatal de contratas ferroviarias prescribe que la empresa acordará con los representantes de los trabajadores los destinatarios de la formación continua, y señala como colectivo preferente el de las mujeres trabajadoras, especialmente si su cualificación es más deficitaria.

En el terreno de la contratación, para garantizar el acceso de la mujer al empleo no puede obviarse tampoco la necesidad de que las ofertas de empleo se redacten con fórmulas neutras. A este respecto deben destacarse el convenio colectivo de la empresa Repsol Butano s.a. y el convenio colectivo de Repsol Comercial de productos petrolíferos S. A., que además exigen que los procedimientos de selección que impliquen promoción respeten el principio de igualdad de oportunidades, promoviendo la contratación, a igual mérito y capacidad del género subrepresentado. Si bien, en materia de contratación, la acción positiva más resuelta se halla en el convenio colectivo de Aceite y derivados de Tarragona que

establece que en caso de baja por maternidad, la sustitución se efectuará por otra mujer, siempre que la empresa entienda que tiene que cubrirse provisionalmente la plaza.

Finalmente, cabe también señalar como medidas de acción positiva insertas en la negociación colectiva aquellas que tratan de estabilizar el empleo, con independencia de que vayan dirigidas exclusivamente al género femenino, pues como ya se ha reiterado, éste es el que alcanza mayores índices de temporalidad. Así, otorgan preferencia para convertirse en fijos de plantilla a los trabajadores en formación, en prácticas temporales, o a tiempo parcial, entre otros convenios: el convenio colectivo de grandes almacenes; convenio colectivo de la industria del metal del principado de Asturias; convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad; convenio colectivo nacional para las empresas mayoristas e importadoras de productos químicos, industriales y de droguería, perfumería y anexos; convenio colectivo estatal de residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio; convenio colectivo estatal para las empresas or ganizadoras del juego del Bingo de Cataluña; convenio colectivo estatal para las empresas de frío industrial; convenio colectivo estatal para las industrias de pastas, papel y cartón; y convenio colectivo estatal para las industrias de perfumería y afines.

No obstante, sería conveniente que la negociación colectiva articulara, en la conversión de temporales a fijos y de trabajadores a tiempo parcial por trabajadores a tiempo completo, criterios de preferencia hacia las mujeres que, en igualdad de condiciones y méritos, trabajan en sectores o empresas en los que el nivel de temporalidad les afecte en mayor medida que a los hombres [35].

c) La promoción de la igualdad en la negociación colectiva conforme a la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

La incorporación de medidas de acción positiva en la negociación colectiva para corregir la desigualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, demandada en la Directiva 2002/73/CE, así como en los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva desde el año 2003, es por fin recogida en la flamante Ley Or gánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [36], que incorpora al ordenamiento español dicha Directiva.

La LO 3/2007 pretende dar un paso decisivo en la consecución del principio de igualdad y no discriminación de forma transversal, prestan-

[35] Merino Segovia, A.: *op. cit.*, págs. 212-213.
[36] BOE de 23 de marzo de 2007.

do especial atención a la corrección de las desigualdades en el ámbito de las relaciones laborales[37]. En consecuencia, dedica el Título IV al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, cuyo Capítulo I, sobre Igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, contiene dos artículos: el artículo 42 que declara en su párrafo 1 que «Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo» y en su párrafo 2 señala que los programas de inserción laboral activa podrá destinarse prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres; y el artículo 43, en el que se insta a que la negociación colectiva establezca medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo, así como la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.

La negociación colectiva adquiere en esta Ley el papel que le corresponde en la promoción de la igualdad, pues en su seno se han de elaborar los planes de promoción de la igualdad y las medidas específicas para prevenir el acoso sexual en el trabajo, además de establecer las acciones positivas en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo, en la clasificación profesional, promoción y formación, abriéndose un amplio abanico de posibilidades de negociación para todos los convenios colectivos, cualquiera que sea el ámbito de aplicación e interpretación [38].

Como corolario, sólo cabe expresar el firme deseo de que a partir de la vigencia de la LO 3/2007, el establecimiento en la negociación colectiva de acciones positivas para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo, clasificación profesional, promoción y formación, no sea un mero deseo del legislador, sino una realidad constatable en la negociación colectiva española, así como la plena efectividad de tales medidas, que como se ha puesto de manifiesto, en la mayoría de los casos su efecto es puramente proclamático.

---

[37] *Vid*. García Ninet, J. I.: «Avance sobre el borrador de anteproyecto de la ley de garantía de la igualdad entre mujeres y hombres», *Tribuna Social,* pág. 7, 2006.

[38] *Vid*. CC.OO.: *Negociación colectiva y proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Secretaría Confederal de la Mujer de CC.OO., pág. 10.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA INSERCIÓN DE LOS JÓVENES PROFESIONALES CUALIFICADOS EN EL MERCADO DE TRABAJO

RAFAEL ÁLVAREZ GIMENO
Investigador FPU Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO.—2. FIGURAS CONTRACTUALES Y PSEUDOCONTRACTUALES ORDENADAS PARA LA INSERCIÓN DE LOS JÓVENES CUALIFICADOS.–2.a. El contrato de trabajo en prácticas. 2..b. Becas laborales frente a contratos de trabajo. 2.c. Otros contratos de trabajo que pueden favorecer la inserción laboral de los jóvenes.—3. MEDIDAS EXTRACONTRACTUALES P ARA EL FOMENTO DEL EMPLEO.–3.a. La nueva política de incentivos. 3.b. La información y orientación sobre el mercado se trabajo.—4. CONCLUSIÓN.

1. PLANTEAMIENTO

En España, como en toda Europa, la dificultad de los jóvenes para encontrar un puesto de trabajo estable y conforme con su cualificación profesional ha sido una constante que ha determinado una parte importante de los contenidos de las políticas sociolaborales en los últimos años. A pesar de que se ha demostrado que el desempleo juvenil está estrechamente relacionado con el de los adultos [1], no es menos cierto que entre los sectores más jóvenes de la población se registran tasas de paro y niveles de precariedad laboral particularmente elevados [2]; por ello, la especial preocupación que han mostrado los agentes sociales, los estudiosos del empleo y los propios poderes públicos por la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo está plenamente justificada.

Conviene aclarar que «los jóvenes» conforman un segmento demográfico muy amplio y heterogéneo [3]. A lo largo de las dos últimas décadas, se ha acentuado progresivamente la polarización de los niveles educativos: así, mientras el fracaso escolar se ha disparado, siendo cada vez más los adolescentes que abandonan sus estudios sin haber superado los ciclos obligatorios de enseñanza, el porcentaje de titulados universitarios ha aumentado considerablemente, sobre todo entre las mujeres [4], si bien

---

[1] O´Higgins, N.: *Desempleo juvenil y políticas de empleo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección general de publicaciones, Madrid, 2001, pág. 12.

[2] Concretamente, en España, la tasa de desempleo de los jóvenes menores de 30 años se sitúa en torno al 16% y la tasa de temporalidad llega a alcanzar el 80% entre los menores de 20. Estos porcentajes son superiores tanto a los datos generales de empleo en nuestro país como a los datos de empleo juvenil en Europa. Vid. Tabla del Eurostat, Labour Force Survey recogida y comentada en CES: *El papel de la juventud en el sistema productivo español,* Madrid, 2005, págs. 40 y ss.

[3] *Vid*. VV. AA.: *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico*. *Por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*. (Informe de la comisión de expertos para el diálogo social), MTAS, Madrid, 2005, pág. 1 19.

[4] Para el estudio de esta cuestión, estimamos que los datos más significativos son aquellos que se centran el segmento de población que va de los 25 a los 29 años de edad, puesto que

es cierto que en el último lustro, ante el progresivo avance de la Formación Profesional, ese incremento porcentual parece haberse frenado. A pesar de que la regla general en los países occidentales es que «a mayor formación, mayores posibilidades de empleo», los jóvenes técnicamente cualificados, sobre todo en ciertas profesiones, tienen en nuestro país una especial dificultad para conseguir una ocupación estable y acorde con sus estudios [5]. Estas razones, entre otras, justifican que se haya considerado oportuno centrar el objeto de estudio de esta comunicación en la inserción de esos jóvenes cualificados en el mercado laboral. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por jóvenes cualificados?

De entrada, es preciso poner de manifiesto que, a pesar de que el término «juventud» ha tratado de ser acuñado por distintos organismos internacionales [6], el paso del tiempo, la diversidad en la composición demográfica de los Estados y los diferentes enfoques en torno a los cuales puede girar la definición de «joven», hacen imposible la existencia de un concepto universal y unívoco. Dicho esto, no debe extrañarnos que las políticas sociolaborales de juventud de los distintos Estados se dirijan a franjas de edad relativamente diversas. En lo que concierne a nuestro país, tampoco resulta sencillo delimitar un segmento sociológico concreto, por lo que el concepto de «joven» como grupo social de referencia a efectos de este trabajo será el que en cada momento contemple la medida laboral que se analice [7]. No obstante, como se verá a lo largo de este trabajo, de la mayoría de las medidas articuladas por el legislador español se puede extraer la conclusión de que, *lato sensu*, a efectos sociolaborales, jóvenes son aquellas personas que tienen más de dieciséis años, edad por debajo de la cual no se puede trabajar en nuestro ordenamiento, y menos de treinta [8], pues son muy pocas las políticas de empleo que incluyen demandantes de trabajo por encima de esa edad en el grupo protegido más joven.

Tampoco resulta pacífico definir qué trabajadores, jóvenes o no, deben tenerse por cualificados. En líneas generales se podría decir que es-

---

muchos de quienes se encuentran por debajo de los 25 no han podido completar sus estudios, precisamente, por razón de su edad. A la luz del Censo de Población y Viviendas de 2001 se puede observar como el número de diplomados, licenciados y doctorados, entre 25 y 29 años, estaba próximo al 27%. Entre las mujeres de esa edad, el porcentaje asciende hasta el 32%.

[5] Así se desprende de La Encuesta de Juventud 2004, la cual refleja que casi un 64% de los trabajadores titulados de entre 16 y 29 años no trabajan en nada relacionado con su cualificación académica. Por otro lado, la tasa de desempleo de los jóvenes de entre 25 y 30 años con carrera universitaria es del 10,8%, frente al 1 1.2% del total del grupo de edad. (Fuente: Encuesta INE 2006).

[6] Así la OIT, la UE o, incluso, la ONU han dado distintas definiciones de joven. Vid. VV. AA.*: Lecciones de Derecho de empleo*. (Dir. Rodríguez Piñero Royo, M.), Tecnos, Madrid, 2003, pág. 362.

[7] Así se sugiere en VV. AA.: *Políticas Sociolaborales* (Dir. Sempere Navarro, A.), Tecnos, Madrid, 2005, pág. 214.

[8] En algunos estudios se toma directamente esta franja de edad como referencia, así: VV. AA.: *El papel de la juventud en el sistema productivo español*, CES, Madrid, 2005, pág. 5.

tán cualificadas todas aquellas personas que han obtenido, ya sea dentro o fuera del sistema educativo, un título universitario o de Formación Profesional que les habilite para el desempeño de una profesión para la cual se requiera un cierto grado de especialización técnica [9]. Sin embargo, esta definición puede ser atacada en un doble sentido: por un lado, puede haber profesiones que requieren algo más que un título académico, por ejemplo, un examen de colegiación; y por otro, la normativa sectorial de seguridad y salud a menudo incluye en la definición de trabajadores cualificados a personas con experiencia profesional acreditada por la propia empresa, aunque éstas no estén en posesión de un título oficialmente reconocido[10]. En este sentido, desde la perspectiva de la política de empleo, sobre la que este trabajo ha de centrarse, consideramos que no debe en ningún caso entenderse por personal cualificado aquél que no haya obtenido siquiera un «certificado de profesionalidad» que acredite su pericia técnica. Por el contrario, todos aquellos que han obtenido dentro del sistema educativo un título universitario o de Formación Profesional Específica, deben ser considerados como mano de obra especializada, con independencia de que para el desempeño de alguna profesión se les requiera algún requisito adicional.

Ante el hecho de que el desempleo y la precariedad laboral juvenil resulten problemas comunes en todos los países de nuestro ámbito cultural, resulta pertinente, antes de entrar en materia, que nos preguntemos hasta qué punto esas dificultades de inserción laboral no resultan circunstancias subjetivas inherentes a la propia juventud. En este sentido, se ha dicho que la probabilidad de que los jóvenes abandonen su trabajo voluntariamente es mayor que cuando se trata de trabajadores mayores, que posiblemente deben afrontar ciertas car gas familiares[11], esto es, la «inquietud juvenil» y la falta de responsabilidades repercute en contra de la propia estabilidad laboral. Por otra parte, qué duda cabe de que la falta de experiencia que llevan aparejados los primeros años de la etapa laboral del individuo supone un factor determinante a la hora de integrarse en el mercado de trabajo; se podría decir que «no se es contratado por no tener experiencia y ésta no se consigue por no ser contratado» [12]. Por último, la circunstancia que, en nuestra opinión, adquiere una mayor relevancia es el hecho de que las empresas, ante situaciones económicas adversas, antes de despedir a quienes ya tienen un contrato indefinido en vigor , lo que

[9] Así puede deducirse del artículo 1 1.1 LET. Para más detalle puede verse la relación de títulos del Ministerio de Educación Ciencia y Deporte (http://www .mecd.es/mecd/titulos/index.html). No obstante, en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, dentro de su nivel 1, se incluyen ciertas categorías de trabajadores cuyas funciones se catalogan como de «auxiliares» y que, ciertamente, se encuentran en la frontera de la cualificación técnica.

[10] Por ejemplo el RD 614/2001, de 8 de junio, de disposiciones mínimas para la protección y la seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico.

[11] O´Higgins, N.: *Desempleo juvenil y políticas de empleo*, cit. págs. 49 y 50.

[12] VV. AA.: *Políticas Sociolaborales* (Dir. Sempere Navarro, A.) cit. pág. 226.

hacen es cesar en la contratación y no renovar los contratos temporales, lo cual afecta a las capas jóvenes de la población muy por encima de la media; además, en caso de llegar a amortizar plazas, resulta evidente que el despido de los trabajadores con menor antigüedad (probablemente jóvenes) va a resultar más barato que el de los más veteranos. Por consiguiente, se debe concluir que, efectivamente, existen factores estructurales que determinan *per se* que el empleo entre los jóvenes sea más escaso y precario. No obstante, ello no justifica los desproporcionados niveles de sobrecualificación, temporalidad y paro existentes en España, ni puede, en modo alguno, inducir a pensar que la introducción de medidas de empleo específicamente dirigidas a los jóvenes sea un esfuerzo vano.

En todo caso, interesa señalar que estamos ante un problema que debe ser afrontado desde una perspectiva global, pues el desempleo juvenil no puede ser mitigado sin articular un conjunto de políticas de índole económica, educativa y laboral. En cualquier caso, dado el marco en el que este trabajo se ubica y las limitaciones impuestas, en lo que sigue, nos centraremos, fundamentalmente, en medidas de carácter laboral estatal dirigidas al fomento del trabajo dependiente. Concretamente, en el apartado 2, se analiza de forma crítica el impacto y la problemática jurídica de una serie de figuras contractuales que, directa o indirectamente, pueden servir para la inserción de los jóvenes cualificados en el mercado de trabajo; mientras que en el apartado 3 se examinan las principales medidas de carácter extracontractual que los poderes públicos han establecido con el fin de mejorar la empleabilidad del colectivo que centra el interés de esta comunicación.

2. FIGURAS CONTRACTUALES Y PSEUDOCONTRACTUALES ORDENADAS PARA LA INSERCIÓN DE LOS JÓVENES CUALIFICADOS

2.a. El contrato en prácticas

Tradicionalmente, la figura contractual paradigmática dirigida a introducir en el mundo laboral a los jóvenes cualificados ha sido el «contrato en prácticas»[13], una subespecie de los denominados «contratos formativos», en la actualidad regulados en el artículo 1 1 LET. Esta modalidad contractual tiene una naturaleza predominantemente laboral[14],

[13] La Ley de Relaciones Laborales introdujo en 1976 la figura del contrato en prácticas como una estrategia para insertar en el mercado de trabajo al creciente grupo de demandantes de empleo «con estudios».

[14] Sobre la naturaleza laboral de los contratos formativos: «con más motivo la del contrato en prácticas, en el que no se trata de adquirir conocimientos para desempeñar un oficio». Rabanal Carbajo, P.: *Los contratos de trabajo formativos*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 21.

quedando el elemento formativo muy atenuado, pues, como se verá, las obligaciones formativas del empresario no van más allá del mero hecho de emplear al titulado en un puesto que le permita poner en práctica ciertos conocimientos adquiridos con anterioridad [15]. Sin embargo, cabe advertir que, a menudo, nuestros tribunales sostienen que el elemento formativo se integra dentro de la causa y del objeto de este tipo contractual[16], interpretación que, ante la realidad del modelo normativo, puede resultar algo forzada[17].

Concretamente, el artículo 1 1.1 LET indica que los empresarios pueden concertar contratos en prácticas con aquellas personas que están en posesión de un título universitario, de Formación Profesional o reconocido oficialmente como equivalente, que habilite para el ejercicio profesional. A pesar de que este tipo contractual no se circunscribe directamente a un segmento de edad determinado, esos trabajadores cualificados deben encontrarse dentro de los cuatro años posteriores a la terminación de los estudios correspondientes (seis si son minusválidos). Consecuentemente, en la práctica va a resultar que los destinatarios de esta figura son mayoritariamente jóvenes recién titulados [18]. Es por ello que, indudablemente, estamos ante una medida orientada a personas jóvenes.

Como es lógico, estos trabajadores deben ser empleados en puestos de trabajo que les permitan adquirir la práctica profesional adecuada a su nivel de estudios, así lo prevé la letra a) del 1 1.1 LET. Sin embargo, la doctrina científica y los tribunales coinciden en señalar que una interpretación restrictiva de esta correlación sería contraproducente [19], lo que, sin duda, constituye una observación acertada, puesto que un excesivo rigor supondría reducir la utilización de esta figura contractual al mínimo y

---

[15] El aprendizaje es consecuencia «directa y exclusiva del acto de trabajar y no de operaciones distintas. García Murcia, J.: «Trabajo Formativo», en *La ordenación jurídica del trabajo social, una referencia para Asturias*, CES de Asturias, Oviedo, 2005, cit. pág. 55.

[16] STS de 14 de mayo de 1992 (Ar 3557) y de 23 de febrero de 1994 (Ar 1228).

[17] Este tipo contractual no deja de ser un contrato de trabajo ordinario que ofrece unos incentivos para el empleo de jóvenes titulados faltos de experiencia laboral, por tanto, la causa del mismo no es otra que la voluntad de intercambiar salario por trabajo dependiente en régimen de ajenidad, propia de cualquier contrato laboral.

[18] Así lo demuestran las estadísticas. Concretamente, un 94,5% de los contratos en prácticas se conciertan con personas menores de 30 años. (Fuente: INEM. Estadística de Contratos Registrados, 2004).

[19] Así, entre otros: C ardenal Carro, M.: *Contratos de trabajo formativos*, Aranzadi, Madrid, 1997, págs. 118 y 119. Rabanal Carbajo, P.: *Los contratos de trabajo formativos*, cit. pág. 81. S empere Navarro, A. y C ardenal Carro, M.: «Fomento del empleo juvenil: los contratos formativos», en *Política de empleo y protección social*. Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social. Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 1996, págs. 227 y 228. Algunos de los últimos pronunciamientos judiciales, a este respecto, son: la STSJ Castilla y León (V alladolid) de 22 de septiembre de 2003 (AS. 74483) o la STSJ Cantabria de 2 de julio de 2004 (AS. 1713).

tendría unas consecuencias muy negativas en la política de empleo juvenil. Pero, ¿hasta qué punto se pueden flexibilizar los términos de este tipo contractual sin incurrir en un fraude de ley? Ciertamente, trazar una línea fronteriza no resulta fácil y la «intensidad» de la flexibilidad permisible difiere de manera notable según quien sea el intérprete. Por un lado, están quienes, debido a la inexistencia de una relación unívoca entre los títulos universitarios y los puestos a desempeñar, se decantan por hacer una interpretación laxa en la que, en la medida que exista una cierta relación entre los conocimientos teóricos adquiridos y el trabajo a realizar, se va a admitir la utilización de esta modalidad contractual [20]. Por otro lado, la doctrina judicial predominante viene a ser algo más restrictiva en sus apreciaciones y argumenta que esa flexibilización no puede llegar al extremo de permitir la formalización de contratos de esta naturaleza si la relación existente ente los estudios cursados y el puesto para el que se contrata es tan irrelevante que ha de concluirse que el ejercicio profesional no es el adecuado para la aplicación práctica de los conocimientos adquiridos[21], exigencia que, a nuestro parecer, no carece de fundamento para el desempeño de tareas que requieren una formación técnica específica[22]. No obstante, ante la moderna organización del trabajo conviene señalar que hay ciertas actividades relacionadas con la gestión, planificación y supervisión para las cuales se requeriría una interpretación de los términos legales más flexible.

Estos contratos en prácticas deben tener, por imperativo legal del 11.1.b), una duración mínima de seis meses y máxima de dos años; no obstante, dentro de estos límites, la negociación colectiva sectorial podrá hacer concreciones que acomoden esta figura contractual al ámbito o sector en cuestión. Cuando inicialmente se hubiese pactado un contrato en prácticas por menos tiempo del máximo legal o convencionalmente permitido, las partes podrán acordar hasta dos prórrogas, siempre y cuando, la duración global del contrato no se extienda más allá del máximo impuesto [23].

---

[20] En este sentido, Sempere Navarro, A. y Cardenal Carro, M.: «Fomento del empleo juvenil: los contratos formativos», cit. págs. 227 y 228. Estos autores entienden que, por ejemplo, un economista puede integrarse en una asesoría jurídica y un licenciado en Filosofía en un departamento de recursos humanos, aduciendo argumentos de carácter sociológico.

[21] STSJ Cantabria 25 de abril de 2005 (AS 1003), STSJ Cataluña 30 de abril de 1994 (AS 3087) y STSJ País Vasco 5 de febrero de 2004 (AS 1919). Esta última negó la posibilidad de contratar en prácticas a un licenciado en químicas para desempeñar las funciones de «gestor de operaciones» en un banco. Lo que en ningún caso niegan estas sentencias es la posibilidad de que el contratado bajo esta modalidad pueda realizar ciertas tareas no relativas a la puesta en práctica de los conocimientos previamente adquiridos, siempre y cuando, éstas no ocupen la mayor parte del tiempo de trabajo.

[22] En aquellos supuestos en los que no se aprecia la preceptiva relación titulación-trabajo se habrá incurrido en fraude de ley, lo que supone, en virtud del artículo 22.3 RD 488/1998, la conversión del vínculo en ordinario e indefinido.

[23] Arts. 11.1. b) y c) LET y 19 RD 488/21998.

Debe quedar claro que el citado tope legal de dos años no sólo se circunscribe a la relación contractual que une al trabajador con su empleador presente, sino que hace referencia al tiempo que puede estar una persona contratada bajo esta modalidad en virtud de una misma titulación, sin importar si las prácticas se han realizado con un mismo empresario o con varios. En caso de sobrepasarse el límite legal de dos años o el convencionalmente establecido dentro de un mismo sector el trabajador adquirirá la condición de fijo[24], y en el supuesto de haberse extinguido ya su relación se entenderá que ha existido un despido improcedente [25].

El principal atractivo con el que cuentan los empresarios para celebrar este contrato formativo es el de poder retribuir a los trabajadores en prácticas con un salario por debajo del pactado para los titulados que, al margen de esta modalidad contractual, ocupan puestos de naturaleza análoga o equivalente. A este respecto, la negociación colectiva puede fijar específicamente la retribución salarial que considere adecuada para los empleados bajo este régimen; en defecto de tal previsión el trabajador en prácticas cobrará, al menos, el 60%, durante el primer año, y el 75%, durante el segundo, de las cuantías convencionalmente pactadas para un trabajador que desempeñe un puesto de trabajo equivalente [26]. El legislador confiere, por tanto, prioridad a la autonomía colectiva para fijar el salario de los trabajadores en prácticas, que, según se deduce de la letra de la Ley, van a poder percibir cantidades inferiores a las legalmente establecidos de forma subsidiaria. Esta duplicidad de escalas salariales encuentra su fundamento en la «falta de experiencia» del trabajador y en una presunta «menor calidad» de su trabajo. Estas razones justifican que la constitucionalidad de dicha duplicidad en la escala salarial no sea cuestionada [27]. Ahora bien, a nuestro parecer, debe quedar patente que la cuantía anualmente fijada en el Real Decreto de Salario Mínimo Interprofesional debe operar como un mínimo infranqueable [28]; primero, porque así lo aclara el artículo 2.1 RD 488/1998[29], y segundo, porque, a diferencia de los contratos de aprendizaje, no resulta razonable presumir la existencia de una porción salarial en especie por una formación que, como se ha expuesto, no va más allá del mero ejercicio del poder de dirección empresarial.

---

[24] Artículo 22.3 RD 488/1998.

[25] No obstante, para evitar que los trabajadores se beneficien de su mala fe o su ignorancia, el legislador ha previsto en el artículo 23 del Reglamento la posibilidad de que los empresarios, antes de celebrar un contrato formativo, recaben una certificación del INEM en la que conste el tiempo que el trabajador ha estado al abrigo de un contrato en prácticas; si no reciben respuesta en diez días, quedan exonerados de responsabilidad.

[26] Artículo 11.1 LET e)

[27] Así se deduce del razonamiento de la STC 31/ 1984, de 7 de marzo.

[28] Cfr. Rabanal Carbajo, P: *Los contratos de trabajo formativos*, cit. pág. 126. Sempere Navarro, A. y Cardenal Carro, M.: «Fomento del empleo juvenil: los contratos formativos». cit págs. 233 y 234. Valdés Dal Ré, F.: «El contrato en prácticas», 1994, *RL I*, págs. 276 y 277.

[29] No obstante, lo cierto es que ésta podría ser interpretada como una previsión *ultra vires*.

A pesar de que el contrato en prácticas resulta, al menos *a priori*, una figura de sumo interés para la inserción de los jóvenes titulados como trabajadores cualificados por cuenta ajena, su impacto real en el mercado de trabajo ha sido sensiblemente inferior al que cabía desear[30]. En buena medida, estos datos negativos se deben a que existe una inmensa bolsa de demandantes de empleo titulados en ciertas especialidades escasamente demandadas por las empresas [31]. No obstante, al mar gen de estos problemas de carácter estructural, ciertamente difíciles de solucionar a corto plazo, el contrato de trabajo en prácticas está siendo comúnmente «precedido» e, incluso, «sustituido» en la práctica empresarial por una serie de figuras al mar gen del Derecho del Trabajo[32], de las cuales damos cuenta en el epígrafe siguiente.

2.b. Becas laborales frente a contratos de trabajo

Las becas, en teoría, son unas ayudas económicas que se conceden por entidades públicas o privadas con la finalidad de subvencionar los estudios o la formación de sus beneficiarios [33]. Sin embargo, en la práctica, la concesión de becas es utilizada frecuentemente con propósitos fraudulentos, para encubrir auténticos contratos de trabajo. Ciertamente, la frontera que separa lo laboral de lo formativo resulta a menudo difícil de trazar, y ha dado origen a una prolija jurisprudencia. Al margen de las becas, de las que se podría decir que constituyen el paradigma de las relaciones pseudolaborales en nuestro país, no podemos ignorar la existencia de otras figuras que, a medio camino entre la formación y el trabajo, quedan también fuera del ámbito protector del Derecho del Trabajo. Nos referimos, principalmente, a las prácticas no remuneradas en empresa y a las pasantías propias de la abogacía; unas y otras consistentes en un «intercambio de servicios»[34].

Para el estudio de esta cuestión se debe partir de la premisa de que la laboralidad de una relación no depende, en ningún caso, de la calificación contractual que hagan las partes; la determinación de la existen-

---

[30] Concretamente, los contratos en prácticas representan escasamente el 1% del total de contratos registrados en la franja de edad de entre dieciséis y treinta años y el 0,5 del total de contratos registrados. Fuente: Servicio público de Empleo (antiguo INEM), encuestas de contratos registrados 2004 y 2006.

[31] *Vid*. VV. AA.: *El papel de la juventud en el sistema productivo español,* cit. págs. 63 ss.

[32] En este sentido, Rodríguez Cardo, I.: «Criterios de deslinde entre beca y relación laboral: a propósito de la última doctrina judicial», en *AL* núm. 19, 2006, págs. 2309 y 2310.

[33] Así puede deducirse de la definición ofrecida por el *Diccionario de la RALE* y por nuestros tribunales. Vid. Nota 37 de este mismo trabajo.

[34] «Vienen a ser una especie de permuta especial en la que el objeto del cambio no son sino prestaciones de actividad personal». Se trata de un contrato civil atípico e innominado, que, en principio, no está legalmente prohibido. G arcía Murcia, J.: «Trabajo Formativo», cit. págs. 69 y 70.

cia de un contrato de trabajo deviene de la propia realidad en la que se desarrolla dicha relación, pues si ésta cumple con los requisitos del artículo 1.1 LET el vínculo será laboral [35]. Por consiguiente, en cada caso deberá examinarse si se dan los elementos de voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia en los términos del mencionado precepto legal.

De la interpretación gramatical del artículo 1.1 LET pudiera deducirse que todas las «prácticas no remuneradas» carecen de este elemento retributivo y, por tanto, debe ser automáticamente descartada su naturaleza laboral. Sin embargo, una reflexión más profunda sobre esta cuestión apunta a que la inexistencia de una percepción dineraria, en realidad, no resuelve *per se* la existencia o inexistencia de un contrato de trabajo, pues una perspectiva correcta nos permite ver que lo fundamental no es esa retribución en sí misma, sino aquello que se retribuye: la prestación de un trabajo productivo útil y con valor económico [36]. Dicho de otra manera, lo trascendental no es si se cobra por la realización de unas tareas o no, sino si se debería o no cobrar por ellas. Por tanto, en nuestra opinión, puede haber «prácticas no remuneradas» u otros intercambios de servicios que enmascaren un contrato de trabajo.

El elemento sustantivo determinante en la complicada tarea de delimitar el contrato de trabajo de las becas no puede ser otro que la «ajenidad». Las becas han sido definidas por la jurisprudencia como unas donaciones modales «en virtud de las cuales el becario recibe un estipendio, comprometiéndose a la realización de algún tipo de trabajo o estudio que redunda en su formación y en su propio beneficio» [37]. Es decir, a diferencia de lo que ocurre con el trabajo por cuenta ajena, los becarios reciben un dinero destinado a su formación, que, en principio, resulta algo desligado del ciclo productivo de la empresa. Idealmente, debe suponerse, por tanto, que el becante no incorpora a su patrimonio un rendimiento o unos frutos derivados del «trabajo o estudio» desarrollado por el becario. Sin embargo, parece universalmente admitido, tanto por los tribunales como por la doctrina científica[38], que en el desarrollo de las prácticas pue-

---

[35] Entre otras muchas, STS de 27 de abril de 1998 (Ar . 3870), STS 29 de diciembre de 1999 (Ar. 1427), STS 9 de diciembre de 2004 (Ar . 1427).

[36] Así se expuso brillantemente, a propósito de la pasantía, por G onzález Ortega, S.: «Relación de un pasante con su abogado» en *RPS* núm. 120, 1978, págs. 311 ss. Igualmente, se reproduce esta ar gumentación al examinar la retribución en el contrato para la formación en Rabanal Carbajo, P.: *Los contratos de trabajo formativos*, cit. págs. 22 y 23.

[37] Se han dado muchas definiciones por parte de los tribunales, pero la caracterización más precisa es la realizada por las STS de 26 de junio de 1995 (Ar . 5365), STS 22 de junio de 1988 (Ar. 6036) o STS 13 de junio de 1988 (Ar . 5270), y que se recoge en el texto.

[38] Entre las reflexiones doctrinales podemos destacar la de G arcía Murcia, J.: «Trabajo Formativo». cit. págs. 60 ss., que distingue unas becas puras de otras «impuras» en las que existen algunos elementos lucrativos empresariales que contaminan su carácter benévolo. También hacen referencia a esta necesidad de ponderar: M oreno I Gené, J.: «Las be-

den realizarse ciertas actividades que redundan, de forma más o menos indirecta, en beneficio de quien concede la ayuda. Con ello, la diferenciación entre el contrato de trabajo y la beca se torna una valoración sobre cuál es el objeto principal de la relación: si lo es la obtención de un trabajo productivo o si, por el contrario, lo es la formación del becario. Para llevar a cabo tal juicio no queda más remedio que ponderar casuísticamente una serie de indicios que denotan el interés predominante en la relación.

Respecto de quienes estuvieran ya titulados, parece evidente que, si de lo que se trata es de completar la formación previamente adquirida, las tareas que se pueden encomendar a quienes sean perceptores de una beca, deberán estar en conexión directa con esos estudios cursados que se pretenden complementar[39]. Sin embargo, la determinación de los trabajos a realizar por los becarios que todavía no hubieran concluido los ciclos formativos correspondientes resulta, a nuestro entender, mucho más dudosa. Por una parte, se puede entender que las tareas que imponga el becante a sus beneficiarios deben estar igualmente orientadas a la puesta en práctica de alguno de los conocimientos que ha adquirido o debe adquirir en el marco de los estudios cursados. Esta primera interpretación supondría la declaración de laboralidad de la mayoría de las «becas de colaboración» convocadas por la Administración, en general, y por las universidades, en particular[40]. Por otra parte, cabe entender que la finalidad que debe presumirse como prioritaria en la convocatoria de este tipo de bolsas no es otra que la de ayudar a los becarios en la financiación de sus estudios, pudiendo realizar los estudiantes tareas de colaboración productivas para el benefactor, siempre que éstas no comprometan la superación de los cursos becados[41].

---

cas y los contratos formativos: ¿dos caras de la misma moneda?», en VV.AA. Política de empleo y protección social. Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social. Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 1996, pág. 281 ss. GOÑI SEIN, J. L.: «Las becas y el encubrimiento de contratos laborales» (Comentario jurisprudencial) *REDT* núm. 14, 1983, págs., 293 y ss. Por citar algunas sentencias, sirvan como ejemplo las antes aludidas: STS 4 de abril de 2006 (Ar . 2325) STS de 26 de junio de 1995 (Ar . 5365), STS 13 de junio de 1988 (Ar . 5270), no obstante, la admisión de esta «impureza» puede verse en casi cualquier pronunciamiento judicial que aborde esta cuestión.

[39] MORENO I GENÉ, J.: «Las becas y los contratos formativos: ¿dos caras de la misma moneda?», en VV. AA. *Política de empleo y protección social*. Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social. Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 1996, pág. 284.

[40] Un estudio más detallado sobre esta cuestión en: RODRÍGUEZ CARDO, I.: «Criterios de deslinde entre beca y relación laboral …», cit., págs. 2296-2299.

[41] La STSJ País Vasco de 2 de noviembre de 2005 (AS. 2738) manifiesta de forma ejemplar la división de opiniones que existe entre nuestros jueces respecto de este tipo de becas. En el pronunciamiento en cuestión, el fallo se declara partidario de la primera interpretación, la más restrictiva, declarando la laboralidad de la relación; por el contrario, el voto particular del magistrado Pablo Sesma, se inclina por la segunda opción, la más flexible.

En caso de declararse que detrás de la supuesta beca subyacía un contrato de trabajo, deberá procederse a la calificación del mismo. A este respecto, los tribunales vienen entendiendo que existe fraude de ley (art. 6.4 CC), por lo que procede presumir que el vínculo es de carácter indefinido y ordinario (15.3 LET); en caso de haber cesado ya la relación, se declarará la existencia de un despido improcedente [42].

La ausencia de una regulación legal de las becas laborales y de las prácticas en empresa, al margen de las propias convocatorias de concesión[43], ha favorecido que muchos jóvenes cualificados estén trabajando por retribuciones por debajo del SMI, sin los derechos laborales que garantiza la LET y al margen de la acción protectora de la Seguridad Social. Los becarios y practicantes, ante la competitividad del mercado laboral, se ven obligados a aceptar las «reglas» unilateralmente impuestas por las empresas y a trabajar bajo condiciones a menudo fraudulentas y abusivas. Se pudo pensar que la creación, a finales de los años 70, de modalidades contractuales como la que hoy recoge el artículo 11.1 LET[44], incentivaría la contratación laboral de titulados sin experiencia, al tiempo que reduciría el creciente protagonismo de las becas. Sin embargo, las «ventajas» de excluir a estos jóvenes de casi toda protección social continúan pesando más que la búsqueda de una plena legalidad de las relaciones laborales.

Ante la circunstancia de que la sombra del fraude de ley planea sobre la gran mayoría de las becas, sobre todo de las concedidas por instituciones privadas a personas, en teoría, ya formadas, parece imponerse la necesidad de establecer una restricción o, cuando menos, una regulación general de las mismas. Si nuestro Sistema Educativo se adaptara a las necesidades del mercado de trabajo y se incentivasen algo más los contratos en prácticas, el legislador estaría en disposición de afrontar esta cuestión con más efectividad. En nuestra opinión, la solución más efectiva sería la de vetar con carácter general la concesión de becas a personas que ya estén en posesión del título profesional correspondiente, tanto si las tareas a realizar se relacionan con su formación, pues esa es la razón de ser de los contratos en prácticas que pueden suscribir en virtud del menciona-

---

[42] *Vid*. GOÑI SEIN, J. L.: «Las becas y el encubrimiento de contratos laborales» (Comentario jurisprudencial) *REDT* núm. 14, 1983, págs., 293 y ss. Cfr . STSJ Madrid de 19 de mayo de 2003 (AS 3423).

[43] Aunque el Real Decreto 63/2006, que sustituye al Real Decreto 1326/2003, ha establecido un estatuto para el personal investigador en formación, la gran mayoría de las becas, todas aquellas ajenas a la investigación científica, siguen sin una regulación legal o reglamentaria de carácter general. Al margen de ello, aprovechamos para manifestar las dudas que plantea el hecho de que se haya empleado un Real Decreto y no una norma con rango de Ley para incluir y excluir del ámbito laboral al personal investigador en formación.

[44] Dice VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El contrato en prácticas», cit. pág. 254, que la figura contractual del 11.1 LET se creó ya con la intención de sustituir las becas por contratos de trabajo.

do título; como si no lo hacen, puesto que ya no hay unos estudios en curso cuya financiación justifique tal «ayuda» [45]. A pesar de ello, convendría dejar abierta la posibilidad de que los agentes sociales, por medio de la negociación colectiva, y el Gobierno, por vía reglamentaria, determinasen un catálogo de profesiones en las que, por sus especiales características, cabe aceptar la realización de un período de prácticas al margen del Derecho del Trabajo[46]. En todo caso, esas excepciones habrían de estar regladas con carácter previo, fundamentalmente en lo concerniente a su contenido y duración máxima. Por el contrario, las becas y prácticas formativas anteriores a la obtención del título no sólo deberían consentirse, sino potenciarse y , en la medida de lo posible, controlarse por las autoridades educativas y de empleo; ello garantizaría que los estudiantes, al finalizar su formación académica, estuviesen en unas condiciones idóneas para incorporarse al mercado de trabajo a través de los contratos en prácticas del artículo 1 1.1 LET o, incluso, mediante modalidades contractuales por tiempo indefinido.

2.c. Otros contratos de trabajo que pueden favorecer la inserción laboral de los jóvenes

A pesar de que el contrato en prácticas es, por el momento, el único tipo contractual del Derecho del Trabajo español que tiene una vocación específica de insertar en el mercado de trabajo a los jóvenes con una cualificación técnica, existen también otras figuras que, al menos indirectamente, podrían favorecer la empleabilidad y la estabilidad laboral de las personas de menos edad y con menos experiencia. En este sentido, debemos referirnos principalmente a los contratos de relevo y a los denominados contratos para el fomento de la contratación indefinida.

2.c.1. El contrato de relevo

Fue en 1984[47], a propósito de una reforma de la LET , cuando se introdujo el contrato de relevo como una modalidad de reparto del empleo. Originalmente, el contrato de relevo, a pesar de no estar específicamente dirigido a los jóvenes, se concebía como un mecanismo de sustitución generacional al que se le presuponía una transmisión de conocimientos [48].

---

[45] Partiendo de la segunda de las interpretaciones expuestas a este respecto en el epígrafe anterior.

[46] Por ejemplo, no vemos desacertado que para el ejercicio de la profesión de abogado se permita realizar una «pasantía»; incluso contemplamos la posibilidad de que ésta sea de carácter obligatorio.

[47] La Ley 32/1984 modificó, entre otros preceptos, el artículo 12 LET , sobre trabajo a tiempo parcial.

[48] Martínez Emperador, R.: «El contrato de relevo», *DL núm. 15*, 1985, pág. 54. Calvo Gallego, F.: *El acceso progresivo a la jubilación: del contrato de relevo a la jubilación parcial*. C.A.R.L., Sevilla, 2002, pág. 143.

En esta figura convergen dos «realidades contractuales» diferentes [49]. De una parte, la de un trabajador que ha cotizado el tiempo suficiente para tener derecho a una pensión contributiva de jubilación, pero que puede no haber alcanzado la edad necesaria para jubilarse, faltándole para ello un máximo de 5 años, que concierta con su empresario una reducción de jornada y salario. De otra parte, la de un demandante de empleo inscrito como tal o un trabajador a tiempo parcial de aquella misma empresa, que suscribe con el empresario del empleado parcialmente jubilado un contrato laboral que cubre, como mínimo, la porción de jornada que se le redujo a ese primer trabajador . Esta segunda realidad contractual es la que constituye, propiamente, el contrato de relevo.

A pesar de que la reforma de 2001 introdujo en el artículo 12.6 LET la «posibilidad» de concertar contratos de relevo para sustituir a personas que han cumplido la edad de jubilación, el contexto tradicional y arquetípico de esta modalidad contractual es aquel donde el relevista cubre la jubilación parcial de un trabajador al que todavía le falta un tiempo para alcanzar dicha edad; pues, en este supuesto, la contratación simultánea de dicho relevista es preceptiva. En estos casos, el contrato de relevo propiamente dicho debe celebrarse, o bien, por tiempo indefinido, o bien, por una duración idéntica al tiempo que le falte al relevado para alcanzar la «edad de jubilación ». Por tanto, con la regulación vigente, en el supuesto de que el relevado se jubile por completo antes de cumplir la edad, el contrato de relevo debe permanecer en vigor [50]. Sin embargo, si quien cesa con anterioridad al cumplimiento de la edad de retiro por el trabajador parcialmente jubilado es el relevista, parece que el empresario deberá proceder a la celebración de un nuevo contrato de relevo [51]. En caso de que ocurra justo lo contrario y el relevado continúe ocupando parcialmente su puesto de trabajo, el relevista inicialmente contratado por tiempo determinado podrá ser renovado por períodos anuales, extinguiéndose el contrato, en todo caso, al finalizar la anualidad en la que el trabajador parcialmente jubilado cese de forma definitiva y total.

Ahora bien, el artículo 12 LET no exige que el puesto de trabajo a desempeñar por el relevista deba coincidir exactamente con el del empleado

---

[49] Expresión de Palomeque Lope, M.C. y Álvarez de la Rosa, M.: *Derecho del Trabajo* cit. pág. 553. El trabajador parcialmente jubilado y el empresario lo que en realidad hacen es una «novación contractual»,

[50] A diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior a 2001, la jubilación del trabajador relevado no supone la extinción automática del contrato de relevo. En idéntico sentido, Calvo Gallego, F.: *El acceso progresivo a la jubilación: del contrato de relevo a la jubilación parcial*, cit. págs. 48 y 157.

[51] Así se entiende en la STSJ País Vasco de 15 de noviembre de 2005 (AS. 577). Sin embargo, esta misma sentencia ar gumenta que tal necesidad de contratar a un segundo relevista desaparece en caso de que el trabajador relevado se haya jubilado ya definitivamente, lo que a la luz de la regulación vigente no queda claro.

parcialmente jubilado; es suficiente que las tareas de uno y otro correspondan al mismo grupo profesional o a categorías equivalentes. Tampoco exige el legislador que los dos trabajadores implicados en esta figura presten sus servicios de forma simultánea ni alternativa. Consecuentemente, el objetivo de la transmisión de conocimientos de un trabajador experimentado a otro más joven, puede no tener ocasión.

A pesar de que el contrato de relevo pudiera resultar un instrumento útil para la sustitución progresiva y flexible de trabajadores veteranos por trabajadores jóvenes, así como para la conjugación empresarial de distintas cualidades inherentes a la experiencia y a la juventud, lo cierto es que en la práctica, a pesar de la aludida ampliación de supuestos, ésta resulta una figura poco utilizada[52]. En nuestra opinión, desde la perspectiva de la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, resultaría oportuno, en primer lugar, circunscribir los contratos de relevo a personas demandantes de empleo, eliminando la referencia a los trabajadores a tiempo parcial empleados por la propia empresa del relevado; y , en segundo lugar, introducir algún tipo de incentivo a la Seguridad Social que fomente la contratación de relevistas para la «sustitución potestativa» de trabajadores que ya han cumplido la edad de jubilación [53]. Con ello, de una parte, se fomentaría directamente la inserción laboral de los desempleados, mayoritariamente jóvenes[54], y de otra, se favorecería la flexibilidad y progresividad de la jubilación.

2.c.2. El contrato para el fomento de la contratación indefinida

Ante el descontrolado y abusivo aumento de la contratación temporal producido en España a finales de los 80 y principios de los 90, el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, de 7 de abril de 1997, introdujo, en principio como una medida de carácter coyuntural, la figura del «contrato para el fomento de la contratación indefinida». Desde entonces, esta figura fue cobrando arraigo en la práctica contractual y en 2001 fue establecida con carácter definitivo por la Ley 12/2001.

Este contrato para el fomento del empleo estable se dirige a una serie de colectivos que los agentes sociales y el gobierno estimaron espe-

---

[52] En 2006 sólo se registraron unos 30000 contratos de relevo, lo que supuso un insignificante 0,17 del total de contratos registrados ese año. Fuente: INEM, Estadística de contratos registrados, 2006, no obstante, supone un considerable aumento respecto años anteriores.

[53] Tal y como se configura esta vertiente del contrato de relevo en nuestro ordenamiento parece que se favorece casi únicamente la prolongación de la vida laboral y prácticamente nada el reparto de trabajo. *Vid*. VV. AA. *Lecciones de Derecho de empleo*. (Dir. Rodríguez-Piñero Royo, M.), cit. pág. 474.

[54] Por supuesto, los contratos de relevo indefinidos desde el origen, pero también sería interesante incentivar los temporales, pues los demandantes de empleo conseguirían trabajo, al menos, por un año y tendrían una perspectiva real de continuar en la empresa.

cialmente sensibles al desempleo y a la precariedad laboral, entre los cuales se incluyen los jóvenes desempleados de dieciséis a treinta años inscritos en las oficinas de empleo. En realidad, el régimen jurídico de estos contratos difiere bien poco del comúnmente establecido en la LET para los contratos indefinidos ordinarios. Su particularidad más relevante y prácticamente única se encuentra en la cuantía indemnizatoria que el empresario debe pagar en el supuesto de declarase improcedente un despido por causas objetivas (art. 53 LET); al respecto, el apartado 4 de la mencionada Disposición Adicional prevé que la indemnización a la que tienen derecho los trabajadores contratados bajo esta modalidad será de treinta y tres días por año de trabajo, con límite de veinticuatro mensualidades, en lugar de la prevista con carácter general en el artículo 56 LET (45 días por año y límite de 42 mensualidades).

A pesar de que, en la práctica, esta modalidad goza de un considerable éxito, en el sentido de que son muchos los contratos para el fomento de la contratación indefinida que anualmente se registran [55], lo cierto es que la medida no ha logrado atenuar la elevada tasa de temporalidad de los jóvenes desempleados ni de los restantes colectivos a los que va dirigida. Probablemente, esta situación se debe a que las empresas ven en este tipo contractual una posibilidad de ahorrar algo de dinero en caso de un hipotético despido improcedente, y por eso lo prefieren a la celebración de contratos indefinidos ordinarios, pero, por el contrario, no le encuentran atractivo suficiente para utilizarlo en detrimento de la contratación temporal. Por este motivo, consideramos que tal vez debiera estudiarse la extensión de la reducción indemnizatoria a otros supuestos como, por ejemplo, el despido disciplinario improcedente.

2.c.3. ¿Ante la inminente promulgación de un «contrato joven»?

La reciente Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, en su Disposición Adicional décima determina que, con el fin de facilitar el empleo de los trabajadores jóvenes, el gobierno en plazo de nueve meses, previo acuerdo con los agentes sociales, presentará medidas encaminadas a regular fórmulas de contratación que optimicen su transición al mundo laboral. Con esto, el legislador parece imponer la necesidad de introducir en un futuro próximo algún tipo contractual específicamente dirigido a los jóvenes. Al respecto, la alusión a esa «transición» al mundo laboral induce a pensar que la Ley está pensando, fundamentalmente, en jóvenes que acaban de finalizar su formación académica, lo que puede resultar de interés para el objeto de nuestro estudio, ya que, de ser así, debe presuponerse que la intención del

[55] En 2006 se registraron casi 350.000 contratos de este tipo. Ello representa en torno al 35% del total de la contratación indefinida de origen (excluyendo conversiones).

legislador no es sólo la reducción del desempleo entre los jóvenes, sino la inserción de los mismos en puestos de trabajo acordes con su cualificación por medio de contratos estables. No obstante, por el momento, no se ha promulgado ninguna medida en este sentido.

La implantación de una modalidad contractual específica para jóvenes no ha resultado una cuestión en absoluto pacífica en países de nuestro entorno, y probablemente sea ésta la razón que ha inducido a nuestro legislador a imponer un consenso previo entre el gobierno y los agentes sociales. En este sentido, estimamos oportuno hacer una breve mención a la polémica sur gida en Francia el año pasado a propósito de la introducción del contrato de primer empleo, también conocido como «contrato joven» (en adelante CPE). Análogamente al contrato para el fomento del empleo estable que se ha examinado en el epígrafe anterior , este novedoso tipo contractual que trató de imponer el Gobierno francés pretendía incentivar la contratación de jóvenes trabajadores a costa de la «flexibilización» de su régimen laboral, estableciendo unas condiciones de trabajo más atractivas para los empresarios. Así, originariamente, la Ley de Igualdad de Oportunidades [56], en su artículo 8, establecía que los menores de veintiséis años y las empresas de más de veinte trabajadores podían celebrar estos CPE, en virtud de los cuales los empleadores quedaban facultados para extinguir sin causa la relación laboral durante sus dos primeros años de vida, percibiendo el trabajador , en concepto de indemnización, un exiguo 8% de las remuneraciones hasta entonces percibidas. La formidable contestación social que recibió esta figura, sobre todo desde las asociaciones juveniles y sindicales, motivó que, sólo seis días después de ser promulgado, el Presidente de la República anunciase su supresión y avanzase un paquete de medidas tendentes a favorecer un empleo juvenil estable y de calidad [57].

El fracaso del CPE en Francia debe de servir para mostrar a otros legisladores europeos que la creación de nuevas modalidades contractuales que sacrifican buena parte de los derechos laborales ya interiorizados por una sociedad no puede ser la piedra angular de la política de empleo de un Estado. El hecho de que conseguir un contrato «fijo» se haya convertido en uno de los objetivos prioritarios de cualquier trabajador o demandante de empleo resulta, precisamente, de la circunstancia de que la contratación indefinida acarrea seguridad y estabilidad para los empleados.

---

[56] Así se llego a publicar el 4 de abril en de 2006 en el Boletín Oficial del Estado de la República Francesa.

[57] El artículo 8 de la propia Ley de igualdad de oportunidades prevé, principalmente, la concesión de subvenciones a los empresarios que contraten jóvenes por tiempo indefinido (400 euros / mes) o para la formación (200 euros / mes). También se han tratado de limitar temporalmente las becas laborales de los titulados y se ha creado la figura del contrato de inserción en la vida laboral, para quienes no hubieran alcanzado un determinado nivel de estudios.

Si las nuevas figuras que nacen con vocación de fomentar la contratación indefinida conllevan el establecimiento de un régimen jurídico que merma esa estabilidad presupuesta, se habrá conseguido que la disminución de las tasas de temporalidad, en caso de conseguirse, suponga más un mero decoro estadístico que una mejora real en la calidad y la seguridad del empleo[58]. No queremos con ello decir que la introducción de modalidades contractuales de corte flexibilizador sea inútil o nociva, es más, el abaratamiento del despido en algunos supuestos para colectivos que, como los jóvenes, tienen dificultades para encontrar un empleo estable puede ser un instrumento útil. Sin embar go, el legislador y los agentes sociales han de tener presente en todo momento que esa flexibilidad ofrecida a las empresas no debe acarrear la desvirtuación de aquellas cualidades que socialmente se consideran inherentes a la contratación indefinida que se pretende incentivar .

3. MEDIDAS EXTRACONTRACTUALES PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO

3.a. La nueva política de incentivos

La concesión de bonificaciones y subvenciones por parte de las Administraciones Públicas a las empresas ha constituido durante las últimas décadas la principal medida extracontractual de fomento del empleo en España, siendo en la actualidad el trabajo indefinido y por cuenta ajena el objeto prioritario y casi único de estas ayudas.

El Estado, por vía de la Ley 43/2006, que en cierto modo viene a sustituir a los antiguos «programas para el fomento del empleo» de carácter anual, ofrece una serie de reducciones en las cuotas empresariales de Seguridad Social a quienes contraten indefinidamente a personas pertenecientes a determinados colectivos, entre ellos los desempleados inscritos de 16 a 30 años. A pesar de que los jóvenes ya se venían considerando en los años 90 como sujetos cuya contratación indefinida resultaba merecedora de una tutela específica [59], inexplicablemente, en los últimos programas para fomento del empleo no se contemplaban incentivos de carácter general a favor de los menores de treinta años [60]. Esta exclusión choca frontalmente con los postulados defendidos en el planteamiento de este trabajo y consideramos que ha podido condicionar el impacto de otras

---

[58] En cierto modo, se sustituirían «contratos basura» por «despidos basura». O JEDA AVILÉS, A: «El contenido de la negociación colectiva en materia de empleo y ocupación: las cláusulas sobre empleo», en VV. AA.: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 1999, págs. 142.

[59] Así, el RD Ley 9/1997.

[60] Si bien es cierto, se mantuvieron para mujeres desempleadas de 16 a 30 años.

medidas para la inserción juvenil en el trabajo [61]; es por ello que consideramos un acierto que el Real Decreto Ley 5/2006 y la Ley 43/2006 hayan recuperado las bonificaciones en la contratación indefinida de los jóvenes.

En esencia, lo que ha hecho la última reforma laboral no es sino reintroducir las medidas tendentes a la contratación indefinida de los jóvenes que ya existieran con anterioridad. Sin embargo, el RD Ley 5/2006 ha supuesto una revisión del sistema general de incentivos vigente. Concretamente, se ha procedido a sustituir los porcentajes de las deducciones por cuantías fijas y a prolongar los períodos de disfrute de dichas bonificaciones. Así, los empresarios o autónomos que contraten indefinidamente a jóvenes desempleados de entre dieciséis y treinta años verán reducida su obligación de cotizar a la Seguridad Social en 800 euros anuales, durante cuatro años [62]. Por otra parte, se incentivará por idéntico período de tiempo, aunque con sólo 500 euros, la transformación en indefinidos de los contratos formativos y de relevo, modalidades, ambas dos, con manifiesta vocación de insertar a los jóvenes en el mercado de trabajo. Por el contrario, para desincentivar el uso de otras modalidades de contratación temporal, el Gobierno y los agentes sociales han decidido limitar las bonificaciones que su conversión en indefinidos venía generando. El hecho de que las cuantías reducidas sean idénticas, con independencia de las bases de cotización, supone que, en términos relativos, el incentivo es mayor para aquellos puestos de trabajo que están menos remunerados [63]; lo que, en cierto modo supone un apoyo adicional para los más desfavorecidos [64]; pero, por otro, puede acentuar el problema de la sobrecualificación y, desde luego, no supone una medida particularmente afortunada para incentivar el trabajo cualificado.

Debido a las desigualdades económicas y sociales que existen dentro del territorio nacional, parece aconsejable que la política sociolaboral tenga un cierto grado de descentralización que aproxime las iniciativas institucionales a las necesidades reales de los ciudadanos [65]. Es por ello que estas medidas estatales pueden ser complementadas por los programas de empleo de ámbito autonómico. Por la limitación competencial que constitucionalmente se impuso a las Comunidades Autónomas en mate-

---

[61] A propósito del contrato para el fomento de la contratación indefinida: VV. AA.: *El papel de la juventud en el sistema productivo español*, cit. pág. 75.

[62] Estas cuantías presuponen un contrato a tiempo completo. En caso de tratarse de contratos a tiempo parcial, las cuantías fijas de las bonificaciones se ven reducidas en unos porcentajes. (Vid. artículo 2.1 L 43/2006).

[63] Cfr. Nicolás Bernad, J. A.: «Prospectiva de la reforma laboral de 2006», *Información-Laboral. Legislación,* Ed. Lex Nova, núm 20/2006, págs. 18 y ss.

[64] En este sentido: Cruz Villalón, J.: «Fomento de la contratación indefinida». *Boletín Informativo del CARL núm. 4*, mayo de 2006, pág. 2.

[65] O´Higgins, N.: *Desempleo juvenil y políticas de empleo*, cit. págs. 146 y ss.

ria de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, sus ayudas al empleo van a articularse por medio de subvenciones. En este sentido, son muchas las Comunidades Autónomas que prevén algún tipo de ayuda orientada a la contratación de jóvenes, en general, y de jóvenes cualificados en particular. Por ejemplo, en Aragón, el Decreto 47/2004, de 9 de marzo[66], ofrece una subvención de 4000 euros a los empresarios y entidades privadas sin ánimo de lucro que celebren un contrato indefinido con desempleados inscritos que sean[67], o bien, menores de veinticinco años con una experiencia laboral inferior a seis meses, o bien, titulados universitarios de menos de treinta años que no hubieran tenido anteriormente un empleo fijo y que sean contratados dentro de los tres años posteriores a la terminación de los estudios correspondientes.

3.b. La información y orientación sobre el mercado de trabajo

Las bonificaciones y subvenciones suponen una medida de distribución de los costes laborales que no incide en los salarios y que beneficia a trabajadores y empresarios al mismo tiempo. No obstante, el hecho de que las Administraciones Públicas cofinancien durante un tiempo la mano de obra no solventa de por sí el problema del desempleo juvenil. Es por ello que al mar gen de las medidas contractuales y formativas examinadas en la primera parte del presente trabajo y de la concesión de ayudas financieras directas a las empresas que suscriban determinados contratos con personas jóvenes, hay otro tipo de iniciativas de las que una buena política de empleo juvenil no puede carecer .

A este respecto, una de las claves para hacer posible el ajuste entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo es facilitar que quienes buscan o van a buscar un empleo tengan una información veraz y suficiente acerca de la realidad laboral imperante y de las perspectivas de futuro. En este sentido, consideramos que la información y la orientación profesional a los adolescentes y los jóvenes, desde las propias instituciones educativas, debe complementar la formación de los mismos. Para que la bolsa de nuevos demandantes de empleo, mayoritariamente jóvenes, se adecue a la estructura económico-empresarial de un país y , de esta forma, se consiga su inserción laboral, resulta fundamental que el Estado haya procurado, desde una edad relativamente temprana, una información que permita a los jóvenes orientar su formación y sus perspectivas de empleo hacia aquellos sectores en los que pueden obtener un puesto de trabajo con más facilidad. No obstante, aparte de esa información *ex ante*,

[66] La Orden de 31 de enero de 2007, del Departamento de Economía Hacienda y Empleo convoca para el año 2007 las subvenciones reguladas en el Decreto 47/2004 y actualiza las cuantías que originalmente ofrecía éste.

[67] Estas subvenciones son compatibles con las bonificaciones estatales (art. 9 del Decreto).

también deben existir unos servicios y unos programas que asesoren en la búsqueda de un empleo adecuado a quienes ya han salido del Sistema Educativo y han completado su formación, si bien, el impacto de los mismos en el necesario reajuste entre la oferta y la demanda será mucho más modesto

Complementariamente, para hacer posible semejante reajuste, las cualificaciones previstas por un ordenamiento y el número de plazas ofrecido para cursar las correspondientes titulaciones en los centros de enseñanza especializada deben estar supeditadas a la efectiva existencia de oportunidades de trabajo[68].

4. CONCLUSIÓN

Como aludimos en el planteamiento de esta comunicación, la inserción de los jóvenes profesionales en el mercado de trabajo resulta una cuestión que no puede ser abordada únicamente desde una perspectiva *ius laboralista*. En los últimos años, la flexibilidad del mercado de trabajo ha producido una cierta desconexión entre los estudios cursados y el trabajo efectivamente desempeñado, lo que se traduce en la existencia de la mencionada sobrecualificación, pero también en la generación de un grupo de profesionales técnicos de muy distinta índole que ocupan o pretenden ocupar puestos de administración y gestión a los que normalmente acceden tras la realización de un master o de un entrenamiento ofrecido por el sector privado. Ésta es una circunstancia que, en nuestra opinión, no puede ni debe ser ignorada por la Administración, que ha de procurar una aproximación ente la formación ofrecida y las exigencias del mercado.

En definitiva, si mediante las aludidas políticas de formación, información y orientación se consiguiera ajustar la oferta y la demanda en el trabajo de nueva creación, lo cual no resulta sencillo a corto o medio plazo, y se perfeccionasen las medidas contractuales y extracontractuales expuestas a lo largo de este trabajo, probablemente la correcta inserción de los jóvenes en el mundo laboral dejaría de representar el problema socialmente relevante que supone en la actualidad.

---

[68] Más extensamente, acerca de la información del mercado de trabajo y de la formación de cualificaciones. *Vid*. O´Higgins, N.: *Desempleo juvenil y políticas de empleo*, cit. págs. 81 y ss y 21 1 y ss.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LAS MEDIDAS DE EMPLEABILIDAD DE LOS P ARADOS DE LARGA DURACIÓN. ALGUNAS PROPUESTAS INNOVADORAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ
Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PROBLEMA DEL PARO DE LARGA DURACIÓN.—III. LAS DIRECTRICES DE LA UNIÓN EUROPEA AL RESPECTO.—IV. LA RECEPCIÓN POR ESPAÑA. LAS MEDIDAS DE EMPLEABILIDAD DE LOS PARADOS DE LARGA DURACIÓN.–1. Incentivos estatales a la contratación de desempleados de larga duración. A) La reducción del coste de despido. El contrato para el fomento de la contratación indefinida. B) La reducción del gasto en Seguridad Social. Bonificaciones y reducciones en las cuotas.–2. Incentivos autonómicos y programas de prevención.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La propia Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo [1], pone de manifiesto en su Exposición de Motivos los dos grandes problemas que aquejan al mercado de trabajo español: a) una tasa de paro todavía superior a la media europea, y especialmente preocupante en determinados colectivos: jóvenes, mujeres, personas con discapacidad,…; b) y una elevada tasa de temporalidad; la más alta, por cierto, de toda la Unión Europea.

Según la Encuesta de Población Activa correspondiente al cuarto trimestre del año 2006, la tasa de paro se situó en un 8,30%. Concretamente, un millón ochocientas mil personas estaban sin trabajo; de las cuales, cerca de un 60% eran mujeres. La tasa de paro fue especialmente significativa en algunas Comunidades Autónomas (como Extremadura, Andalucía o Canarias) en las que se superó en más de tres puntos la media nacional.

Por otro lado, la tasa de temporalidad es alarmante. Precisamente por ello, la reforma del mercado de trabajo tenía —como uno de sus principales objetivos— favorecer la estabilidad en el empleo. Para lograrlo, se introdujeron incentivos a la contratación indefinida, se amplió el período para poder transformar contratos temporales en contratos para el fomento de la contratación indefinida y se articuló un plan extraordinario de conversión de empleo temporal en fijo (que finalizaba el día 1 de enero de 2007) [2]. Pues bien, a finales del año 2006 más del 30% de los contratos tenía carácter temporal; el mismo porcentaje que el registrado en el último trimestre del año anterior.

---

[1] BOE 30-12-2006, núm. 312.

[2] En virtud del cual se otorgaba a las empresas un plazo de seis meses para transformar en indefinidos los contratos temporales (con independencia de su modalidad) suscritos con anterioridad al 1-6-2006. En tal caso, la empresa se beneficiarían de una bonificación de 66,67 euros mensuales, durante tres años. Transcurrido este período transitorio, sólo se bonificarían las transformaciones de los siguientes tipos de contrato: a) contratos formativos, b) contrato de relevo, c) contrato de sustitución por anticipación de la edad de jubilación.

II. EL PROBLEMA DEL PARO DE LARGA DURACIÓN

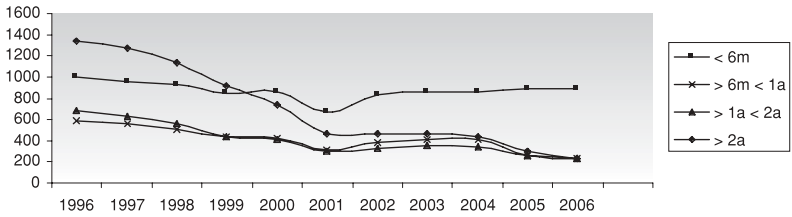
El concepto de paro de lar ga duración no tiene un contenido uniforme. Observando las políticas de empleo selectivas, se aprecian criterios dispares: Unas abogan por accionar la protección a los seis meses de antigüedad de la demanda de empleo; otras exigen un período más amplio, que asciende doce meses; y otras, finalmente, se inclinan por seguir la línea marcada por la Estrategia de Lisboa que combina dos criterios: la antigüedad de la demanda de empleo y la edad del desempleado. Así, se entiende que son desempleados de lar ga duración los menores de 25-30 años (en función de la Autonomía) que hubieran estado en el paro durante más de seis meses, y los mayores de esa edad cuando el desempleo se prolongara por doce meses.

No obstante lo anterior, a nivel estatal, podemos concluir que basta una inscripción ininterrumpida durante, al menos, seis meses para ser considerado desempleado de lar ga duración. Tradicionalmente se entendía por desempleado de lar ga duración aquel que había permanecido durante más de doce meses engrosando las filas del paro. El punto de inflexión en esta evolución legislativa, lo protagoniza la reforma de 2001. La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas ur gentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad [3], redujo de doce a seis meses la antigüedad que tenía que tener un demandante de empleo para que una empresa se bonificara por su contratación (art. 4.1.c). Igualmente se modificó el contrato para el fomento de la contratación indefinida, permitiendo que el mismo se celebrara con desempleados inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo en una oficina pública durante, al menos, seis meses (DA 1.ª). En conclusión, para el poder central, un paro que se prolongue por más de seis meses empieza a ser preocupante, por lo que es necesario adoptar medidas para impedir que se alar gue por más tiempo.

El porcentaje de desempleados de lar ga duración se ha reducido extraordinariamente en los últimos diez años. En el año 1996, un 55,5% del total de desempleados llevaba más de un año buscando trabajo. En el año 2006, este porcentaje se ha reducido en más de veinticinco puntos con respecto a los datos de hace una década. En el siguiente gráfico, se pone de manifiesto cuál ha sido la evolución del paro de lar ga duración en estos últimos diez años, reflejando el número anual de desempleados, según el tiempo de búsqueda de empleo: a) Menos de seis meses (<6m); b) De seis meses a un año (> 6m < 1a); c) De un año a dos años (> 1a < 2a); d) Más de dos años (> 2a).

---

[3] BOE 10 julio 2001, núm. 164.



Fuente: Elaboración propia en base a los datos de la Encuesta de población activa.

A pesar de este extraordinario descenso del paro de lar ga duración, las cifras actuales siguen siendo escalofriantes. Las estadísticas del INE ponen de manifiesto que un 30% de los desempleados llevan más de un año engrosando las filas del paro. Y de este porcentaje, la mitad tendrá que esperar otro año más para poder incorporarse —de hacerlo— al mercado laboral. En definitiva, el desempleo de lar ga duración (entendiendo por tal aquel que se prolonga por más de seis meses) afecta a más de setecientas mil personas, tal y como se desglosa a continuación:

Período	*Han encontrado empleo*	*Menos de 6 meses*	*De 6 meses a 1 año*	*De 1 año a 2 años*	*Más de 2 años*
Año 2006	243.500	885.900	237.200	232.800	237.800

Por otro lado, del análisis de los datos estadísticos, podemos concluir que el paro de lar ga duración se agrava con la concurrencia de determinadas circunstancias: ser mujer, tener una edad avanzada o una baja cualificación profesional [4].

El desempleo de larga duración supone, sin duda, uno de los problemas más graves del mercado de trabajo. Cuanto más tiempo permanece un desempleado en el paro, más difícil le resulta encontrar un nuevo empleo. Conforme va pasando el tiempo su cualificación profesional se deteriora y las empresas se muestran reticentes a contratarle. Su alejamiento del mercado laboral se percibe por las empresas de forma negativa, en la medida en que el desempleo prolongado se identifica como una obsolescencia, como una pérdida de capital humano. De hecho, se estima que las oportunidades de encontrar un empleo para los inscritos en el paro

[4] Ver Informes de mercado de trabajo de los demandantes de empleo de lar ga duración. Observatorio Ocupacional del Servicio Público de Empleo Estatal. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

desde hace más de quince meses se reduce en un tercio con respecto a quienes abandonaron el mercado de trabajo hace, tan sólo, tres meses [5]. En las «colas» que se forman frente a una vacante, los desempleados de larga duración se sitúan en un puesto retrasado [6]. En el flujo de salida y entrada en el mercado laboral, los últimos que lo abandonan, son los primeros que se reincorporan al mismo. El paro de larga duración se convierte, por lo tanto, en una trampa que deja a este colectivo en una posición cada vez más desfavorable.

¿Qué factores favorecen el paro de larga duración? Es obvio que el principal responsable del desempleo en general, y del desempleo de larga duración en particular, es la insuficiente demanda de mano de obra. No obstante, la reestructuración de los sectores de actividad también ha podido acrecentar este problema. Al retroceder la industria y al incrementarse el sector servicios, el tejido empresarial ha demandado un porcentaje menor de personal no cualificado.

Por otro lado, el propio incremento de la tasa de paro favorece el crecimiento del desempleo de larga duración. A medida que aumenta el primero, lo hace en mayor proporción el segundo [7] y las etapas de crecimiento económico no son capaces de absorber todo el paro acumulado en las etapas de crisis (es el fenómeno conocido como «histéresis» en la literatura económica) [8]. En tal caso, se incorporará al mercado laboral sólo una parte de los desempleados y la tendencia es que lo hagan quienes ocupan —siguiendo con la imagen anterior— los primeros puestos «en la cola»; que no son, precisamente, los parados de larga duración.

Se apunta igualmente por los economistas que la existencia de un sistema de prestaciones por desempleo puede favorecer el paro de larga duración, en la medida en que los desempleados: a) reducen la intensidad de búsqueda de un trabajo [9]; b) y son más exigentes a la hora de aceptar una oferta de trabajo, al elevarse el salario de reserva [10]. No obstante, esta afirmación ha de ser matizada. Los empleos aceptados bajo una fuerte

---

[5] OCDE. *Políticas para ayudar a los parados de larga duración*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Centro de publicaciones, 1993, p. 30.

[6] Fina, L.: *El problema del paro y la flexibilidad del empleo*. *Informes sobre un debate*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; centro de publicaciones, 1991, p. 93.

[7] Mercader Uguina, J. R.: El paro de larga duración en España: un análisis multifactorial. *Relaciones Laborales*, 1998, núm. 2.

[8] CES. *Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2005, p. 13.

[9] Vaquero García, A.: *Incentivos y desincentivos a la búsqueda de empleo*. *Análisis económicos de la prestación por desempleo*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2002, p. 151.

[10] Alba Ramínez, A.; Álvarez Llorente, G.; Pagán Rodríguez, R.: *Parados de larga duración*. *¿Cuántos son, quiénes son, qué tipo de empleo buscan y cuánto tardan en encontrar trabajo?* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Subdirección General de Publicaciones, Madrid, pp. 38 a 40.

presión tienen menos probabilidades de perdurar en el tiempo al no satisfacer las expectativas del trabajador .

Otro de los factores que puede favorecer este problema es el efecto desánimo que se suele producir entre este colectivo. Ante la inutilidad de sus esfuerzos, el desempleado reduce la intensidad de la búsqueda de un puesto de trabajo. A mayor abundamiento, esta desmoralización le lleva a parecer poco atractivo para los potenciales empleadores.

III. LAS DIRECTRICES DE LA UNIÓN EUROPEA

En desarrollo del Título VIII del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea ha venido impulsado las políticas de empleo de los Estados Miembros. De acuerdo a las directrices para el empleo 2005-2008 [11], las políticas de los Estados favorecerán el pleno empleo, la calidad y la productividad del trabajo y el refuerzo de la cohesión social y territorial. Al acometer estos objetivos, la actuación de los Estados tendrá como prioridad: a) atraer a más personas para que se incorporen y permanezcan en el mercado de trabajo, incrementar la oferta de mano de obra y modernizar los sistemas de protección social; b) mejorar la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas c) y aumentar la inversión en capital humano mediante la mejora de la educación y las cualificaciones.

Pues bien, la nueva estrategia de Lisboa ha marcado los siguientes objetivos a los efectos que aquí nos interesan:

— «*Que se ofrezca a cada desempleado una nueva oportunidad antes de que alcance seis meses de paro en el caso de los jóvenes, y 12 meses en el caso de los adultos, en forma de formación, reconversión, experiencia profesional, empleo o cualquier otra medida destinada a favorecer la inserción profesional, combinada en su caso con una ayuda permanente para la búsqueda de empleo»*

— *«Que de aquí al 2010, el 25% de los desempleados de larga duración participe en una medida activa, ya sea de formación, reconversión, prácticas u otra medida que favorezca la inserción profesional»*

IV. LA RECEPCIÓN POR ESPAÑA. LAS MEDIDAS DE EMPLEABILIDAD DE LOS PARADOS DE LARGA DURACIÓN

Aun cuando el crecimiento o la destrucción del empleo dependen, fundamentalmente, de la evolución del sistema económico en su conjunto, los

[11] Decisión del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros (2005/600/CE).

poderes públicos han intervenido sobre el mercado de trabajo para ajustar la oferta y la demanda de empleo. Esta intervención se ha articulado a través de múltiples acciones que pueden clasificarse como sigue: a) Políticas dirigidas a incentivar la creación de nuevas empresas que promuevan, a su vez, la generación de puestos de trabajo (fomentando el espíritu emprendedor, simplificando los trámites de creación de empresas, permitiendo la capitalización de la prestación por desempleo,…); b) Medidas encaminadas a fomentar el mantenimiento y el crecimiento del empleo (creando directamente puestos de trabajo, concediendo ayudas económicas por cada contrato celebrado, reduciendo los costes laborales mediante la minoración de la cuota patronal o el abaratamiento del despido,…); c) Políticas orientadas a favorecer el proceso de ajuste entre la oferta y la demanda de trabajo (facilitando la movilidad funcional interna, mejorando la cualificación profesional de los trabajadores desempleados, incentivando la movilidad geográfica de la mano de obra, potenciando la intermediación del mercado,…); d) Y, por último, acciones dirigidas a distribuir más equitativamente el empleo existente (disuadiendo del pluriempleo o de la realización de horas extraordinarias, promocionando el trabajo a tiempo parcial, limitando la vida activa mediante el establecimiento de edades de jubilación forzosa,…).

Pues bien, buena parte de estas medidas se han dirigido tradicionalmente a los colectivos más desfavorecidos. De hecho, el artículo 26 de la Ley de Empleo obliga al Gobierno y a la Comunidades Autónomas a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados, inmigrantes y, por supuesto, parados de larga duración (si bien, el precepto citado se refiere en exclusiva a los parados de larga duración mayores de 45 años).

Por otro lado, la Ley de Empleo fija, entre los objetivos generales de la política de empleo: a) la adopción de un enfoque preventivo frente al desempleo, especialmente de larga duración, facilitando una atención individualizada a los desempleados, mediante acciones integradas de políticas activas que mejoren su ocupabilidad (art. 2.c); b) el establecimiento de políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años (art. 2.d).

1. Incentivos estatales a la contratación de los desempleados de larga duración

Según la Encuesta de Coyuntura Laboral correspondiente al año 2005[12], el principal obstáculo a la contratación que alegaron las empre-

[12] Encuesta de Coyuntura Laboral. ECL-32. Efectivos laborales, según sector de actividad, por tipo de factores que obstaculizan nuevas contrataciones en su empresa. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

sas, fue el de los elevados costes laborales. Las políticas de empleo que, a nivel estatal, pretenden fomentar la incorporación al mercado de trabajo de los desempleados de lar ga duración se dirigen, precisamente, a reducir tales costes, rebajando el importe de la indemnización en caso de despido injustificado y minorando el gasto en Seguridad Social.

A) *La reducción del coste del despido. El contrato para el fomento de la contratación indefinida*

Una de las medidas para fomentar el empleo estable de los desempleados de larga duración es el contrato para el fomento de la contratación indefinida. Este contrato, que tiene su origen en el Acuerdo Interconfederal por la Estabilidad en el Empleo y que actualmente se encuentra regulado en la DA1.ª Ley 12/2001, se caracteriza por abaratar los costes del despido. Sin duda, el principal atractivo de este contrato es su especial régimen indemnizatorio: Cuando el contrato se extingue por causas objetivas, la cuantía de la indemnización es de treinta y tres días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

Ahora bien, el abaratamiento de los costes del despido no tiene un alcance general, sino que está sujeto a dos limitaciones distintas: a) Una primera limitación subjetiva, en la medida en que este contrato sólo puede suscribirse con un determinado colectivo de trabajadores. b) Una segunda limitación objetiva, en tanto que no se abarata cualquier tipo de despido, sino únicamente el despido objetivo reconocido o declarado improcedente.

En atención a su propia finalidad, el contrato para el fomento de la contratación indefinida sólo puede concertarse con desempleados que encuentren especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo (mujeres en sectores en los que se encuentren subrepresentadas, jóvenes entre dieciséis y treinta años, minusválidos, …) o con trabajadores que estén vinculados a la empresa mediante un contrato temporal, por cuanto tienen altas posibilidades de ser expulsados del mercado de trabajo. Pues bien, la propia DA1.ª Ley 12/2001 prevé —como uno de los colectivos con los que se puede suscribir este tipo de contrato— a los parados que lleven, al menos, seis meses inscritos como demandantes de empleo.

La segunda limitación hace referencia al tipo y a la calificación del despido. Sólo se reduce la indemnización si se trata de un despido objetivo declarado o reconocido como improcedente. No se benefician, por tanto, de este régimen indemnizatorio los despidos colectivos y los disciplinarios.

Ahora bien, esta afirmación ha de se inmediatamente matizada. Aun cuando parece que el abaratamiento del despido tiene un alcance muy

acotado, en la práctica, se está reduciendo el coste de la extinción sin causa del contrato por voluntad unilateral del empresario. Como muy bien sabemos, el despido objetivo se declarará improcedente cuando la empresa no pueda acreditar la concurrencia de la causa que justifica esta medida extintiva (art.122.1 LPL)[13]. Pues bien, si concluimos que no hay causa, difícilmente puede ser ésta calificada de disciplinaria o de objetiva. Ante la ausencia de justificación, al empresario le bastará alegar una de las causas previstas en el artículo 52 ET para lograr, con ello, una reducción del coste indemnizatorio.

Desde su aprobación en el año 1997, la doctrina académica advirtió de que la propia regulación del contrato podía favorecer la conducta fraudulenta del empresario. Así, proponían que, cuando el juzgador comprobara la inexistencia —que no la insuficiencia— de la causa objetiva alegada, se condenara al empresario al pago de indemnización de cuarenta y cinco días, prevista con carácter general [14].

No obstante, parece que esta coartada empresarial es admitida por el propio legislador[15] como el precio que hay que pagar por favorecer un empleo estable. De hecho, la reciente reforma del mercado de trabajo avala esta teoría, pues permite que la improcedencia sea reconocida, sin más, por el empresario. Si no es necesaria la calificación judicial, difícilmente se podrá verificar por parte de un juzgador la existencia de un fraude. Hasta la reforma del mercado de trabajo, la DA1.ª Cuatro Ley 12/2001 sólo preveía de forma expresa la posibilidad de rebajar la indemnización cuando la extinción fuera declarada improcedente. El silencio del legislador fue interpretado de forma extensiva por nuestros tribunales, entendiendo que abarcaba ambos supuestos: la declaración judicial y el mero reconocimiento empresarial. En caso contrario, «*se daría la paradoja de ser más gravoso el reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de la empresa que la propia condena judicial*» (STSJ Cataluña 13-9-2005, R.º 3600/2005). No obstante, el nuevo párrafo introducido en la DA 1.ª Cuatro, por el RD-Ley 5/2006, disipa cualquier duda al respecto. La indemnización que ha de depositar el empresario en el Juzgado de lo Social, en el caso de reconocer la improcedencia del despido, es la «*señalada en el párrafo anterior*»; es decir, es la indemnización de treinta y tres días de salario por año de servicio con un límite de veinticuatro mensualidades.

---

[13] Los defectos formales, en el despido objetivo, no acarrean la improcedencia sino la nulidad; a diferencia de lo que ocurre en el despido disciplinario.

[14] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: El contrato para el fomento de la contratación indefinida. Asenjo Pinilla, J. L.; Escudero Rodríguez, R.: El fraude de ley en el contrato para el fomento de la contratación indefinida. Escudero Rodríguez, R.: Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001, *Relaciones Laborales*, 2001, núm. 1.

[15] Escudero Rodríguez, R.: Propósitos y despropósitos…, *op. cit*.

En definitiva, este tipo de contrato que nació como un proyecto experimental, se ha convertido en una pieza clave del sistema de contratación. De hecho, del 100% de contratos indefinidos que se registraron en el servicio público de empleo a lo largo del año 2004, un 45% estaba acogido a un despido de 33 días [16].

B) *La reducción del gasto en Seguridad Social. Bonificaciones y reducciones en las cuotas*

Otra de las medidas previstas para fomentar la contratación de trabajadores desempleados de larga duración es la reducción de los costes de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de reducciones y bonificaciones en las cuotas.

Partiendo de que hay determinados colectivos con predisposición a convertirse en parados de larga duración (mujeres, trabajadores de edad avanzada,…) es obvio que las bonificaciones orientadas hacia los primeros repercutirán necesariamente sobre los segundos. No obstante lo anterior, nos centraremos en las bonificaciones que, específicamente, se centran en el grupo de riesgo, objeto de nuestro análisis.

El programa para el fomento del empleo para este año 2007 ha previsto una bonificación de 600 euros anuales, durante cuatro años, por la contratación indefinida de trabajadores inscritos ininterrumpidamente como desempleados en la oficina pública durante, al menos, seis meses (art. 2.1.f) Ley 43/2006).

Por otro lado, la DA 14.ª ET prevé una reducción en la cuota empresarial por contingencias comunes para aquellas empresas que contraten a un desempleado con el objeto de sustituir a un trabajador que tenga su contrato en suspenso con motivo de una excedencia por cuidado de un hijo o de un familiar (art. 46.3 ET). Para tener derecho a esta reducción, es necesario que el desempleado lleve más de un año como perceptor de la prestación o del subsidio de desempleo. En tal caso, la empresa tendrá derecho a bonificarse en un 95% de la cuota el primer año, un 60% el segundo y un 50% el tercer año de vigencia del contrato.

Por último, la DT 5.ª Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad [17], reconoce una bonificación del 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes, durante un período de doce meses, por la contratación temporal de mayores de 52 años beneficiarios de subsidios por desempleo.

---

[16] Informe de la Comisión de Expertos. *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: Por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas, 2005,* p. 65 y 66.

[17] BOE 13 diciembre 2002, núm. 298.

¿En qué medida esta política de fomento del empleo está dando respuesta a la situación en la que se encuentran los desempleados de larga duración? Quizá el siguiente dato nos dé alguna orientación al respecto. De los casi setecientos mil contratos bonificados que se registraron en el año 2004, tan sólo once mil cuatrocientos se celebraron con desempleados inscritos más de seis meses en la oficina pública de empleo; lo que supone un 1,65% sobre el total [18].

Conviene, por lo tanto, valorar si las medidas analizadas —consideradas individualmente— rompen la reticencia empresarial a contratar desempleados de larga duración. Es obvio que una empresa no contrata a quien no necesita por el hecho de que le bonifiquen o de que le reduzcan el coste del despido. La decisión de contratar viene determinada por la necesidad de fuerza de trabajo en atención a la evolución de la actividad económica y, muy marginalmente, condicionada a los incentivos que puedan ofrecerle los poderes públicos [19]. Este tipo de intervenciones suele llevar aparejado un «peso muerto», en tanto que se reducen los costes laborales por contrataciones que, en cualquier caso, se hubieran celebrado.

En lo único que estas medidas sí podrían determinar al empresario es en la elección del candidato más adecuado y en la inclinación hacia una u otra modalidad contractual. Ahora bien, sería necesario que tales acciones tuvieran la suficiente entidad como para contrarrestar la tendencia empresarial contraria a contratar a quien ha permanecido un dilatado período de tiempo fuera del mercado de trabajo. El problema es que la desventaja en la que se encuentra un parado de larga duración no se ve contrarrestada con esta política. En primer lugar, porque no está focalizada en este colectivo. En segundo lugar, porque es un problema que demanda políticas ocupacionales y no sólo económicas.

Sin duda, estas políticas han perdido mucha fuerza selectiva. Es cierto que el contrato para el fomento de la contratación indefinida sólo puede suscribirse con ciertos grupos de trabajadores. Lo que ocurre es que con la reforma de 2001, amplió tanto su ámbito subjetivo que se puede contratar a través de esta modalidad a un segmento sumamente significativo de la población asalariada. Se presentan, en la práctica, pocas exclusiones de carácter subjetivo[20]. Con las bonificaciones, ocurre algo similar. Con el paso del tiempo, el círculo de desempleados cuya contratación se bonifica ha crecido tanto, que abarca a un porcentaje muy elevado de desempleados. Esta amplia cobertura impide que las bonificaciones sean realmente efica-

---

[18] Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social. *Más y mejor empleo*… p. 65 y 66.

[19] Cruz Villalón, J.; Gómez Gordillo, R.: Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: comunitario, nacional y autonómico, *Temas Laborales*, 2001, núm. 61, p. 89.

[20] Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social. *Más y mejor empleo*… p. 54.

ces para inclinar la decisión empresarial hacia colectivos especialmente desfavorecidos. No cabe duda de que una cierta selectividad es indispensable para que una determinada actuación de los poderes públicos mantenga su función promocional[21]. La técnica del «café para todos», puede provocar que las medidas de fomento queden en la práctica descafeinadas [22]. En definitiva, las empresas contratarán al candidato que mejor se ajuste a sus necesidades, sin que estas medidas de fomento del empleo sirvan para orientarles hacia la contratación de los desempleados de lar ga duración.

Por otro lado, las políticas económicas deben armonizarse con otras políticas ocupacionales. No en balde, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 13 de julio de 2006 [23], sobre política de cohesión y ciudades, reitera la necesidad de adoptar medidas específicas para los parados de lar ga duración. «*Conviene poner en marcha programas de recolocación que integren la experiencia profesional, la formación y el refuerzo de la confianza en uno mismo*».

2. Incentivos autonómicos y programas de prevención

Con motivo del proceso de descentralización territorial de las políticas de empleo, los servicios autonómicos han comenzado a desarrollar funciones de formación, orientación y colocación que complementan el contenido del Plan Nacional de Acción para el Empleo.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 24 de la Ley 53/2003, los servicios públicos de empleo deberán adoptar un enfoque preventivo frente al desempleo. En consecuencia, orientarán su gestión para facilitar nuevas oportunidades de incorporación al empleo a los desempleados, antes de que éstos pasen a una situación de paro de lar ga duración.

Pues bien, las medidas de fomento del empleo de los parados de larga duración adoptadas por las Comunidades Autónomas se han concretado, fundamentalmente en ayudas económicas. Se otor gan subvenciones con el objeto de incentivar: a) el trabajo autónomo [24]; b) la contratación

---

[21] Martín Valverde, A. La política de empleo: Caracterización general y relaciones con el derecho del trabajo. Documentación Laboral, 1983, núm. 9.

[22] Cruz Villalón, J.; Gómez Gordillo, R. Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos…, op. cit. p. 1 15.

[23] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre Política de cohesión y ciudades (COM/2006/385).

[24] artículo 3.a) Orden, de 15 de marzo de 2007, de la Consejería de Empleo de la Junta de *Andalucía* (BO Junta de Andalucía 30 marzo 2007, núm. 64). artículo 8. d) Decreto 46/2004, de 9 de marzo, del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de *Aragón* (BO Aragón 22 marzo 2004, núm. 34). Resolución de 23 marzo de 2006 del Servicio Público de Empleo de *Castilla y León* (BO Castilla y León 30 marzo 2006, núm. 63). Decreto 328/2003, de 23 de diciembre del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del *País Vasco* (BO

directa —sobre todo indefinida— de trabajadores por cuenta ajena [25] c) el empleo de trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general [26]; d) la ejecución de programas de orientación profesional o asesoramiento al autoempleo [27]; e) la realización de programas de talleres de empleo [28],…

No obstante, se han detectado algunas experiencias innovadoras que merecen ser destacadas. Por ejemplo, algunas Comunidades, como Canarias, prevén la posibilidad de que la propia Administración Pública imponga a las empresas adjudicatarias, en los pliegos de cláusulas administrativas, la obligación de contratar a desempleados de lar ga duración[29]. Otras, como Asturias, facilitan la participación en las acciones de orientación profesional a aquellos usuarios con responsabilidades familiares. Para ello, el servicio público de empleo del Principado de Asturias concede una ayuda económica a quien tenga a su cuidado a un menor de has-

---

País Vasco 23 diciembre 2003, núm. 255). Orden de 7 de marzo de 2007 del Servicio Regional de Empleo y Formación de *Murcia* (BO Región de Murcia 23 marzo 2007, n. 68).

[25] Artículo 4 Decreto 149/2005, de 14 de junio, de la Consejería de Empleo de la Junta de *Andalucía* (BO Junta de Andalucía 24 junio 2005, núm. 122). artículo 3 Decreto 47/2004, de 9 de marzo, del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de *Aragón* (BO Aragón 22 marzo 2004, núm. 34).Decreto 130/2006, de 29 de septiembre, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de *Valencia* (DO Generalitat Valenciana de 3 de octubre de 2006, núm. 5302). Decreto 329/2003, de 23 de diciembre, del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del País Vasco (BO País Vasco 31 diciembre 2003, núm. 255). Orden de 14 de marzo de 2007, de la Consejería de Trabajo y política social de *Murcia* (BO Región de Murcia 23 marzo 2007, núm. 68). Resolución de 27 de octubre de 2006 del Servicio Público del Principado de *Asturias* (BO 22 noviembre 2006, núm. 270)

[26] Artículo 5.2.f) Orden, de 30 de diciembre de 2004, del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de *Aragón* (BO Aragón 10 enero 2005, núm.). Resolución de 22 de diciembre de 2006 del Servicio Público de Empleo del Principado de *Asturias* (BO Principado Asturias 13 enero 2007, núm. 10).

[27] Artículo 2. de la Orden de 22 de enero de 2004 de la Consejería de Empleo de *Andalucía* (BO Junta de Andalucía 3 febrero 2004, núm. 22). Resolución de 30 de noviembre de 2001 del *Instituto Canario* de Formación y Empleo (BO 21 diciembre 2001, núm. 164). Resolución de 14 de febrero de 2007 del *Servicio Riojano* de Empleo (BO La Rioja 20 febrero 2007, núm. 24). Orden de 21 de abril de 2005, de la Consejería de Trabajo y Empleo de *Castilla la Mancha* (DO Castilla la Mancha 29 abril 2005, núm. 86)

[28] Artículo 4 c) Orden de 5 de diciembre de 2006, de la Consejería de Empleo de la Junta de *Andalucía* (BO Junta de Andalucía 15 diciembre 2006, núm. 241). artículo 1 1.2.d) Orden de 16 de marzo de 2006 del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de *Aragón* (BO Aragón 27 marzo 2006, núm. 36). artículo 3.c) Resolución TRE/2079/2002, de 18 de julio, DO Generalidad de Cataluña 19 julio 2002, núm. 3681. artículo 10.2.2.º Orden 2902/2006, de 13 de diciembre, de la Consejería de Empleo y Mujer de *Madrid* (BO. Comunidad de Madrid de 22 de diciembre de 2006, núm. 304). Base 22 de la Orden de 7 de diciembre de 2006 de la Consejería de Trabajo y Empleo de *Castilla la Mancha* (DO Castilla la Mancha de 20 de diciembre de 2006, núm. 263). Orden EYE/749/2004, de 10 de mayo, de la Consejería de Economía y Empleo de *Castilla y León* (BO Castilla y León 27 mayo 2004, núm. 100).

[29] Decreto 84/2006, de 20 de junio, de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales de *Canarias* (BO Canarias 28 junio 2006, núm.)

ta doce años, a un familiar hasta el segundo grado que esté discapacitado o que tenga más de 70 años de edad. El importe máximo de la ayuda será de 10 euros por día y persona dependiente [30].

Finalmente, nos gustaría resaltar las políticas de inserción articuladas en el País Vasco y en Andalucía, a través de itinerarios personalizados de inserción laboral, en la medida en que dan una respuesta más acorde a la situación de los parados de lar ga duración[31]. El objetivo de estas acciones es mejorar la ocupabilidad de las personas, aportándolas herramientas y recursos que les ayuden a superar los distintos obstáculos (tanto de carácter objetivo, como subjetivo) que dificultan la permanencia en el mercado de trabajo, así como el acceso al mismo. El itinerario personalizado de inserción puede ser definido como aquella secuencia concatenada de acciones que mejoran la empleabilidad del usuario y que se articula en las siguientes fases:

1) Una primera fase en la que se acoge al desempleado y se le realiza un diagnóstico individualizado, en el que —a través de entrevistas y de pruebas de calificación— se define su perfil profesional y su nivel de adaptación al mercado de trabajo.

2) Una segunda fase en la que se configura el itinerario de inserción laboral: Finalizada la fase de diagnóstico, se acuerda con el usuario cuál va a ser el concreto itinerario de inserción laboral. Supone una estrategia de acercamiento al mercado de trabajo, en la que se fijan los objetivos a alcanzar a corto y medio plazo y en la que se valora la conveniencia de derivar al usuario a otras acciones de mejora de la ocupabilidad. Los servicios de orientación se configuran, así, como la puerta de acceso el resto de políticas de empleo que se concretan, fundamentalmente, en recursos formativos. Destacamos sólo algunos de todos los previstos: a) Formación básica a aquellas personas con una cualificación profesional tan deficitaria que no podrían acceder a los recursos de formación específica; b) Formación específica en perfiles ocupacionales, mediante los cuales se capacita a los desempleados para el desempeño de las funciones demandadas por el tejido productivo; c) Formación práctica en un centro de trabajo; d) Formación adaptada a la discapacidad; e) Formación transversal que se imparte con independencia del perfil profesio-

[30] Base 17.ª de la Resolución del Servicio Público de Empleo, de 22 de diciembre de 2006 (BO del Principado de Asturias de 15 de enero de 2007, núm. 1 1).

[31] Decreto 327/2003, de 23 de diciembre, por el que se regula las medidas destinadas a la mejora de la ocupabilidad y a promover la inserción laboral en el *País Vasco* (BO País Vasco 31-12-2003, núm. 255). Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los programas para la Inserción Laboral de la Junta de *Andalucía* (BO Junta de Andalucía 28 de abril de 2003, núm. 79).

nal del usuario y que pretende ofrecer conocimientos básicos sobre materias «horizontales»: habilidades sociales, herramientas informáticas, trabajo en equipo, seguridad y salud laboral,…;
f) Formación y asesoramiento para el autoempleo.

Resultan especialmente interesantes los proyectos de formación con compromiso de contratación, en los que el servicio de empleo otor ga a los usuarios una formación específica con el objetivo de que se incorporen a aquellas empresas que requieren perfiles ocupacionales no disponibles en nuestro mercado laboral. En tal caso, la empresa asume el compromiso de contratar al 60% de los participantes en el proyecto durante, al menos, seis meses

Con estos proyectos de inserción se pretende acompañar al desempleado durante todo el proceso de búsqueda de empleo, motivándole (identificando y desarrollando las actitudes, necesidades e intereses de la persona que le ayudan a desplegar todos los medios a su alcance para conseguir empleo), ayudándole a afrontar y a resolver la situación de desempleo, y enseñándole técnicas eficaces para buscar trabajo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Es extremadamente difícil integrar directamente a los parados de larga duración en el mercado de trabajo. Se hace necesaria la adopción de medidas específicas que den respuesta a las peculiaridades de este colectivo: su desánimo, la obsolescencia de algunas de sus capacidades, su deficitaria cualificación profesional,… Conviene, por lo tanto, armonizar las políticas estrictamente económicas (bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social, subvenciones incentivando su contratación, reducciones del coste indemnizatorio,…) con otras políticas ocupacionales que contrarresten la situación de desventaja en la que se encuentra este grupo de riesgo[32]. Los desempleados de lar ga duración permanecerán en el paro mientras no consigamos eliminar los rasgos negativos que les caracterizan, de forma que no logren saltar «puestos en la cola» [33].

Tal y como pone de manifiesto la decisión del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a las Directrices para las políticas de empleo, los Estados Miembros deberían seguir haciendo todo lo posible para mejorar la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas. Es necesario, por lo tanto, adoptar un enfoque más global que combine mejor la flexibilidad y la seguridad.

---

[32] Rojo Torrecilla, E.: Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos. *Relaciones Laborales,* 2001, núm. 1.

[33] Fina, L.: *El problema del paro y la flexibilidad… op. cit.* p. 93

A la luz de las directrices comunitarias, se hace necesaria una política de empleo que se caracterice por ser:

1) Adaptada a las específicas necesidades de los desempleados de larga duración.

2) Preventiva: Que identifique, por un lado, qué trabajadores están en peligro de perder su empleo y cuáles son los colectivos con mayores probabilidades de convertirse en desempleados de larga duración (mujeres con responsabilidades familiares, jóvenes con fracaso escolar, trabajadores de edad avanzada, discapacitados, desempleados con baja cualificación profesional,…). Y que detecte, por otro, los posibles desajustes en el mercado de trabajo. Como ya apuntamos con anterioridad, la probabilidad de salir del paro disminuye conforme éste se prolonga. Por ello, la mejor política para reducir el paro de lar ga duración es la preventiva[34]. Cuanto más tarde llega la ayuda, es más difícil que sea efectiva.

3) Proactiva: Que se adelante y tome la iniciativa; que no espere a que el desempleado acuda al centro de empleo en busca de sus servicios.

4) Personalizada: Que parta de un diagnóstico sobre la persona en relación con un mercado de trabajo dado y que, en función de esta evaluación, determine cuál va a ser la concreta estrategia de acercamiento al tejido productivo. La eficacia de esta medidas reside en que se trate, realmente, de actuaciones personalizadas; de ahí que sea sumamente difícil su extensión a toda la población desempleada.

5) Y, finalmente, de continuidad: Que acompañe al usuario a lo largo de toda la vida activa.

---

[34] Alba Ramírez, A.; Álvarez Llorente, G.; Pagán Rodríguez, R.: *Parados de larga duración… op. cit.* p. 21.

Comunicación a la Ponencia Temática II

MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO PARA TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA

NORA MARÍA MARTÍNEZ YÁÑEZ
Profesora Ayudante
Universidad de Vigo

SUMARIO:

I. LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS DE EMPLEO RESPECTO A LOS TRABAJADORES MADUROS.–1. Planteamiento. 2. Actuaciones recomendadas.—II. CONFRONTACIÓN DE LOS ESTÁNDARES COMUNITARIOS CON LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES MADUROS EN ESPAÑA. LAS NORMAS SOBRE MEJORA Y CRECIMIENTO DEL EMPLEO.–1. Incentivos a la contratación de los trabajadores de edad avanzada. 2. Medidas que tienden al mantenimiento de los trabajadores de edad avanzada en su puesto de trabajo.—III. CONCLUSIÓN.

I. LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS DE EMPLEO RESPECTO A LOS TRABAJADORES MADUROS

1. Planteamiento

El envejecimiento de la población ha puesto de relieve en el seno de la Unión Europea la necesidad de proteger el empleo de los trabajadores de edad avanzada. Los primeros documentos en torno a este tema aparecen hacia la mitad de la década de los noventa, y ya en ellos el Parlamento Europeo y el Consejo muestran su preocupación por las consecuencias económicas y sociales derivadas del fenómeno del envejecimiento en un contexto en el que la política de empleo de los Estados miembros se caracterizaba por el uso y abuso del cese prematuro de la actividad laboral, bien a través de jubilaciones anticipadas, bien a través de prejubilaciones [1]. Con el paso del tiempo, favorecer el envejecimiento activo se ha convertido en una meta prioritaria de la Unión Europea. Ello es consecuencia de la estrategia comunitaria de renovación económica, social y medioambiental puesta en marcha por el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa en Marzo de 2000, cuyo objetivo básico en materia de empleo consiste en elevar la tasa de actividad hasta un 70% en el 2010, para poder mantener o incrementar el ritmo de crecimiento económico y la viabilidad de los sistemas de protección social europeos. Para lograrlo, en las Conclusiones de la Presidencia se señalaba la necesidad de elevar la presencia de ciertos colectivos escasamente representados en el mercado de trabajo, entre los que se citaba a los trabajadores de más edad.

La política de envejecimiento activo de la Unión Europea se basa en dos actuaciones complementarias, a saber , el estímulo del mantenimiento y el acceso al empleo de los trabajadores mayores, por un lado, y la

[1] Resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 24 de febrero de 1994, sobre las medidas a favor de las personas de edad avanzada en la Comunidad Europea, y Resolución de 29 de junio de 1995, del Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, sobre el empleo de los trabajadores de edad avanzada.

prolongación de la vida activa hasta la edad ordinaria de jubilación o incluso más allá de ella, por otro. Ambas fórmulas quedaron plasmadas en el Consejo Europeo de Estocolmo de 2001, en el que se acordó que la mitad de la población de la Unión Europea con edades comprendidas entre 55 y 64 años debía estar empleada en 2010, y en el Consejo Europeo de Barcelona de 2002, donde se concluyó que para esa misma fecha la edad media efectiva de cese definitivo de la actividad laboral debía elevarse al menos 5 años.

A partir de ese momento, los sucesivos Consejos Europeos de Primavera se han esforzado en recordar a los Estados la necesidad de cumplir tales previsiones [2]. El Consejo Europeo de Primavera de 2004 alerta sobre la necesidad de perseverar en la consecución del envejecimiento activo, incluyéndolo entre los tres ámbitos prioritarios de actuación que requieren acciones rápidas para realizar la estrategia de Lisboa[3]. Un año más tarde, se hace un balance con reservas acerca de los resultados obtenidos, confirmando una ralentización en la creación de empleo que dificulta la consecución en el 2010 de las tasas de empleo apuntadas. Ello no implica que se renuncie a la Estrategia de Lisboa, pero las cifras propuestas se dejan de lado para centrarse en las prioridades políticas, entre las que se encuentra el empleo, y en las concretas acciones para llevar a cabo dichas prioridades, siendo el envejecimiento activo una de ellas, una vez más [4]. Tras la «Nueva estrategia de Lisboa» formulada en 2005, el Consejo de Primavera de de 2006 se muestra optimista por los avances obtenidos por los Estados miembros través de sus Programas Nacionales de Reformas, mediante los que se trata de ejecutar las directrices integradas que señala la Unión Europea, entre otros ámbitos, en materia de empleo. Y, de nuevo, el envejecimiento activo sigue mostrándose como una pieza clave en la que los Estados deben perseverar [5].

---

[2] Plasmadas igualmente en las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2003, como en las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2005-2008).

[3] Véase el apartado 3.4 del Informe de la Comisión al Consejo Europeo de Primavera, *Hagamos Lisboa*. *Reformas para la Unión ampliada*, Bruselas, 20 de febrero de 2004, COM (2004) 29 final/2.

[4] Véase el apartado 3.4 de la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de Primavera, *Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo*. *Relanzamiento de la estrategia de Lisboa*, Bruselas, 2 de febrero de 2005, COM (2005) 24 final.

[5] Apartados 34 y 39 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 23 y 24 de marzo de 2006. Si bien en el Informe Conjunto sobre el empleo 2006/2007 del Consejo de la Unión Europea, de 23 de febrero de 2007, núm. 6706/07 se señala que, aunque las tasas de empleo de las personas mayores se han incrementado considerablemente, todavía permanecen 8,5 puntos porcentuales por debajo de los objetivos fijados para 2010, y , por su parte, la edad media de cese definitivo en la actividad laboral sólo se ha incrementado en año y medio desde 2001, lejos por tanto del objetivo de un incremento de 5 años en el horizonte de 2010.

Entre los numerosos documentos que las Instituciones de la Unión Europea han elaborado para perfilar las directrices que los Estados miembros deberían seguir en pos de la política de envejecimiento activo, destacan especialmente dos: el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Informe solicitado por el Consejo Europeo de Estocolmo: Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa», COM (2002) 9 final, y la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo», de 3 de marzo de 2004 [6]. Del análisis de ambos documentos y de otros que inciden de modo parcial en el empleo de los trabajadores de más edad [7] se pueden extraer las líneas de actuación sobre las que las instituciones comunitarias recomiendan desarrollar los dos ejes ya apuntados que conforman la política de envejecimiento activo.

La perspectiva que anima la política de envejecimiento activo debe insertarse en un enfoque de la política de empleo basado en el ciclo de vida, que permita hacer frente a los problemas que acechan al trabajador en función de su edad —y también de su sexo, puesto que las responsabilidades familiares suponen aún un obstáculo mucho mayor para las mujeres que para los hombres—. Las posibilidades de que un trabajador esté en activo a partir de los 55 años están muy relacionadas con su trayectoria profesional, con la experiencia y habilidades acumuladas a lo largo de los años, y su capacidad de adaptación a los cambios. Por eso, la política de envejecimiento activo no puede consistir en medidas que tengan exclusivamente como destinatario al trabajador o al desempleado de edad avanzada, sino que, como indica la Comisión, deben inspirarse en un enfoque preventivo, basado en la idea de movilizar plenamente el potencial de las personas de todas las edades atendiendo a todo el ciclo vital.

---

[6] Ambos comentados por López Cumbre, L.: en la RMT ASS, núm. 37 (2002) 231-265 y núm. 52 (2004) 189-209, respectivamente.

[7] Entre otros, se han examinado, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, El futuro de la Estrategia Europea de Empleo (EEE) «Una Estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos», Bruselas, 14 de enero de 2003, COM(2003) 6 final, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo», de 3 de marzo de 2004, Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de Primavera, «Ha llegado la hora de acelerar . La nueva asociación para el crecimiento y el empleo», Bruselas, 25 de enero de 2006, COM (2006) 30 final, Informe Conjunto sobre el empleo 2006/2007 del Consejo de la Unión Europea, de 23 de febrero de 2007, núm. 6706/07 y la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de Primavera, Ejecución de la estrategia de Lisboa renovada para el crecimiento y el empleo, «Un año de resultados», Bruselas, 12 de diciembre de 2006, COM(2006) 816 final.

Por último, hay que tener en cuenta que en una sociedad envejecida los trabajadores —reales o potenciales— de más edad no son sólo un grupo vulnerable en el mercado de trabajo, sino un componente central de la oferta de mano de obra y un factor clave para el desarrollo sostenible de la Unión Europea.

2. Actuaciones recomendadas

A) Medidas de formación a lo largo de la carrera profesional: El enfoque preventivo propuesto por la Unión Europea presta especial atención a la formación, como instrumento necesario para que el trabajador mantenga y renueve las habilidades necesarias para conservar su puesto de trabajo o acceder a otro. Conforme a ello, la formación, actualización de conocimientos y reciclaje profesional debe tener lugar durante toda la vida activa, pues es necesario evitar que con la edad se produzca la pérdida u obsolescencia de las capacidades.

La Comisión propone incentivar las actividades formativas en las empresas, pues se ha demostrado que la ausencia de estructuras de aprendizaje permanente y de formación en el seno de las empresas para mejorar las cualificaciones a lo lar go de la vida profesional aumenta considerablemente las posibilidades de que los trabajadores de más edad queden desfasados y acaben perdiendo su empleo o retirándose prematuramente del mercado de trabajo. Además, habría que invertir la tendencia actual de las empresas a reducir la inversión en formación a medida que aumenta la edad de los trabajadores, lo cual crea situaciones de desigualdad no justificables.

B) Incentivos financieros de apoyo a la permanencia en el empleo de los trabajadores de edad avanzada: Dada la situación objetiva de desventaja en la que se encuentran los trabajadores de más edad en el mercado de trabajo, se considera apropiada la adopción de medidas de estímulo a la contratación o al mantenimiento en el empleo dirigidas exclusivamente a este grupo. La finalidad de estas medidas, que pueden calificarse como acciones positivas moderadas [8], es remover los obstáculos que impiden a los trabajadores de más edad acceder al mercado de trabajo o mantenerse en él en igualdad de condiciones. En particular , se trata de vencer el rechazo empresarial que puede suscitar su contratación, basado en la creencia de que son trabajadores menos productivos y más costosos, tanto en términos salariales, como en términos de gastos indirectos —bajas por incapacidad temporal, mayor índice de absentismo, en-

[8] Adoptando la nomenclatura propuesta por Giménez Gluck, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia (1999) 76, 77.

tre otros—. La legitimidad de dichas medidas en el seno de la Unión Europea está fuera de dudas a la luz del artículo 6.1.a) de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, que expresamente las admite.

Por otra parte, el Consejo también propone la aplicación de incentivos fiscales sobre las rentas derivadas del trabajo que redunden directamente en beneficio del trabajador de más edad, como por ejemplo, una ampliación de los límites de exención del impuesto sobre la renta de los trabajadores que superen cierta edad, que haga más atractivo y rentable seguir trabajando.

C) Adaptación de las condiciones de trabajo: El mantenimiento en el empleo o la aceptación de un nuevo puesto de trabajo dependen de diversos factores relacionados con las condiciones de la prestación. Al margen de la remuneración, la Comisión recomienda poner especial atención en los siguientes.

a) Mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, atendiendo a las necesidades de los trabajadores de edad avanzada. Se trata de tener en cuenta los factores de riesgo relacionados con el envejecimiento a la hora de realizar la evaluación y el control de los riesgos laborales.

b) Flexibilización de las condiciones relativas al tiempo de trabajo de este colectivo. Por ejemplo, crear vías para el acceso a horarios flexibles, o para el disfrute de excedencias y de períodos vacacionales más largos, facilitar la opción voluntaria por el trabajo a tiempo parcial o las jornadas reducidas, que podrían combinarse con un acceso progresivo a la jubilación.

c) Adaptación de la carga de trabajo a las particulares circunstancias de estos trabajadores u oferta de otros puestos de trabajo en la misma empresa más adecuados a su edad.

d) Ensayo de fórmulas contractuales como el trabajo a domicilio o el teletrabajo, pudiendo combinarse una proporción de la jornada desarrollada de modo presencial con otra proporción desarrollada a distancia.

e) Revisión del peso de los elementos de veteranía en los salarios, con vistas a adaptar las retribuciones a la productividad y la eficacia. Y es que un peso excesivo de la antigüedad sobre el conjunto del salario conduce a una disociación entre la retribución efectivamente asignada y la productividad del trabajador, que puede animar al empresario a prescindir de los trabajadores de más edad, por ejemplo, mediante prejubilaciones o jubilaciones

anticipadas. La pérdida salarial que pudiera deducirse de este tipo de medidas podría compensarse con otras, como la exención o rebaja de la parte de cotización correspondiente a los trabajadores de más edad, o la reducción de la presión fiscal sobre los rendimientos del trabajo.

f) Evitar todas las formas de discriminación por razón de edad en el acceso y mantenimiento en el empleo.

D) Huir del empleo precario y mejorar las retribuciones: La Comisión insiste en la necesidad de combinar seguridad y flexibilidad en la regulación de las incidencias del contrato de trabajo. El fomento del empleo de los trabajadores de edad avanzada no puede centrarse en formas de empleo precario, esto es, trabajos temporales, con escasa remuneración, o sin perspectivas profesionales, entre otras cosas porque un porcentaje muy alto de los mayores con ese tipo de empleos acaban en situaciones de desempleo o inactividad.

E) Mejora en la eficiencia de los Servicios públicos de empleo: Partiendo del modelo de «flexiguridad», la Comisión apuesta por la prioridad de las políticas activas del mercado de trabajo frente a las políticas pasivas. Se requiere la presencia de un fuerte sistema de apoyo al desempleado, que le provea de sostenimiento económico durante el tiempo que tarda en encontrar un nuevo empleo, que le ayude a contar con la capacitación necesaria para poder reintegrarse en el mercado de trabajo, y que le ofrezca un servicio efectivo de conexión con la demanda de trabajadores. De ahí el importante papel asignado a los servicios públicos de empleo, que exige una remodelación de los mismos a fin de hacerlos más eficaces.

La Comisión llama la atención sobre la necesidad de que los servicios públicos de empleo apoyen la contratación de los trabajadores de más edad llevando a cabo labores de orientación personalizada y de formación específica, y teniendo presente las condiciones individuales de cada desempleado.

F) Adecuado diseño de las prestaciones sociales: Las prestaciones sociales que cubren situaciones de inactividad —por ejemplo, enfermedad o discapacidad prolongada— o desempleo deben combinar niveles de protección adecuados con firmeza en la finalidad de reintegración del trabajador en el mercado de trabajo. De este modo, la eventualidad de poder acceder a la prestación en un futuro puede ser un estímulo para seguir trabajando o aceptar un empleo. Y, por otro lado, podría evitarse la denominada «trampa del desempleo». Y es que los periodos de percepción demasiado prolongados, unidos a una aplicación permisiva de las normas de concesión, estimulan la dependencia de las prestaciones socia-

les e inhiben la búsqueda de empleo, especialmente en trabajadores de edad avanzada, que pueden ver en la prestación por desempleo una situación puente entre su retirada prematura del mercado de trabajo y la percepción de una pensión de jubilación. Por eso, la Comisión recomienda a los Estados miembros incidir en ciertos requisitos para la concesión y el mantenimiento de la prestación, como el compromiso de actividad y la búsqueda efectiva de trabajo, y reforzar los sistemas de control sobre el disfrute de estas prestaciones. Obviamente, para que ello no vaya en detrimento de los desempleados, estas medidas han de complementarse con una política activa de empleo eficaz, es decir , esas personas deben contar con posibilidades reales de reinsertarse en el mercado de trabajo, lo cual exige la articulación de mecanismos eficientes de formación y recolocación.

G) Una nueva concepción de jubilación: En cuanto a la jubilación, se aboga decididamente por desincentivar la jubilación anticipada y acabar con la idea de que se trata de una alternativa más para la reestructuración o redimensionamiento de la plantilla. Por consiguiente, se estima necesario suprimir los incentivos públicos ofrecidos a empresas y/o trabajadores para recurrir a la jubilación anticipada en el marco de procesos de reconversión. Frente a ello, hay que fomentar la jubilación parcial y progresiva, basada en una gradual reducción del tiempo de trabajo que evite el paso brusco de la vida activa a la inactiva. Además, se propone revisar las edades de jubilación fijadas en cada Estado y recompensar a los trabajadores que prolonguen su vida activa más allá de dicha edad.

H) Sujetos responsables de llevar a cabo la política de envejecimiento activo: La Comisión responsabiliza a diversos sujetos de la ejecución de la política de envejecimiento activo. Desde luego, muchas de las medidas necesarias sólo pueden ser implantadas por los Estados, pero otras, como la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores maduros, dependen de la voluntad de los interlocutores sociales de introducirlas en los convenios colectivos o acuerdos de empresa. Por ello, la Comisión recomienda que el envejecimiento activo se convierta en una dimensión esencial de las relaciones laborales. Además, se apunta a la responsabilidad de los empresarios, especialmente en materia de formación dentro de la empresa.

La actuación conjunta de todos ellos para articular políticas de envejecimiento activo exige un cambio de mentalidad importante, que se extiende incluso al propio trabajador de edad avanzada, y que implica la toma de conciencia acerca de la necesidad y el valor de seguir trabajando más allá de los 55 años. De hecho, en su Informe de 2002 la Comisión reconocía que las iniciativas políticas de los Estados no habían dado sus frutos en relación con los trabajadores de más edad por un fallo en la mentalidad de todos los sujetos implicados.

Para concluir, hay que decir que todas las medidas que han sido mencionadas están interrelacionadas entre sí, hasta el punto de que la política de envejecimiento activo no podría llevarse a cabo con eficacia si falla alguna de las piezas que la conforman. De nada sirven los incentivos en favor de una prolongación de la vida activa si los trabajadores de edad no actualizan sus conocimientos y no resultan verdaderamente idóneos para cubrir los puestos de trabajo ofertados. De nada sirve ofrecer subvenciones a la formación dentro de la empresa si el trabajador no cambia su mentalidad y participa activamente en estas iniciativas. De nada sirve remodelar la prestación de desempleo si los trabajadores mayores no tienen oportunidades reales de reintegrarse en el mercado de trabajo, bien por falta de formación, por falta del apoyo necesario de los servicios públicos de empleo o por rechazo por parte de los empresarios. Y, por último, de nada sirven todos los esfuerzos invertidos en conseguir un envejecimiento activo si las empresas siguen incentivando el cese definitivo de la actividad laboral mediante prejubilaciones.

II. CONFRONTACIÓN DE LOS ESTÁNDARES COMUNITARIOS CON LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES MADUROS EN ESPAÑA. LAS NORMAS SOBRE MEJORA Y CRECIMIENTO DEL EMPLEO

Tras el relanzamiento de la Estrategia de Lisboa en 2005, todos los Estados vienen obligados a elaborar y presentar anualmente Programas Nacionales de Reforma, entendidos como los instrumentos principales para ejecutar dicha Estrategia bajo la guía de las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo. En el Programa Nacional de Reformas de España de 2006 destaca, en materia de empleo, el paquete de medidas propuestas por el Gobierno y los Interlocutores sociales en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, suscrito el 9 de mayo de 2006.

Puesto que las medidas pactadas por el Gobierno y los interlocutores sociales, exigían la reforma urgente de ciertas normas con rango de ley, el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, materializa de forma inmediata dichas reformas, sin necesidad de esperar a la tramitación parlamentaria de una norma con rango de ley. Ésta, sin embargo, ha llegado unos meses más tarde, asumiendo las medidas puestas ya en aplicación por el Real Decreto-ley, que queda tácitamente derogado, y sin introducir cambios sustanciales [9]. Así, tal y como indica su disposición final 7.ª, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, se encuentra en vigor desde el 31 de diciembre, es decir, un día después de su publicación en el B.O.E.

[9] Sobre las escasas novedades al respecto, véase CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Novedades en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo*, *AS*, núm. 18 (2006), Westlaw BIB 2006/1848.

Del abanico de medidas que introdujeron las normas mencionadas se van a exponer las que tienen como finalidad el fomento del empleo de los trabajadores de edad avanzada, y que son fundamentalmente los incentivos a la contratación incluidos en el Programa de Fomento del Empleo. Al respecto sólo queda hacer una aclaración, y es que aunque los PFE suelen tener carácter anual, en 2006 se registran tres PFE. El primero se publicó, como suele ser habitual, en la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, a éste le sucedió el introducido por el Real Decreto-ley 5/2006, vigente a partir del 1 de julio, que se ha visto sustituido por el que incluye la Ley 43/2006, y que, para evitar confusiones, denominaremos Nuevo Programa de Fomento del Empleo (NPFE).

1. Incentivos a la contratación de los trabajadores de edad avanzada

A) Contratación por tiempo indefinido de trabajadores de más de 45 años

Cuando un empresario contrate indefinidamente —mediante un contrato indefinido ordinario, o bien mediante el contrato para el fomento de la contratación indefinida—, y a tiempo completo, a un trabajador/a mayor de 45 años, podrá beneficiarse de una bonificación en la parte de la cotización que le corresponde pagar a la Seguridad Social en una cuantía de 1.200 euros anuales —100 euros al mes—, y durante toda la vigencia del contrato —artículo 2.1.d) de la Ley 43/2006—. En relación con esta disposición conviene comentar las siguientes cuestiones.

a) Aplicación de cuantías fijas de bonificación

El legislador opta, tanto en ésta como en la mayor parte de las bonificaciones del NPFE, por sustituir la técnica habitual de cálculo de la bonificación aplicando un porcentaje a la cotización por contingencias comunes que el empresario tuviera que pagar en cada caso, por el establecimiento de una cantidad fija aplicable por igual a todo el colectivo que se determina. A la vista de este cambio, resulta complejo determinar si las nuevas bonificaciones constituyen una mejora sobre las previstas en anteriores programas de fomento del empleo, que rondaban para el «trabajador de edad avanzada *standard*» un 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes. El porcentaje empresarial por contingencias comunes respecto al salario mínimo interprofesional asciende a 127 euros mensuales, por lo que la actual bonificación de 100 euros mensuales equivaldría a la anterior del 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes cuando el salario rondase los 1000 euros mensuales. De modo que, la actual bonificación fija será más

favorable que la anterior para los contratos con salarios inferiores al mencionado, y menos favorable para los que superen dicha cantidad. En cualquier caso, lo que parece claro es que al desvincularse la cuantía de la bonificación de las cotizaciones reales, la medida de fomento será más atractiva cuanto más bajo sea el salario asignado al trabajador de edad avanzada, por lo que previsiblemente contribuirá de forma más eficaz a incentivar la contratación de trabajadores de edad avanzada en puestos de trabajo escasamente remunerados, que suelen ser además escasamente cualificados [10].

Priorizar el empleo en estas condiciones sobre el resto es criticable, por muchas razones, entre las que destacan que no estimula la formación continua de los trabajadores maduros y que puede apoyar prácticas empresariales discriminatorias, como la reserva para los trabajadores mayores de 45 años de los puestos menos remunerados, con el fin de sacar el máximo beneficio de la bonificación prevista. Obviamente, ello pone en duda la compatibilidad de esta medida con las directrices europeas sobre envejecimiento activo, que no sólo insisten en la necesidad de formación de estos trabajadores a fin de garantizar su inserción en un modelo productivo que requiere, sobre todo, trabajadores cualificados, sino que además recomiendan la mejora de las remuneraciones como un elemento para conseguir que el trabajo sea más atractivo y que las personas de edad avanzada decidan voluntariamente prolongar su vida activa, en vez de recurrir a otras posibilidades como el cobro de subsidios de desempleo o las jubilaciones anticipadas. A la vista de todo ello, habría que plantearse hasta qué punto el NPFE está apoyando para los trabajadores de edad avanzada un tipo de empleo precario, no por su duración, puesto que se trata de contratos indefinidos, sino por su baja remuneración, que conlleva escasa cualificación, pocas posibilidades formativas y menores perspectivas profesionales. Esta apuesta puede dar frutos a corto plazo, incrementando la contratación de trabajadores mayores, pero no parece la más correcta para alcanzar a medio plazo el objetivo del envejecimiento activo, que es más difícil de conseguir en empleos no cualificados, cuyas poco atractivas condiciones de trabajo suelen impedir que el trabajador continúe trabajando hasta la edad de jubilación .

b) Desaparición de las graduaciones de la bonificación por edad y sexo

En el NPFE los mayores de 45 años se convierten en un colectivo homogéneo, al que le resulta aplicable por igual la misma cantidad fija de bonificación, sin que se establezcan distintos tramos de protección en función de la edad, ni del sexo, como se venía haciendo en PFE anteriores.

---

[10] Este aspecto ha sido criticado por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La reforma laboral de 2006: un análisis jurídico del RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y el empleo», en *La reforma laboral*. *Comentarios al Real Decreto-ley 5/2006*, Pérez de los Cobos (coord.), La Ley , Madrid (2006) 24.

En relación con la edad, además de desaparecer la división entre menores y mayores de 55 años, también se elimina el tope máximo para la concesión de las bonificaciones, que se fijaba en 65 años, en un intento de fomentar la prolongación de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación[11]. En cualquier caso, la contratación bonificada de un mayor de 65 años ha de ponerse en relación con el artículo 1 12 *bis* del TRLGSS, que establece la exención de trabajadores y empresarios de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de ellas, cuando el trabajador tenga 65 o más años y acredite 35 o más de cotización efectiva a la Seguridad Social, sin computar a estos efectos las partes proporcionales de las pagas extraordinarias. Lógicamente, cuando no se pueda alcanzar la exención de este último artículo, por no reunir el trabajador las cotizaciones necesarias, la aplicabilidad de las bonificaciones fijadas en el NPFE no presenta problemas. Pero, aún en el caso de que el empresario esté exento de cotizar por contingencias comunes, podrá beneficiarse de la cotización del NPFE, en la medida en que su obligación de cotización se mantiene por otros conceptos. Eso sí, habrá que prestar atención a no sobrepasar los límites establecidos en el artículo 7.2 y 3 de la Ley 43/2006, que son, por una parte, que las bonificaciones no podrán superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social «que le hubiera correspondido ingresar». No puede computarse, por tanto, para hallar este concepto, la cotización por contingencias comunes, de la que ya estaba exento, sino tan sólo el resto de las cotizaciones. Y, por otra parte, las bonificaciones previstas en el NPFE, más otras medidas de apoyo público establecidas con la misma finalidad, no podrán superar el 60% del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica. Para cumplir esta norma, habrá que sumar a la bonificación por mayores de 45 años la cuantía de la cotización por contingencias comunes que el empresario no tiene que ingresar, y comprobar si se supera el tope indicado.

Por lo que se refiere a las mujeres maduras, el NPFE rompe con la tendencia de Programas anteriores —incluido el primero del 2006— de incrementar el porcentaje de la cotización empresarial para la contratación de trabajadoras de edad avanzada. Era ésta una medida de acción positiva moderada que apoyaba con mayor fuerza el acceso al empleo de las trabajadoras que el de los trabajadores de la misma edad, partiendo de las mayores dificultades que éstas tienen para integrarse en el mercado de trabajo, tanto por razón de edad como de sexo. En teoría, pues, el empresario que decidiese contratar un trabajador de edad avanzada, podría preferir a la mujer sobre el varón, dada la mayor bonificación concedida.

---

[11] Luján Alcaraz, J.: «Las medidas de impulso a la contratación indefinida», en *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, cit., Sempere Navarro, A. V. (dir.), Aranzadi (2006) 58.

Ahora bien, esta ar gumentación se diluye si se observa la posición de la mujer en el mercado de trabajo. Por una parte, la feminización de ciertas tareas y la masculinización de otras reduce la incidencia práctica de dicha hipótesis. Y, por otra, la persistencia de la brecha salarial entre sexos determina que, ante trabajos de igual valor, pero con distinta remuneración, la cuantía de la bonificación que resultará aplicable a trabajadores y trabajadoras de edad avanzada puede ser similar , perdiéndose así por el camino los efectos de la pretendida medida de acción positiva.

Ante esta realidad, la opción del NPFE de fijar de una cantidad idéntica para el fomento de la contratación indefinida de trabajadores de ambos sexos no es tan neutra como parece. De hecho, la medida probablemente favorezca a las mujeres, respecto a las cuales, y en proporción a su salario, generalmente inferior al de los varones, la bonificación será más ventajosa. En cualquier caso, este resultado no es justificable, pues para llegar a él ha de partirse de una aceptación o un reconocimiento tácito de la situación de desigualdad salarial, que no se combate, sino que se toma en cuenta para diseñar una medida que no va a resultar más perjudicial para las trabajadoras de edad avanzada que medidas anteriores de otros PFE, y que incluso podría resultar favorable para las mujeres que para los varones.

Así pues, aunque las consecuencias prácticas de la medida puedan no ser perjudiciales, la opción del NPFE en torno a las trabajadoras de edad avanzada resulta criticable. Paradójicamente, la medida se adapta o favorece las situaciones de desigualdad salarial, mientras que resulta neutra en la hipótesis del empresario interesado en contratar un trabajador de edad avanzada para el que el sexo del contratado es indiferente. En este sentido, y al contrario que el Programa anterior, el NPFE no fomenta una buena práctica empresarial al respecto.

Por el contrario, se debió aprovechar el establecimiento de las cuantías fijas de bonificación para establecer una auténtica medida de acción positiva, que no naufragase en su aplicación práctica, a través de un incremento de la cuantía fija aplicable cuando la trabajadora de edad avanzada fuese mujer, o bien, alternativamente, permitiendo la compatilidad de esta bonificación con las otras expresamente previstas para la mujer , con la única salvedad de la de contratación en los 24 meses posteriores al parto, puesto que probablemente este colectivo no coincida con el de las trabajadoras de edad avanzada.

c) Extensión de la bonificación durante toda la vigencia del contrato

Tanto la bonificación genérica para los trabajadores mayores de 45 años, como otras que se verán más adelante, y que alcanzan a este colectivo, se extienden durante toda la vigencia del contrato. Se trata de una

medida que ya se venía aplicando en Programas anteriores, aunque en ellos la bonificación correspondiente al primer año era superior a las sucesivas. En el Programa actual la cuantía de la bonificación no se reduce, lo cual resulta acertado, no sólo porque simplifica la aplicación de la medida, sino también porque se adapta perfectamente al objetivo de estimular la prolongación efectiva de la vida activa del trabajador de edad avanzada, así como su estabilidad en el puesto de trabajo.

d) Modulación de las bonificaciones para la contratación a tiempo parcial

Aunque todas las bonificaciones que se acaban de describir se refieren a contratos a tiempo completo, ello no significa que desaparezcan cuando el contrato se concluya a tiempo parcial. Los anteriores PFE bonificaban la contratación a tiempo parcial, manteniendo el porcentaje previsto para los supuestos de contratación a tiempo completo, aunque lógicamente, al ser inferiores jornada, salario y cotizaciones, también se reducía la cuantía de la bonificación en el momento de su aplicación. Puesto que el NPFE establece cuantías fijas para la bonificación de la contratación, se establece una minoración de dichas cuantías según la jornada contratada. Así, la bonificación puede mantenerse en su totalidad si la jornada laboral es igual o superior a las tres cuartas partes de la jornada habitual o a tiempo completo. Si es superior a la mitad pero inferior a las tres cuartas partes, entonces se aplica un 75% de la bonificación general; si se sitúa entre la cuarta parte de la jornada y la mitad, la bonificación se reduce hasta un 50%; y , por último, si la jornada es inferior a una cuarta parte de la jornada laboral a tiempo completo, la bonificación que procede es de un 25% respecto a la bonificación establecida con carácter general.

El fomento de la contratación a tiempo parcial es importante respecto a los trabajadores de edad avanzada, para los cuales este tipo de trabajo puede ser una solución a la hora de conciliar las circunstancias propias de la edad —cierto cansancio por el trabajo, deseo de mayor tiempo de ocio— con el deseo de seguir manteniéndose en activo. No obstante, el acceso a este tipo de trabajo debe ser siempre voluntario, pues de lo contrario corre el riesgo de convertirse en otra forma de trabajo precario en la que acaban los grupos con mayores dificultades para acceder al mercado de trabajo y que no encuentran mejores opciones. Además, respecto al grupo de trabajadores de edad avanzada hay que tener especial cuidado en este extremo, puesto que la reducción de cotizaciones afecta directamente a sus expectativas en relación con la pensión de jubilación. Lo lógico sería que el trabajo a tiempo parcial se fomentase únicamente respecto de quienes pudieran compaginarlo con una pensión de jubilación, accediendo así progresivamente a la situación de inactividad.

El NPFE establece unos porcentajes de bonificación favorables a la contratación a tiempo parcial, puesto que la proporción en la que se reduce la bonificación siempre es menor a la proporción en que se reduce la jornada, hasta el punto de que los contratos a tiempo completo y a tiempo parcial con jornada más alta comparten la misma bonificación. En este sentido, aunque lógicamente dependerá de las necesidades empresariales, puede resultar más ventajoso contratar trabajadores de edad avanzada a tiempo parcial, siempre que su jornada alcance al menos las tres cuartas partes de la jornada a tiempo completo, ya que en ese caso los gastos salariales y de cotización que origina el trabajador son menores, mientras que la bonificación se mantiene en su integridad. Similares maniobras especulativas pueden darse cuando las necesidades de jornada se sitúen en torno a los límites que separan los distintos tramos y el empresario los incremente a fin de cobrar una bonificación más elevada. Todo ello no es más que otra consecuencia de la opción del NPFE por establecer las bonificaciones mediante cantidades predeterminadas en vez de basarse en porcentajes de cotización, como venía siendo habitual [12].

Por último, el artículo 8 de la Ley 43/2006 permite que no se pierdan las bonificaciones obtenidas cuando un contrato a tiempo parcial se transforme en a tiempo completo, o viceversa, produciéndose únicamente el ajuste de las cantidades a las que tiene derecho el empresario. Sin embargo, esta regla sólo opera sobre la primera novación, ya que en caso de que ésta se repita, las bonificaciones se perderán, con dos únicas excepciones. Primera, que el cambio sea de tiempo parcial a tiempo completo. Y, segunda, que se trate de trabajadores jubilados parcialmente que cada año amplíen la reducción de su jornada de acuerdo con la normativa aplicable. Está claro el acierto de esta norma que trata de combinar los beneficios a la contratación de los trabajadores de edad avanzada con la jubilación flexible como medida de prolongación de la vida activa.

B) *Bonificaciones para la contratación de trabajadores de edad avanzada que se enmarcan en otros grupos desfavorecidos. Posibilidad de contratación temporal por esta vía*

El artículo 2.2 de la Ley 43/2006 establece una serie de bonificaciones aplicables durante toda la vigencia del contrato en caso de contratación por tiempo indefinido de personas con discapacidad, o bien de conversión en indefinidos de contratos temporales de fomento del empleo o formativos suscritos con estas personas, siempre que el empleador no sea

[12] En torno a esta crítica, véase G ONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Incentivos para la contratación indefinida y para la conversión del empleo temporal en fijo», *La reforma laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*, CRUZ VILLALÓN, J., (coord.) Lex Nova, Valladolid (2006) 245.

un centro especial de empleo —en cuyo caso la bonificación será del 100% de la cuota empresarial—. Dichas bonificaciones eran ya las más generosas del Programa de Fomento del Empleo en la redacción del Real Decreto-Ley 5/2006 —probablemente porque los discapacitados son el colectivo que se enfrenta con mayores problemas a la hora de acceder al mercado de trabajo—, pero aún se han visto mejoradas en la tramitación parlamentaria de la Ley 43/2006, que además establece incrementos sobre las cantidades fijadas cuando la persona discapacitada sea mayor de 45 años, o mujer. En tales supuestos, si el contrato es indefinido, se le sumará a la bonificación correspondiente por discapacidad otra bonificación de 100 euros mensuales —o 1.200 anuales—, que coincide con la que el artículo 2.1.d) prevé con carácter general para la contratación de mayores de 45 años. Y, si se tratase de una transformación en contrato a tiempo indefinido de alguno de los dos contratos citados anteriormente, entonces la bonificación a añadir será de 70,83 euros al mes —es decir, 850 euros anuales—. El precepto se cuida de advertir que tales incrementos no son acumulables, esto es, aunque la persona discapacitada y mayor de 45 años fuese mujer, la bonificación aplicable sería la indicada, y no el doble, aunque le correspondiese tanto por edad como por sexo. En definitiva, la disposición que afecta a los trabajadores discapacitados de edad avanzada es en este caso neutra desde el punto de vista de género.

Puesto que el objetivo declarado de la reforma laboral del 2006 es eliminar el exceso de temporalidad, los contratos que se bonifican son en su mayor parte por tiempo indefinido. De hecho, como se ha visto antes, el fomento del empleo de los trabajadores de edad avanzada se circunscribe a los contratos indefinidos, decisión que resulta acertada, dada la extremada vulnerabilidad de los trabajadores mayores con contratos temporales, que tienden a salir prematuramente del mercado de trabajo, lo que implica el fracaso de la finalidad del apoyo a la contratación de este colectivo, que es la prolongación de la vida laboral al menos hasta la edad de jubilación.

Ahora bien, de forma excepcional, la Ley 43/2006 fomenta la contratación temporal respecto a tres colectivos en los que la necesidad de integrarse en el mercado de trabajo se conecta con la de superar situaciones personales o sociales especialmente difíciles. Se trata de los discapacitados, las víctimas de violencia de género o doméstica y las personas en situación de exclusión social[13]. Aunque a primera vista los trabajadores maduros parecen estar fuera del alcance de esta medida, en realidad hay dos supuestos en los que la ley apoya la contratación temporal de estos trabajadores, siempre que

[13] Se entiende que el acceso al mercado laboral es un fin tan relevante que justifica los medios, en este caso, la contratación temporal. Véase HIERRO HIERRO, F. J.: «Otras cuestiones. Comentarios a las Disposiciones Adicionales 1.ª, 5.ª y 7.ª y Finales 1.ª y 2.ª», en *La Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*, cit., 220, 221.

además se encuentren incluidos en uno de los colectivos apuntados. El primero de ellos es la bonificación del contrato temporal de fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, que prevé un incremento de la bonificación prevista en 50 euros al mes —600 al año—, si del trabajador es mayor de 45 años, o mujer , estableciendo además la compatibilidad entre ambos incrementos, que se aplicarán conjuntamente en caso de contratación de trabajadoras discapacitadas de edad avanzada. Nótese que es este el único caso en que el NPFE establecen distintas cantidades de bonificación atendiendo al sexo del trabajador de edad avanzada.

El segundo es la bonificación a la contratación temporal de las personas en situación de exclusión social, que consiste en 500 euros anuales durante toda la vigencia del contrato. Si bien los trabajadores de edad avanzada no son mencionados en la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 43/2006, en la que se detallan los colectivos que se consideran en situación de exclusión social, hay que tener en cuenta que el primero de ellos, es decir, el de los perceptores de rentas activas de inserción, puede estar integrado por personas mayores de 45 años, desempleadas durante doce meses o más, que no tengan derecho a prestaciones o subsidios de desempleo o a la renta agraria, y que carezcan de rentas superiores en cómputo mensual al 75% del SMI, tal y como establece el artículo 2 del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, que regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

2. Medidas que tienden al mantenimiento de los trabajadores de edad avanzada en su puesto de trabajo

El artículo 4 de la Ley 43/2006 recoge una medida para fomentar el mantenimiento en el empleo de los trabajadores de edad avanzada que, aunque no constaba en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, ya se había incluido en PFE anteriores. A tenor de ella, los trabajadores con contrato indefinido a partir de los sesenta años, y siempre que tengan una antigüedad en la empresa de al menos cinco años, darán derecho a una bonificación del 50% de la cuota empresarial en la cotización por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, que se incrementará en un 10% una vez transcurrido un año desde su aplicación, hasta alcanzar un máximo del 100%. Obsérvese que, por ser una medida que no procede del Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, la bonificación se establece a través de un porcentaje, y no mediante una cuantía fija.

Está claro que con dicha bonificación, que será aplicable desde la fecha en que se cumplan ambos requisitos relativos a edad y antigüedad, se intenta desincentivar la jubilación anticipada, a la que se puede acceder precisamente a partir de los 60 años, y prolongar así la vida activa del trabajador .

Por eso, sorprende que en el NPFE no se haya recogido una innovación introducida por el primer PFE para 2006, que consistía en incrementar el porcentaje de bonificación en un 10% por cada año transcurrido desde que el trabajador cumplió los requisitos de edad y cotización exigidos, hasta alcanzar el 90% para los trabajadores que contaban con tales requisitos en 2002.

De todos modos, este es el único detalle que se omite, pues el artículo 8.1 mantiene, en la misma línea que anteriores PFE, una excepción respecto a la concurrencia de bonificaciones, según la cual la bonificación para trabajadores indefinidos de 60 años o más es compatible con las bonificaciones establecidas con carácter general en el NPFE. Y como único límite se establece que la suma de las bonificaciones no puede superar el 100% de la cuota empresarial.

Por su parte, la Ley 42/2006, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, prevé en su disposición adicional vigésimo quinta, un supuesto de reducción de cuotas que entronca con la bonificación prevista en el artículo 4 de la Ley 43/2006, viniendo a suponer en la práctica una ampliación de las ayudas previstas para el mantenimiento en el empleo de los trabajadores de edad avanzada. Así, los contratos de trabajo indefinidos con trabajadores de 59 años o más, con una antigüedad en la empresa de al menos cuatro años generan un derecho a reducción, con car go al presupuesto de la Seguridad Social, de un 40% de la aportación empresarial por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, a partir del momento en que se cumplan los requisitos de edad y antigüedad mencionados. La duración de tal reducción será de un año, aunque el párrafo tercero de la disposición adicional indica que si antes de dicho plazo se cumplen los requisitos de edad y antigüedad que permiten acceder a la bonificación para trabajadores de 60 años o más establecida en el Real Decreto-Ley 5/2006, ésa será la aplicable, dejando de disfrutarse la reducción prevista en la Ley de Presupuestos. La utilidad de la reducción no sólo pasa por adelantar en un año la posibilidad de disfrutar de incentivos al mantenimiento en el empleo de los trabajadores maduros, sino también por cubrir las situaciones en las que falta poco tiempo para reunir los requisitos exigidos en la Ley 43/2006 respecto a la edad o a la antigüedad en la empresa.

Por último, completa las medidas dirigidas al mantenimiento en el empleo de los trabajadores de edad el artículo 1 12 *bis* del TRLGSS, que trata que el empleo se extienda más allá de la edad de jubilación, y que ya ha sido objeto de comentario páginas atrás.

III. CONCLUSIÓN

La política española de envejecimiento activo sigue centrada en los incentivos a la contratación de los trabajadores de edad avanzada, cuyos pros y contras se han querido exponer brevemente. Aunque no se trata de la úni-

ca actuación de los poderes públicos al respecto, lo cierto es que queda aún mucho camino por andar para ofrecer respuestas globales a los problemas de este colectivo, tal y como indican las instituciones europeas. Las soluciones ofrecidas por la legislación española siguen siendo fragmentarias, pues las medidas de fomento de la contratación no se complementan de forma suficiente con una acción decisiva en materia de formación [14], o en la actuación de los servicios públicos de empleo estatal. No obstante, la voluntad de reformar en profundidad la formación profesional para el empleo y los servicios públicos de empleo estatal, plasmada respectivamente en el Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo, suscrito el 7 de febrero de 2006, y en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, alienta la esperanza de que en un futuro próximo las bonificaciones a la contratación de los trabajadores de edad avanzada sean una pieza más de un conjunto integrado de actuaciones para favorecer el empleo de todos los trabajadores, que sea capaz de adaptarse a las necesidades específicas de este colectivo.

Otra gran carencia de la política española para el envejecimiento activo es que los interlocutores sociales no han tomado conciencia de modo suficiente de la necesidad de prolongar la vida activa de los trabajadores, hasta el punto de que el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2007, suscrito el 6 de febrero, menciona únicamente a los trabajadores de edad avanzada en el capítulo de igualdad de oportunidades, donde recomienda evitar su discriminación en el acceso y mantenimiento en el empleo. Pese a la importancia de esta referencia, la política de envejecimiento activo exige actuaciones que vayan mucho más allá de la mera interdicción de prácticas discriminatorias. Por otra parte, no es necesario llevar a cabo un análisis en profundidad de la negociación colectiva para detectar que la práctica totalidad de las menciones relativas a los trabajadores de edad avanzada se dirigen a determinar extremos de su cese en la actividad laboral, persistiendo con más frecuencia de la deseada cláusulas relativas a prejubilación, jubilación anticipada o forzosa. Por el contrario, la flexibilización de las condiciones de trabajo de los trabajadores de edad avanzada, y la adaptación a sus necesidades de las condiciones de seguridad y salud, están todavía por descubrir . Todo ello demuestra que el cambio de mentalidad tan necesario para que pueda llevarse a cabo el objetivo de prolongar la vida activa no se ha producido.

Por consiguiente, aunque se han dado pasos adecuados, el enfoque de envejecimiento activo, o bien no está presente en la práctica laboral, o bien se limita a referencias fragmentadas, situación que reclama un esfuerzo por parte de poderes públicos e interlocutores sociales para adecuarse a las directrices de la Unión Europea en esta materia.

---

[14] Reivindicada ya como medida complementaria indispensable de los incentivos a la contratación por TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: *Incentivos al empleo y a la calidad en el empleo, RMTASS*, 33 (2001) 169.

Comunicación a la Ponencia Temática II

POLÍTICAS DE FOMENTO DEL EMPLEO, ESTRATEGIA DE PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA Y DISCRIMINACIÓN

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO
Prof.ª TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo

SUMARIO:

1. INTEGRACIÓN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO NACIONAL EN LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL ENVEJECIMIENTO ACTIVO.—2. ESTRATEGIA DE PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD: ASUNTO MANGOLD.—3. APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DEL ASUNTO MANGOLD A OTROS SUPUESTOS.–3.1. Principio general de discriminación y contratos temporales de fomento del empleo. 3.2. Principio general de discriminación y jubilación forzosa: asunto Félix Palacios de la Villa, pendiente ante el TJCE. 3.3. Discapacidad y enfermedad: asunto Chacón Navas.

1. INTEGRACIÓN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO NACIONAL EN LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

El germen de la actuación comunitaria en materia de empleo se encuentra en el artículo 125 TCE, a cuyo tenor, los Estados miembros y la Comunidad «se esforzarán… por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico» con vistas a la consecución de los objetivos del artículo 2 del propio Tratado así como del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea.

La estrategia europea de empleo (EEE) se desarrolla y coordina con los planes nacionales de acción para el empleo, mediante una serie de instrumentos y un *modus operandi* cuyas pautas básicas se deducen del artículo 128 TCE [1]. El Consejo adopta las Directrices comunitarias para el empleo, o prioridades que han de guiar las políticas de empleo nacionales, a propuesta de la Comisión y tras los Consejos Europeos o Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros. Desde el año 2000, además, el Consejo, a propuesta de la Comisión, formula recomendaciones específicas a cada Estado miembro en las que esboza líneas de actuación concretas en relación con los problemas más acuciantes observados en la consecución por el Estado de los objetivos y prioridades generales. Por su parte, a la luz de las directrices aprobadas y, más en concreto, de las recomendaciones formuladas, cada Estado miembro elabora su propio plan nacional de acción para el empleo para la planificación de la política de empleo de acuerdo con la EEE. En general, en estos planes se pretende dar con-

[1] Ampliamente sobre el tema, TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *La interacción entre políticas activas de empleo y políticas económicas en la Unión Europea, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos sobre la política de empleo española*, RMTAS, núm. 62, 2006, pp. 59 ss.

sistencia a los objetivos comunitarios más que a través de medidas concretas mediante la plasmación de líneas estratégicas de actuación bastante específicas, que, no obstante, dejan a los poderes públicos competentes la concreción del alcance de la medida a adoptar . Por último, los planes nacionales de acción para el empleo se evalúan por Comisión y Consejo para la elaboración de un Informe Conjunto sobre el empleo que será la base para las conclusiones del Consejo Europeo de primavera sobre la situación del empleo y servirá para definir las siguientes directrices [2].

Ya en el Consejo Europeo de Essen de 1994 se decidió la presentación anual desde 1995 de un informe al Consejo Europeo sobre los avances logrados en materia de empleo por los Ministros de Trabajo y Economía de los Estados miembros, junto con la Comisión Europea. Pero los avances comunitarios en la materia se consolidaron plenamente en 1997, con la firma del Tratado de Ámsterdam [3], que incorporó al TCE un nuevo Título sobre empleo —Título VIII—, con normas programáticas en materia de ocupación, formación profesional y fomento de una estrategia coordinada de política de empleo por los EEMM, cuyo desarrollo se fue materializando paulatina y progresivamente en los Consejos Europeos. Esenciales en la evolución de la EEE fueron el Consejo Extraordinario sobre el Empleo de Luxembur go de 1997, en el que se decidió la aplicación de las previsiones relativas a la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros a partir de 1998 y se establecieron los pilares de la estrategia europea sobre empleo; el Consejo Europeo de Lisboa de 2000, que definió una estrategia global para el crecimiento económico a lar go plazo, el pleno empleo y la cohesión social, marcó objetivos concretos y cuantificables para lograr el pleno empleo en la UE en el año 2010 y prestó especial atención al problema de la exclusión social; el Consejo Europeo de Niza de 2000, en el que se aprobó la «Agenda Social Europea», que recoge las prioridades de actuación estatal en materia de empleo para cinco años [4] y prevé el estudio de su puesta en práctica cada año en un Consejo Europeo a celebrar en la primavera —las llamadas «cumbres de primavera»—; y los Consejos Europeos de Bruselas de marzo y junio de 2005, en los que se confirma que, cinco años después del lanzamiento de la Estrategia de Lisboa, el balance es desigual, se detectan lagunas y retrasos evidentes y se aprueban las directrices

[2] AA. VV.: *Políticas Sociolaborales*, Tecnos (Madrid 2005), pp. 61 ss.

[3] Firmado el 2 de octubre de 1997 y ratificado por España mediante LO 9/98 de 16 de diciembre. Entró en vigor el 1 de mayo de 1999. Modifica el preámbulo del Tratado de la Unión Europea confirmando expresamente la adhesión de los Estados miembros «a los derechos sociales fundamentales de los trabajadores tal y como se definen en la Carta Social Europea ... y en la Carta comunitaria ...» e incorpora al articulado del TCE la mención expresa de las dos Cartas sociales (art. 136).

[4] Revisada actualmente para el quinquenio 2005-2010.

integradas para el crecimiento y el empleo 2005-2008 [5], con un nuevo ciclo de gestión de tres años [6].

Uno de los rasgos característicos de la sociedad actual, del que no escapa Europa ni mucho menos España [7], y que suscita gran preocupación, es la tendencia al triple envejecimiento de su población [8]. En efecto, no sólo el envejecimiento general, derivado del cada vez más elevado número de personas mayores de 65 años de edad, sino también el llamado «envejecimiento del envejecimiento», en alusión a la también cada vez mayor longevidad de los grupos de población de edades superiores a los 65 años, y el «envejecimiento de la población activa», que cuestiona la viabilidad a largo plazo de los sistemas de Seguridad Social de reparto por el gran desfase entre la edad de jubilación y el término de la vida e impulsa a la sociedad en general y a los poderes públicos en particular, a dirigir políticas sociolaborales a favor de las personas de edad avanzada.

En síntesis, y dejando al margen la protección de la dependencia, las políticas que toman la mayor edad del trabajador como factor relevante para justificar la adopción de medidas concretas por parte de los poderes públicos, pueden sistematizarse en dos grupos de actuaciones complementarias. Un primer grupo, dirigido a incentivar su contratación y el mantenimiento de su empleo, mediante bonificaciones, reducciones y exenciones en la cotización. No está de más recordar la posición de estos trabajadores en el mercado de trabajo: son los primeros afectados por las reconversiones y ajustes de plantilla; su reingreso en el mercado de trabajo, una vez fuera de él, es complejo; con frecuencia, carecen de la formación de los jóvenes… Y un segundo grupo, orientado a prolongar su permanencia en el mercado laboral hasta la edad ordinaria de jubilación o incluso más allá de esta edad mediante actuaciones que facilitan, incentivan, flexibilizan o retrasan el tránsito a la situación de jubilación, en función de factores de muy diversa índole: económicos, socioculturales, psicológicos …. En este sentido, puede afirmarse con Tortuero Plaza que, en los últimos años, la jubilación se ha convertido en un concepto en continua revisión y experimentación. La jubilación fue contemplada

---

[5] Las directrices integradas para el crecimiento y el empleo reúnen en un texto las recomendaciones de la Comisión sobre las Orientaciones generales de política económica (OGPE) y las propuestas de directrices de empleo para el periodo 2005-2008 y constituyen el instrumento político principal para el desarrollo y la aplicación de la estrategia de Lisboa.

[6] Sobre la asunción de las directrices integradas y del llamado «método abierto de coordinación» —que permite compartir las mejores experiencias y prácticas con el fin de comparar la eficacia de las medidas nacionales—, por el Programa Nacional de Reformas de España sobre la Convergencia y el Empleo 2005-2008, véase Terradillos Ormaetxea, E.: cit., pp. 66 ss.

[7] Véanse estadísticas en *Informe 2002. Las personas mayores en España*, e *Informe 2004. Las personas mayores en España*, MTAS-IMSERSO, Madrid 2005.

[8] CES, *Vida laboral y prejubilaciones,* Informe, núm. 2, 2000, pp. 9 ss.

en las décadas de los setenta y de los ochenta del siglo XX como un mecanismo regulador del mercado de trabajo y como un elemento de la política de empleo. La anticipación de la jubilación sirvió para intervenir en el mercado de trabajo cuando las cifras de desempleo se disparaban y el paro se convertía en un fenómeno masivo [9]. A finales de los noventa y principios del presente siglo el panorama cambia radicalmente. Las tendencias demográficas y sus eventuales repercusiones sobre el sistema de reparto aconsejan la prolongación de la vida laboral, a través de fórmulas flexibles de tiempo parcial. Por otra parte, una perspectiva más individual de la jubilación abre paso al derecho al desarrollo personal a través del trabajo, que no puede quedar frustrado por la exclusión laboral de los trabajadores mayores. El tratamiento de la jubilación, desde este punto de vista, supone abandonar la rigidez al establecer la relación entre trabajo y pensión, para abrir la posibilidad de compatibilizar , en términos amplios, la realización de aquél con la percepción de ésta [10].

Aunque desde el año 2000 se han registrado evidentes avances de cara al objetivo de aumentar la tasa de empleo de las personas de edades comprendidas entre los 55 y los 64 años y de retrasar su salida del mercado de trabajo, siguen siendo insuficientes y han de consolidarse para que puedan respaldar el crecimiento económico, los regímenes fiscales y de prestaciones y los sistemas de protección social [11].

---

[9] A este enfoque respondía, precisamente, la rigidez con que se concebía la relación entre trabajo y pensión de jubilación, hasta el punto de incompatibilizarse la percepción de la pensión con la realización de una actividad laboral. De esta manera, la pensión de jubilación se convertía en una medida de compensación por la imposibilidad de lograr una renta mediante el desarrollo de una actividad laboral.

[10] Con todo, no es, desde luego, el retiro gradual y flexible una idea nueva en el ámbito de la Unión Europea. La llamada «jubilación a la carta» inspiró la Recomendación 82/857/CEE del Consejo, de 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación, que invita a los Estados miembros a que reconozcan como uno de los objetivos de su política social la implantación de la jubilación flexible. Sin embargo, en los años que siguieron, la flexibilidad que propugnaba esta recomendación no se llevó hasta sus últimas consecuencias, probablemente porque la realidad económica y social del momento no ayudaba. El cambio de la situación hace que sea ahora cuando más se avance en la senda de la gradualidad de la jubilación.

[11] Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2004, titulada «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo» [COM (2004) 146 final —no publicada en el Diario Oficial]. Por su parte, en el informe del Grupo Europeo de Empleo de noviembre de 2003 titulado «Jobs, Jobs, Jobs, Creating more employment in Europe» se insta a los Estados miembros a definir una política global de envejecimiento centrada en tres aspectos: 1. ofrecer incentivos para que los trabajadores se jubilen más tarde y de manera más gradual y para que las empresas contraten y mantengan en activo a trabajadores de más edad introduciendo reformas de los regímenes de pensiones y haciendo que sea rentable permanecer en el mercado de trabajo; 2. promover el acceso a la formación para todos, en particular a través de estrategias de aprendizaje permanente; y 3. fomentar condiciones de trabajo que estimulen la conservación del empleo, reconociendo la importancia de la salud y la seguridad en el trabajo y de formas flexibles de organización del trabajo que incluyan posibles períodos de actividad a tiempo parcial o

En la actualidad, en las directrices integradas para el crecimiento y el empleo, entre otras medidas y a fin de atraer a más personas para que se incorporen al mercado de trabajo y modernizar los sistemas de protección social[12], se propone aplicar políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad del trabajo y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial, que, en relación con los trabajadores de más edad (55 a 64 años) deben ayudar a la Unión Europea a lograr una tasa media de empleo del 50% (directriz integrada núm. 16[13]). Se pretende también promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida (directriz integrada núm. 17 [14]) que, en relación con los trabajadores de edad, se traduce en el fomento de condiciones laborales propicias para el envejecimiento activo y la modernización de los sistemas de pensiones y asistencia sanitaria, de modo que se garantice su adecuación, viabilidad financiera y capacidad de adaptación ante la evolución de las necesidades, con el fin de apoyar la participación en el empleo y la prolongación de la vida activa, sobre todo por medio de medidas adecuadas que incentiven el trabajo y resten atractivo a la jubilación anticipada.

2. ESTRATEGIA DE PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD: ASUNTO MANGOLD

Entre las sugerencias de las directrices y recomendaciones en materia de empleo del Consejo y de la Comisión se repite la de establecer una estrategia exhaustiva de envejecimiento activo, con modalidades de trabajo flexibles e incentivos para la permanencia en el mercado de trabajo. Para que la política de fomento del empleo de los trabajadores de más edad sea realmente efectiva deben darse determinadas condiciones en el mercado de trabajo, como formas flexibles de or ganización del trabajo, que permitan compatibilizar trabajo a tiempo parcial con una jubilación gradual; aprendizaje permanente para adaptarse a los cambios del mercado de trabajo; buenas condiciones de salud y seguridad en el trabajo, que

---

interrupciones de actividad. Este es el enfoque seguido por algunos Estados miembros cuyas reformas de los sistemas de pensiones se centran, en particular , en el aumento de la edad normal de la jubilación y la desincentivación de la jubilación anticipada, así como en medidas para fomentar la jubilación flexible.

[12] La Comisión propone también medidas activas y preventivas para favorecer la inserción en el mercado de trabajo de las personas desfavorecidas y de medidas para mejorar la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas y aumentar la flexibilidad de los mercados laborales.

[13] Estas políticas deben, además, ayudar a la Unión Europea (UE) a lograr , en promedio, una tasa general de empleo del 70 % y una tasa de empleo femenino no inferior al 60 %, así como a reducir el desempleo y la inactividad.

[14] Esta directriz debe aplicarse teniendo en cuenta la directriz núm. 2: «Salvaguardar la sostenibilidad económica».

refuercen sus posibilidades de seguir en el trabajo; políticas de mercado eficaces, que favorezcan su recolocación; incentivos financieros adecuados, que fomenten su permanencia en el mercado de trabajo… y , sobre todo, conferir al trabajo mayores atractivos que a las prestaciones sociales, en especial a las pensiones de jubilación anticipada, a fin de lograr que resulte rentable permanecer en activo.

Aunque existen evidentes progresos en la flexibilización del empleo de los mayores, debe incrementarse, en el marco de las directrices integradas para el crecimiento y el empleo, el número de trabajadores que deciden voluntariamente llegar a la edad ordinaria de jubilación o retrasarla [15]. Ahora bien, algunas medidas de fomento del empleo de los trabajadores maduros pueden resultar contrarias al principio de no discriminación por razón de edad. Así lo ha declarado el TJCE en su sentencia de 22 de noviembre de 2005, asunto Mangold[16], al analizar una cuestión prejudicial consistente en determinar si una normativa nacional que, para favorecer la reincorporación de los trabajadores de edad avanzada al mercado laboral permite, sin límite alguno y a menos que exista una conexión estrecha con un contrato de trabajo anterior por tiempo indefinido celebrado con el mismo empresario, celebrar contratos de duración determinada sin necesidad de que concurra una razón objetiva con trabajadores de más de 52 años —y , por tanto, crear empleo precario—, constituye una acción discriminatoria por razón de edad, contraria al Derecho comunitario, o puede considerarse una diferencia de trato justificada a tenor del artículo 6 de la Directiva 2000/78 [17].

El supuesto de hecho que da origen a la cuestión prejudicial es el contrato de trabajo de duración determinada suscrito entre el Sr . Mangold, trabajador de 56 años de edad, y el Sr . Helm, abogado, con amparo en el artículo 14.3 de la Ley de trabajo a tiempo parcial y contratos de duración determinada, de 21 de diciembre de 2000 [18], modificado por la Ley Hartz, de 23 de diciembre de 2002, que rebajaba transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 2006, de 58 a 52 años la edad del traba-

---

[15] En relación con los progresos en la realización de los objetivos de la EEE, véase el Informe conjunto sobre el empleo 2006/2007, adoptado por el Consejo (EPSCO) en su sesión del 22 de febrero de 2007, para su transmisión al Consejo Europeo con vistas a su sesión de los días 8 y 9 de marzo de 2007, núm. 6706/07, de 23 de febrero.

[16] Asunto C-144/04. Véanse los comentarios a la sentencia de VIÑUELAS ZAHÍNOS, M.ª T.: *Política de empleo discriminatoria por razón de edad. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2005*, AS, núm. 18, 2005, Westlaw BIB 2005\2634; y de VELASCO PORTERO, M.ª T., y GUTIÉRREZ GARCÍA, E.: *Discriminación por razón de edad versus fomento del empleo. Comentario a la STJCE de 22 de noviembre de 2005,* RMTAS, núm. 67, 2007, pp. 317 ss.

[17] La sentencia responde, además, a otras cuestiones prejudiciales en orden a determinar si la normativa vulnera determinadas cláusulas del acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 99/70), vulneración que el tribunal considera inexistente.

[18] *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicer Bestimmungen*.

jador con el que era posible celebrar contratos de duración determinada sin causa objetiva ni límite temporal, para incrementar sus probabilidades de encontrar un nuevo empleo —probabilidad que se cifraba en el 25% aproximadamente—[19].

Fuera de este supuesto, el artículo 14 de la Ley de trabajo a tiempo parcial y contratos de duración determinada[20], permite la celebración de un contrato de trabajo de duración determinada cuando esté justificado por una razón objetiva[21] y, de no existir ésta, se limita su duración máxima total a dos años con tres posibles renovaciones contractuales dentro de dicho período máximo. Por tanto, el artículo 14.3 establecía una diferencia de trato basada directamente en la edad, con la finalidad clara, como reconoce el TJCE, de facilitar la inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada desempleados, que tienen mayores dificultades para encontrar otro puesto de trabajo. Con todo, la medida puede resultar discriminatoria para los trabajadores de edad por la creación de empleo precario.

La Directiva 2000/78[22], de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, tiene por objeto, como declara en su artículo 1, fijar un marco general para luchar contra la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, entre otros por motivos de edad, y que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato [23]. En cuanto al ámbito de aplicación, el principio de no discriminación se impone a todas las personas, tanto en el sector público como privado, en relación con todos los aspectos relativos al empleo y la ocupación que pueden afectar

---

[19] La Ley de trabajo a tiempo parcial y contratos de duración determinada, de 21 de diciembre de 2000, a su vez, había reducido de 60 a 58 la edad del trabajador con el que era posible celebrar contratos de duración determinada sin límite temporal, según el artículo 1 de la Ley de promoción del empleo —Beschäftigungsförderungsgesetz— modificado por la Ley de 25 de septiembre de 1996.

[20] Ley que traspone al Derecho alemán la Directiva 1999/70, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

[21] En particular, el propio artículo 14 considera que existe una razón objetiva cuando: 1. la empresa necesite la prestación laboral de que se trate sólo con carácter temporal; 2. 2. la duración determinada se fije como consecuencia de actividades de formación o de estudio con el fin de facilitar el acceso del trabajador a un empleo relacionado con dichas actividades; 3. el trabajador haya sido contratado para sustituir a otro trabajador; 4. las características de la prestación laboral justifiquen la duración determinada; 5. se trate de un período de prueba; 6. existan razones relacionadas con el trabajador que justifiquen la duración determinada del contrato; 7. se remunere al trabajador con car go a recursos presupuestarios destinados a un empleo de duración determinada, y dicho trabajador haya sido contratado con arreglo a dicho régimen; 8. la duración determinada del contrato sea el resultado de una transacción judicial.

[22] Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE, de 2 de diciembre).

[23] El artículo 13 TCE, aunque no prohíbe taxativamente la discriminación, permite adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por razón de edad.

al trabajador a lo largo de su vida laboral[24] y en todo tipo de trabajo, subordinado o autónomo. Y no sólo en el acceso sino también en la promoción y formación profesional y en las condiciones de empleo y de ocupación, incluidas las de despido y remuneración.

La Directiva define en su artículo 2 el principio de igualdad de trato como ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Existirá discriminación directa «cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga» por razón de su edad, es decir, cuando se le dé un trato diferencial desfavorable por ese motivo. Y la discriminación indirecta «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular» a personas por razón de su edad. No se exige, por tanto, un motivo o causa discriminatoria sino, simplemente, un efecto desfavorable, buscado o no, sobre el grupo perjudicado.

Pero la propia Directiva prevé dos excepciones, que eliminan el carácter discriminatorio de una diferencia de trato por razón de edad. Una primera, específica por motivos de edad y prevista en el artículo 6, cuando las diferencias de trato estén justificadas «objetiva y razonablemente, en el marco del derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional» y los medios para lograr este objetivo sean «adecuados y necesarios». Y una segunda excepción, prevista en el artículo 4 de la Directiva, que permite una diferencia de trato basada en una característica relacionada entre otros motivos con la edad, cuando, «debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante», siempre que se cumpla una doble condición: que el requisito sea proporcionado y el objetivo perseguido sea legítimo.

Interesa al supuesto la excepción prevista en el artículo 6. El TJCE debe determinar, en concreto, si la finalidad perseguida por el artículo 14.3 de la Ley de trabajo a tiempo parcial y contratos de duración determinada —facilitar la inserción profesional de los trabajadores de edad—, puede considerarse una finalidad legítima, capaz de justificar «objetiva y razonablemente» la diferencia de trato por motivo de edad y si los medios empleados para lograr ese objetivo «son adecuados y necesarios». Y, si bien, con criterio cuando menos cuestionable[25], considera que la finalidad es le-

[24] Desde el acceso al empleo y la formación profesional hasta las condiciones de empleo y trabajo, incluido el despido, y hasta la afiliación y participación en or ganizaciones sindicales, profesionales o empresariales.

[25] Cuestionable en cuanto que parece vincular la legitimidad de la finalidad de la medida con la justificación objetiva y razonable, como si fuese un único requisito y no dos requisitos diferentes.

gítima y justifica objetiva y razonablemente la diferencia de trato —en cuanto que los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación para elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral—, concluye que la normativa en cuestión, aplicable a todos los trabajadores mayores de 52 años, con independencia de que se encontraran o no desempleados inmediatamente antes de celebrar el contrato y de la duración del eventual período de desempleo y sin límite temporal en la duración del contrato ni el número de renovaciones, «excede de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido» y podría permitir legalmente ofrecer a todos los trabajadores de más de 52 años de edad contratos de duración determinada hasta el momento de su jubilación. Y añade: «el principio de proporcionalidad exige que las excepciones a los derechos individuales concilien, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido».

Precisamente el Tribunal insiste a continuación[26] en que la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato sino que su objeto es establecer un marco general para luchar contra la discriminación, y el principio de no discriminación, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y «debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario».

Ya con anterioridad, el TJCE había elaborado una jurisprudencia según la cual los derechos fundamentales —entre los que figura, en particular, el principio general de igualdad y no discriminación, que exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente[27]—, forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, y , las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria[28]. Y cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, que conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos funda-

---

[26] Aunque para tratar de motivar que el órgano jurisdiccional nacional deje sin aplicación las disposiciones de la Ley nacional contrarias, a pesar de que no hubiese expirado el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 2000/78.

[27] Sentencias de 12 de julio de 2001, Jippes, C-189/2001, apartado 129; de 23 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo, C-149/1996, apartado 91; y de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, apartados 30 a 32.

[28] Sentencias de 24 de marzo de 1994, Bostock, C-2/1992, apartado 16; de 13 de abril de 2000, Karlsson y otros, C-292/1997.

mentales cuyo observancia garantiza el Tribunal de Justicia[29]. Así pues concluye afirmando que «es responsabilidad del tribunal nacional garantizar la efectividad total del principio general de no discriminación con respecto a la edad, anulando toda disposición del Derecho nacional que pueda ser contraria al Derecho comunitario».

3. APLICABILIDAD O NO DE LA DOCTRINA DEL ASUNTO MANGOLD A OTROS SUPUESTOS

3.1. Principio general de discriminación y contratos temporales de fomento del empleo con personas con discapacidad

El supuesto de hecho que podría dar origen a una cuestión prejudicial en relación con el contrato temporal de fomento de empleo para personas con discapacidad, regulado ahora por la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre sería, al menos a primera vista, muy similar al del asunto Mangold, si bien en relación con la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por razón de discapacidad y no de edad, también protegida por la Directiva 2000/78.

En efecto, sería el contrato temporal de fomento de empleo para personas con discapacidad suscrito, al amparo de la aludida disposición adicional primera, con un trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33%, reconocido como tal por el Or ganismo competente, o con pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o con pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Como su propio nombre indica, la finalidad de este contrato es favorecer la integración en el ámbito sociolaboral de los trabajadores discapacitados y en empresas ordinarias.

Fuera de este supuesto[30], los demás contratos temporales: formativos, estructurales o de fomento del empleo —contrato de relevo y de sustitución por jubilación anticipada— sólo pueden celebrarse cuando exista la razón objetiva —necesidad de formación teórica o práctica, temporalidad de la prestación laboral…— y no discriminatoria que lo justifica. En los demás casos, la contratación debe ser indefinida.

Por tanto, el contrato temporal de fomento de empleo para personas con discapacidad establece una diferencia de trato basada directamente en la dis-

---

[29] Sentencias de 18 de junio de 1991, ER T, C-260/1989, apartado 42, y de 19 de noviembre de 1998, SFI, C-85/1997, apartado 29.

[30] Y, desde la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, también del supuesto del contrato temporal de fomento del empleo que, según su artículo 15, pueden celebrar los trabajadores de las empresas de inserción.

capacidad, con la finalidad de facilitar la inserción profesional de los trabajadores discapacitados desempleados, que tienen mayores dificultades para encontrar otro puesto de trabajo. Con todo, la medida puede resultar discriminatoria para los trabajadores discapacitados por la creación de empleo precario.

La Directiva 2000/78 tiene por objeto, como declara en su artículo 1, fijar un marco general para luchar contra la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, también por motivos de discapacidad, y que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato. Se pretende, entre otros extremos, que las personas con discapacidad puedan acceder al mercado laboral en las mismas condiciones que las demás personas. Para ello, y siempre que la persona con discapacidad pueda realizar las funciones esenciales del trabajo que ha de desempeñar , se le debe ofrecer la formación necesaria y realizar las adaptaciones razonables en el puesto de trabajo para compensar de algún modo las desventajas que la propia incapacidad origina, salvo que esas medidas u otras similares supongan una carga excesiva para el empresario.

También en relación con la discapacidad prevé dos excepciones[31], que eliminan el carácter discriminatorio de una diferencia de trato hacia personas discapacitadas y, por tanto, justifican una diferencia de trato por razón de discapacidad. Una primera, de carácter general, cuando el trato diferencial pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, y siempre que los medios utilizados para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios[32]. Y una segunda excepción, específica para las personas con una discapacidad determinada, que, aunque no estuviese expresamente contemplada, podría entenderse subsumida en la primera, cuando la legislación nacional obligue al empresario o persona u organización de que se trate a adoptar ajustes razonables para las personas con discapacidad para eliminar las desventajas. Se trata, en definitiva, de aminorar en la medida de lo posible los obstáculos externos con los que las personas con discapacidad se encuentran en el acceso a su puesto de trabajo. El artículo 5 de la Directiva define esos ajustes de un modo genérico como «medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada

[31] A las que cabría añadir una tercera, prevista en el artículo 3.4 de la Directiva, para la discriminación basada en la incapacidad, que permite a los Estados miembros prever la no aplicación de la Directiva a las fuerzas armadas.

[32] Esta excepción puede relacionarse con la prevista en el artículo 4 de la Directiva, que permite una diferencia de trato basada en una característica relacionada, entre otros motivos, con la discapacidad, cuando, «debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante», siempre que se cumpla una doble condición: que el requisito sea proporcionado y el objetivo perseguido sea legítimo. En consecuencia, se permitirá una diferencia de trato por motivo de discapacidad cuando el desempeño del puesto de trabajo exija la plena capacidad física, psíquica y sensorial del trabajador . Dichas circunstancias «deberán figurar en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión» —considerando 23 de la exposición de motivos—.

situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario».

Pero, además, no debemos olvidar que, como declara la sentencia Mangold, el principio de no discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario y que los derechos fundamentales —y en particular, el principio general de igualdad y no discriminación, que exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente—, forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia; vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria; y cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia debe proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales.

Ahora bien, el razonamiento que conducía en el asunto Mangold al TJCE a la apreciación de discriminación no era la finalidad de la norma, que consideraba legítima y justificada objetiva y razonablemente, como lo puede ser la política nacional sociolaboral sobre discapacitados, sino que la medida, tal y como había sido concebida, por su generalidad, la ausencia de una limitación temporal en la duración del contrato y en el número de renovaciones… excedía de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido. La regulación del contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad es bastante más minuciosa: afecta a minusvalías iguales o superiores al 33% o a pensionistas por incapacidad permanente; su duración debe ser entre doce meses y tres años, con posibilidad, de prórrogas por períodos no inferiores a doce meses siempre que no se supere la duración máxima; prohíbe celebrar estos contratos a las empresas que en los doce meses anteriores hayan extinguido contratos indefinidos por despido improcedente o colectivo… ¿Excederá, a pesar de ello, de lo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido? Como en el caso Mangold, la medida puede excluir a un nutrido grupo de trabajadores, determinado ahora exclusivamente en función de su discapacidad, durante gran parte de su carrera profesional, del beneficio de la estabilidad del empleo. La limitación temporal de los tres años es sólo entre el mismo empresario y el mismo trabajador . Es evidente que la contratación de los discapacitados podría ser indefinida o incluso temporal, sujeta a alguna de las modalidades generales de contratación temporal, pudiendo existir igualmente bonificaciones a la contratación de discapacitados, cupos de reserva…, por lo que la necesidad de la medida es dudosa.

3.2. Principio general de discriminación y jubilación forzosa: asunto Félix Palacios de la Villa, pendiente ante el TJCE[33]

La Disposición adicional décima ET , tras la reforma de la Ley 14/2005, permite establecer cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos siempre que se cumplan unos requisitos, como son la vinculación a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo y tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se pacta en convenio colectivo y cumplir los demás requisitos para acceder a la jubilación contributiva.

El Magistrado titular del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, Ilmo. Sr. Aramendi Sánchez, planteó por auto de 14 de noviembre de 2005 sendas cuestiones prejudiciales al TJCE en relación con la compatibilidad de las cláusulas de jubilación obligatoria en convenios colectivos con respecto a la Directiva sobre la igualdad en el empleo. En concreto, si la prohibición de discriminación por razones de edad, prevista en el artículo 2 apartado 1 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa nacional que permite que se prevean en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa. Y, en caso de respuesta afirmativa, si el órgano jurisdiccional nacional está obligado a dejar inaplicada la normativa nacional de que se trata. La petición de decisión prejudicial se limita a la disposición transitoria única de la Ley 14/2005, que considera válidas las cláusulas de los convenios colectivos celebrados antes de su entrada en vigor en las que se hubiese pactado la jubilación forzosa del trabajador, siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y cumpla los demás requisitos para acceder a la pensión contributiva de jubilación. El órgano jurisdiccional nacional considera que el régimen definitivo de la Ley 14/2005, es, en cambio, compatible con la Directiva, al exigir que la medida persiga objetivos coherentes con la política de empleo. Pero incluso este régimen definitivo puede resultar discriminatorio.

El supuesto de hecho del que parte la petición de decisión prejudicial tiene su origen en el cese por el cumplimiento de la edad de jubilación forzosa del Sr. Palacios, que prestaba servicios para la empresa Cortefiel Servicios, SA, por el cumplimiento de los requisitos del artículo 19 del convenio colectivo de comercio textil para la Comunidad de Madrid de 10 de marzo de 2005 y de la disposición transitoria única de al Ley 14/2005. El trabajador alega despido nulo por vulneración de derechos fundamentales.

El artículo 6 de la Directiva no invoca, entre las posibles diferencias de trato no discriminatorias por motivos de edad, el establecimiento de

[33] En la fecha de publicación de estas páginas, el asunto ya ha sido resuelto por la STJCE de 16 de octubre de 2007 que, en el supuesto en cuestión, considera válida la cláusula de jubilación forzosa.

una edad máxima para trabajar o de extinción obligatoria del contrato. Con todo, ello no significa que la medida sea discriminatoria. Puede estar justificada si hay una disposición normativa que la permita, que persiga una finalidad legítima y se base en una justificación objetiva y razonable y que los medios utilizados puedan considerarse adecuados y necesarios.

Si aplicamos la doctrina del caso Mangold [34] parece que la finalidad y la justificación objetiva y razonable no se pondría en duda por la amplia facultad de apreciación de que disponen los Estados miembros para elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral. Aunque en este caso, y como justificación general, se alega la sustitución de trabajadores mayores por trabajadores jóvenes y , en definitiva, favorecer el empleo inter generacional, pero en un contexto, como el actual, en el que precisamente las políticas de empleo van orientadas al envejecimiento activo. Con todo, el problema podría plantearse con el test de proporcionalidad, al determinar si la medida es adecuada y necesaria para la consecución del objetivo, es decir , si el objetivo de la política de empleo podría conseguirse igualmente con otras medidas menos restrictivas de los derechos individuales, para conciliar , de este modo, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido. Y, como en el asunto Mangold, habrá de valorarse si la medida es genérica, si puede tener justificación en determinados sectores de la actividad, si las circunstancias personales de los afectados pueden ser muy dispares…

Parece que al amparo de la Directiva 2000/78, cualquiera que sea la medida concreta que imponga la extinción del contrato de trabajo por razón de edad, constituye un tratamiento peyorativo por razón de su edad que debe considerarse ilícito salvo que tenga cabida en el artículo 6 de la Directiva.

Las Conclusiones del Abogado General Sr. Ján Mazák al asunto Palacios de la Villa, presentadas el 15 de febrero de 2007, no consideran en cambio la medida discriminatoria. En primer lugar , con un criterio un tanto dudoso, no califica la extinción de la relación laboral de despido en cuanto que se vincula a un régimen de jubilación legal o profesional. Argumenta, además, que, a diferencia de la discriminación por razón de sexo, pueden ser objeto de gradación, que las distinciones basadas en la edad son muy frecuentes en las políticas sociales y laborales y que son incluso inherentes a los sistemas de jubilación. Y se ampara en el considerando decimocuarto de la exposición de motivos de la Directiva 2000/78 para defender que el legislador comunitario no pretendía extender el ámbito de aplicación de la Directiva a las normas que establecen la edad de jubilación, ni siquiera la de la jubilación forzosa, lo cual parece cuando menos discutible. Considera, no obstante, que si el TJCE llega a la conclusión de que la disposición entre en el ámbito de la Directiva, debe considerarse justificada por la amplia facul-

[34] Sobre el tema, Cabeza Pereiro, J.: *Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 1472005, de 1 de julio*, Actualidad Laboral, 2006-I, pp. 892 ss.

tad de los Estados miembros de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr un objetivo legítimo como favorecer el empleo inter generacional, que sólo debería censurarse si fuese manifiestamente desproporcionada.

Finalmente, en lo que se refiere a la primera cuestión prejudicial planteada, el Abogado General se refiere a las implicaciones de la sentencia Mangold en relación con la prohibición de discriminación por razón de edad como principio general del Derecho comunitario para tratar de desvirtuarla y, en último término, aplicarle los mismos criterios que emplea en relación con la justificación de la diferencia de trato del artículo 6 de la Directiva.

3.3. Discapacidad y enfermedad: asunto Chacón Navas

El mismo Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid remitió varias cuestiones prejudiciales al TJCE en relación con la interpretación del concepto de «discapacidad» a efectos de la protección otor gada por la Directiva 2000/78.

El litigio que da origen a la cuestión prejudicial decidida en la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006 [35], asunto Chacón Navas [36], es, de forma resumida, el siguiente: una trabajadora en situación de incapacidad temporal y que, según el servicio público de salud, no estaba en condiciones de reanudar su actividad en un corto plazo, es despedida sin motivo alguno, reconociéndose la improcedencia de dicha decisión por la parte empresarial y ofreciendo la indemnización correspondiente. La trabajadora consideró que su despido debía considerarse nulo apelando a la desigualdad de trato y a la discriminación de las que había sido objeto por la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba.

El Juzgador de Instancia llega a la conclusión de que el único motivo del despido era que la trabajadora se encontraba en situación de incapacidad temporal. Ante esta situación, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo calificaba tal despido como improcedente y no nulo [37]. El Juzgador pone de

---

[35] La sentencia ha sido objeto de múltiples comentarios. Véase, DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: *La Directiva 2000/78 o la posible vuelta a la nulidad del despido motivado por la situación de incapacidad temporal: comentarios al Auto de 7 de enero de 2005 del Juzgado de lo Social 33 de Madrid y a la Sentencia de 29 de marzo de 2005 del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 684, 2005 (BIB 2005, 1750); *El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica. Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 719, 2006 (BIB 2006, 1726); PAREDES RODRÍGUEZ, J. M y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: *La gestión y el control de la incapacidad temporal*, AS, núm. 22, 2006 (BIB 2006\2829); CORDERO GORDILLO, V.: *El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE . (Comentario de Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 11 de junio de 2006)*, AS, núm. 16, 2006 (BIB 2006\1624).

[36] Asunto C-13/2005.

[37] La cuestión de si el despido de un trabajador durante la situación de baja por enfermedad debe ser calificado como improcedente o nulo ya había sido resuelto por la jurisprudencia española en las SSTS de 29 enero 2001, 23 septiembre 2006, 12 julio 2004 y 23 mayo 2005,

relieve que existe una relación entre enfermedad y discapacidad, acudiendo a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Or ganización Mundial de la Salud y entendiendo la discapacidad como un término genérico que incluye las deficiencias y los factores que limitan la actividad y la participación en la vida social. En relación con ello, el auto ar gumenta que, teniendo en cuenta que frecuentemente la enfermedad puede dar lugar a una discapacidad irreversible, los trabajadores deberían estar protegidos en el momento oportuno en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad, so pena de vaciar de contenido la protección dispensada por el legislador y fomentar situaciones discriminatorias. Subsidiariamente, para el caso de que el TJCE considerase enfermedad y discapacidad como conceptos diferentes, el auto plantea la posibilidad de que se considere que la enfermedad constituye una seña identitaria no específicamente citada que debe añadirse a aquéllas en relación con las cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

La Directiva 2000/78 no establece qué ha de entenderse por discapacidad a efectos de la aplicación del principio de igualdad de trato. Por lo tanto, una interpretación del concepto de discapacidad que encuadrase también la enfermedad daría lugar a que los despidos basados en una baja por enfermedad pudieran ser calificados como nulos con la consiguiente obligación de la empresa de readmitir al trabajador .

La resolución del TJCE, aunque considera que «debe entenderse que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional», excluye la equiparación de ambos conceptos por la utilización por la Directiva del término discapacidad que difiere claramente del de enfermedad. Por otra parte, tampoco considera que la enfermedad sea un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos sobre los cuales la Directiva prohíbe la discriminación.

---

que consideran que en estos supuestos la calificación que procede es la de improcedencia y no la de nulidad. El Alto Tribunal entiende que la enfermedad no puede incluirse en el inciso final del artículo 14 CE «*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» en cuanto que «*la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación*». Asimismo tampoco puede considerarse un despido discriminatorio por razón de discapacidad y , en consecuencia, no «*resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2.º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador*».

Comunicación a la Ponencia Temática II

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA POLÌTICA DE EMPLEO PARA COLECTIVOS ESPECÍFICOS Y SU RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

J. ALBERTO NICOLÁS BERNAD
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza

La normativa sobre política de empleo para colectivos específicos está formada por un conjunto de disposiciones cuya aplicación práctica ha requerido una interpretación judicial. El motivo de que la jurisprudencia haya tenido especial relevancia reside en los intereses económicos que están en juego, de forma que una decisión administrativa sobre tal política de empleo comporte efectos de relevancia para los distintos destinatarios de las normas sobre empleo. De este modo, los límites del empleo con finalidad formativa, las exigencias del empleo incentivado, los conflictos relativos a la regulación del empleo, los atinentes a su extinción, las circunstancias que imposibilitan su normal desarrollo, las obligaciones del mantenimiento de un determinado volumen de plantilla, la deficiente implicación de la autoridad laboral y de las entidades gestoras en su gestión y administración, las obligaciones del empresario en materia de seguridad social han sido, todas ellas, causa de una abundante litigiosidad. Sin embargo, el conflicto judicial no representa, en mi opinión, para la política de empleo un problema sino una vía de interpretación necesaria que incide positivamente sobre la seguridad jurídica a la hora de aplicar sus normas reguladoras. El conflicto judicial es bueno, es necesario en un estado de derecho, pues gracias a la fundamentación jurídica de las decisiones judiciales se ha ido conformado en los últimos años un interesante elenco de literatura judicial en este ámbito cuyo denominador común es la salvaguarda del empleo y el alcance de las mayores cotas de optimización de éste en la empresa.

De este modo, en esta vasta casuística jurisprudencial se han abordado situaciones de examen sobre la existencia de fuerza mayor , como circunstancias que imponen sacrificios a la política de empleo, como el de que haya de soportarse la pérdida salarial durante el periodo de suspensión debido a fenómenos meteorológicos, aunque no haya sido autorizada la suspensión por la autoridad laboral, si dicha causa de suspensión por fuerza mayor es pactada en el contrato (lluvias que impedían la realización de tareas agrícolas en la STSJ de Castilla-León Valladolid de 4 de noviembre de 2002, AS 2003/34), no así, si dicho fenómeno mete-

orológico es causa indirecta de la situación de fuerza mayor , y ni se pacta en contrato ni se autoriza por la autoridad laboral (STSJ de Castilla la Mancha de 15 de diciembre de 1997, AS 1997/4957, en la que se trata de un supuesto en el que el proveedor se había retrasado en servir la materia prima por causa de la lluvia, siendo imposible producir , y siendo desestimada la solicitud de suspensión contractual por esta causa. Tampoco puede incidir en el empleo el hecho de que las lluvias sean las normales en una temporada concreta(STSJ Andalucía-Granada, de 16 de junio de 2003, JUR 2003/190493. Se trata de supuestos en los que las resoluciones judiciales declaran inaplicables los arts 4.2 f), 29.1 y 30 del Estatuto de los Trabajadores. En otras circunstancias, el sacrificio temporal del empleo es obvio y , encuentra, en la mayoría de supuestos, respaldo judicial con fundamento en la fuerza mayor (el incendio del centro de trabajo en la STSJ de Madrid de 18 de febrero de 1999, AS1999/183), son situaciones que impiden dar empleo efectivo al trabajador y provocan el cierre de la empresa, cuando menos temporal, y en ocasiones definitivo (constatándose la práctica imposibilidad de proseguir la explotación con el personal de que se disponía en la STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2005,JUR 2005/43392,contencioso-administrativo. enervando cualquier acción de despido del trabajador en estas circunstancias si, con posterioridad a la acción de despido, se presenta o aprueba el expediente de suspensión (STSJ de Castilla la Mancha de 20 de enero de 1999, AS,1999/156). También condiciona el empleo, provocando su suspensión, la huelga sobre los trabajadores no huelguistas que se ven impedidos de trabajar a causa de los piquetes, tratándose más de un supuesto de caso fortuito que de fuerza mayor , pues la situación de imposibilidad de prestación es previsible, pero inevitable, aunque haya decisiones judiciales que hablen de fuerza mayor en estas circunstancias (STSJ de Cantabria de 9 de octubre de 1995, AS 751/1995. Ha de diferenciarse el supuesto de fuerza mayor así concebida del caso fortuito ya que en ambos supuestos, aunque coinciden la circunstancia de imposibilidad de prestación laboral por causas inimputables al trabajador y empresario, en el primero de ellos, el origen de la imposibilidad nace de un acto ajeno a toda voluntad —de los sujetos de la relación laboral o de sujetos externos— y al margen del círculo de riesgo que la actividad empresarial implica, mientras que, en el segundo, la imposibilidad sur ge bien de actos derivados del riesgo empresarial —como ausencia de suministro de materias primas—, bien de los derivados de la imprevisión del empleador —como cortes de fluido por mora en el pago del suministro— o bien por lo que doctrinalmente se denomina «factum principis» —voluntad de un tercero que se impone a la del empleador (expropiación forzosa en la STS de 29 de noviembre de 1999, contencioso-administrativo, RJ 1999/9984, o prisión personal y precinto del local de negocio, este último supuesto enjuiciado como de caso fortuito y no de fuerza mayor en la STSJ del País Vasco de 30 de mayo de 1993, AS 1993/1385 o falta de renovación de

una concesión administrativa en la STSJ de Madrid de 17 de noviembre, RJ 2004/845, contencioso-administrativo.

En otras ocasiones, son circunstancias ajenas a la actividad empresarial las que condicionan el empleo. No se trata exactamente de casos de fuerza mayor, sino de una manifestación de hechos que, aunque previsibles, son inevitables para el nivel de empleo en una empresa . Son casos judiciales en los que el sacrificio del empleo no se hace completamente a costa del empresario, sino que los Tribunales, esgrimiendo criterios de proporcionalidad, dejan recaer los efectos de la pérdida de empleo, la modificación del volumen de éste o cualquier otra circunstancia en relación a él, tanto sobre el empresario como sobre el trabajador (STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2003,Contencioso-Administrativo, RJCA,2003/660 y STS de 14 de octubre de 2002, Contencioso-Administrativo, JUR 2003/60887).

Son decisiones judiciales en las que, a mi juicio, los Tribunales justifican sus fallos en base a criterios de equidad; es aquí donde un Derecho del Trabajo rígido, omnipresente con anterioridad a la reforma laboral de 1994, deja paso a un Derecho del Trabajo flexible, transformándose en un derecho del empleo, por el empleo, y ,porqué no, en un derecho a costa del empleo, al darse circunstancias sobrevenidas que no dejan más opción al juzgador que atemperar la inviabilidad empresarial, ante circunstancias extrañas al empleo y a pesar de hacerse a sus expensas . En estos supuestos pueden incardinarse situaciones de desahucio de local de negocio, cuando la actividad empresarial es consustancial a su ubicación, resultando inidóneo su traslado a otro lugar , al igual que la denegación de la licencia de apertura de un establecimiento o su precinto por los agentes de la autoridad por orden gubernativa o judicial, entre otros muchos ejemplos, (aunque el cierre por orden gubernativa haya sido considerado por algún fallo judicial como causa de fuerza mayor , de forma errónea, como en la STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2005, Social, AS 2005/988)

Es claro que el empresario no puede continuar su actividad, pero tampoco puede proseguir el volumen de empleo que, necesariamente, habrá de sacrificarse o, cuando menos aclimatarse, a través de modificaciones en las condiciones de trabajo, o la suspensión del empleo

Otro grupo de sentencias utiliza la política de empleo como vehículo de formación en la empresa, de forma que ésta constituye el fin primordial de la empleabilidad (entre otras, STS de 5 de noviembre de 2002, Contencioso-Administrativo, RJ 2002/10009). De este modo, los Tribunales han insistido sobremanera en negar los beneficios empresariales inherentes a la contratación mediante contratos formativos. En esta línea jurisprudencial pueden encontrarse resoluciones que amparan, en contra de la empresa, a cotizar por el salario de convenio aplicable a ella, en vez

de haberlo hecho sobre un porcentaje de aquél, tal y como previene el art 11.1.e) del Estatuto de los Trabajadores. También abundan los supuestos en los que se regularizan las reducciones en la cotización de los contratos en prácticas, cuando ello fue posible con el extinto RD 1992/1984, de 31 de octubre, condenando a la empresa a devolver las reducciones en la cotización con los recar gos correspondientes, o cuando no se procura formación en los contratos de formación, condenado a cotizar las diferencias entre un contrato indefinido ordinario y un contrato para la formación. Otras sentencias insisten en las profesiones que no son susceptibles de acogerse a sistemas de empleo incentivados con excusa formativa, esta vez con la finalidad de suscribir un contrato en prácticas. Lo que deciden estos pronunciamientos judiciales es si el título, nombramiento o autorización puede considerarse como hábil para un contrato en prácticas (por ejemplo el de vigilante jurado en la STS de 7 de febrero de 1990,Social, RJ 841/1990), por no ser aquellos títulos académicos o de formación profesional, sino el reconocimiento oficial de la superación de unos estudios, como acto administrativo de control de una aptitud personal que no se vincula a ninguna modalidad previa de estudios definida, no considerándose como acreditativos de haber alcanzado, mediante estudios cursados, el conocimiento técnico necesario para el ejercicio de su profesión ni, por tanto, para su puesta en práctica.

La política de empleo, como vehículo formativo del trabajador , tampoco es predicable al que pretende concertar un contrato en prácticas con una credencial de aptitud para la conducción de vehículos (autotaxis, por ejemplo, en la STSJ de Cataluña, Contencioso Administrativo, de 25 de noviembre de 1997, RJCA 1997/2658), a pesar de que el contrato sea visado por la oficina de empleo, al ser éste, en su momento, un requisito formal que no convalidaba por sí mismo eventuales defectos o ausencia de exigencias normativamente impuestas que no concurran en el contrato, como explicita la STS de 19 de julio de 1996. La fundamentación jurídica de estas decisiones judiciales ha abundado en que tales credenciales de aptitud no sirven para un empleo formativo en la modalidad de prácticas, aunque sea necesaria la superación de determinadas pruebas establecidas por la Administración competente que necesitan de alguna preparación teórica, para las que no se requieren unos estudios previos, sino una solicitud a la autoridad competente que, tras unas sencillas prácticas, otorga un título habilitante, que no permite perfeccionar los conocimientos de su titular mientras se trabaja, ni se le facilita una práctica profesional adecuada a su nivel de estudios . Cuestión diferente es si una titulación no sólo acredita la tenencia de estudios específicos sobre una disciplina, arte, o especialidad concreta, sino unos conocimientos generales de todos ellos, de forma que su práctica profesional permita facilitar a un tercero sin conocimientos técnicos, la comprensión del resultado final de una obra mediante la participación del trabajador en practicas

(por ejemplo diseñadora artística y de joyas contratada en prácticas en un estudio de arquitectura, ya que la plasmación de una obra tridimensional en pequeña escala, diseñada por la trabajadora mediante una maqueta, facilita la compresión de otra plasmada en unos planos a los no versados en el manejo de estos últimos, en la STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 1997, contencioso administrativo,RJ 1997/2313) Otras corrientes jurisprudenciales abundan, ya no en si el título es hábil o no para contratar en prácticas, sino si el título se considera o no obtenido oficialmente. Son supuestos en los que el trabajador ha cursado y aprobado todas las asignaturas de un grado académico o profesional, pero no ha materializado alguna exigencia académica adicional para la obtención del título. El supuesto más claro es el proyecto o trabajo de fin de carrera en aquellas titulaciones que así lo exigen. La jurisprudencia ha determinado que el trabajador no puede ser contratado en prácticas, pues el empleo no puede cumplir una finalidad formativa en alguien que no está oficialmente titulado por faltarle tal requisito (STSJ de Cataluña, Contencioso-Administrativo, de 28 de julio de 1995, RJCA 1995/506).

Prolífica también ha sido la jurisprudencia cuando, teniendo el empleo una finalidad esencialmente formativa, se aprovecha dicha circunstancia para encuadrar al trabajador en una categoría inferior a la que le corresponde en función de la titulación por la que se le contrata. Tal es el supuesto de contratar a un titulado universitario como auxiliar administrativo cuando el título habilitante para concertar el contrato en prácticas es el referido título universitario de grado medio o superior , fallando los Tribunales en la necesidad de dar de alta al trabajador como diplomado o licenciado, con los efectos salariales inherentes a la categoría debida y no a la explicitada erróneamente en el contrato (STS de 18 de Septiembre de 2000, Contencioso Administrativo,RJ 2000/8430, STSJ de Asturias de 24 de marzo de 1999, Contencioso Administrativo.RJCA 1999/763).

Ahora bien, existen títulos habilitantes para el contrato en prácticas que no son claros a la hora de determinar la categoría profesional a adjudicar al trabajador. Sucede, principalmente, con los títulos extranjeros que no tienen una equivalencia evidente con los españoles. Es en estas circunstancias en las que la empresa puede errar fácilmente a la hora de encuadrar al trabajador en la categoría correcta. El problema puede agravarse aún más cuando una primera visita inspectora no ha constatado irregularidades en la categoría otorgada, encontrándolas después en una comprobación posterior, cuando el título extranjero se sabe que tiene homologación con un título superior español. Interesante es el pronunciamiento judicial recaído en la STSJ de la Rioja, contencioso-administrativo, de 29 de diciembre de 1995, RJ 1995/1077. Se trataba de un supuesto en el que una trabajadora ar gentina con el título de contadora pública es dada de alta con un contrato en prácticas con la categoría de oficial de 3.ª administrativa. Una primera visita inspectora no observó irregula-

ridad alguna en la categoría otor gada a la trabajadora . No obstante, dos años y medio después se produce una nueva actuación inspectora que demuestra que el título de la trabajadora está homologado en España al de Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales, procediendo, por tanto, cotizar por la categoría de licenciado. En una fundamentación jurídica, muy discutible a mi juicio, se condena a la empresa a cotizar por la categoría debida por el tiempo que estuvo haciéndolo por la indebida, declarando no haber lugar a la sanción administrativa y al recar go de mora. Es en esta Sentencia donde la política de empleo como instrumento formativo cobra una especial relevancia. Repárese cómo la Sala olvida principios tan elementales como actos propios de la Administración, así como el de congruencia, recurriendo a otros como el de la falta de culpabilidad para evitar la imposición de una sanción administrativa, cuando lo cierto es que cuando se ha dejado de ingresar las cuotas debidas se produce, «ex lege», infracción en el orden social; de idéntico modo que la falta de ingreso en tiempo y forma conlleva la existencia de un recargo de mora. Es decir, o bien se declara improcedente el derecho de la Administración a regularizar las cotizaciones por aquellos principios elementales, sin perjuicio de la trabajadora de repetir contra la Administración por funcionamiento anormal o, si se declara procedente, debe hacerse con todos los efectos recaudadores y sancionadores predicables a una falta de ingreso en plazo reglamentario. Sin embar go, se trata, como se ve, de decisiones judiciales que fiscalizan si la política de empleo sirve o no de vehículo formativo, a tenor de la titulación esgrimida por la trabajadora y, en caso afirmativo, el aspecto recaudador y sancionador deben quedar en un segundo plano, así como los defectos formales de los que adolezca la contratación y sus exigencias documentales de orden público, cuando ello no incide en la realidad de la formación y en los condicionantes legales para que la contratación se realice (STSJ La Rioja de 16 de julio de 1995, contencioso administrativo, RJCA 1995/1008)

Otros supuestos judiciales no inciden en el alta en una categoría inferior a la correcta, sino en una diferente a la que debió explicitarse, perdiendo así la política de empleo su finalidad formativa, cuando se suscribe un contrato en prácticas, o bien cuando el título, aun siendo hábil para suscribir tal contrato, se hace para la realización de prácticas de una profesión que nada tiene que ver con el objeto o actividad de la empresa, de forma que la titulación del trabajador en prácticas es inútil para el efectivo servicio que presta a la empresa (por ejemplo, una titulada en francés comercial contratada como auxiliar administrativa en una asesoría de empresas, en la STS de 24 de mayo de 1996, contencioso administrativo, RJ 1996/4489).

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el fraude de ley en la política de empleo cuando éste debe tener una finalidad formativa y no temporal estructural. Son supuestos en los que la empresa contrata bajo la mo-

dalidad de prácticas con la única finalidad de beneficiarse económicamente de los parabienes de esta fórmula contractual, en vez de suscribir contratos eventuales por circunstancias de la producción; son casos en los que el trabajador, a pesar de tener la titulación requerida para ello y ser contratado en un puesto acorde a la realización de esas prácticas, en realidad, lo que realiza, son cometidos puntuales que responden a un exceso de producción no atendible por la plantilla de la empresa o sustituye a trabajadores de ésta cuando se encuentran de vacaciones. En estos supuestos, el empleo pierde su esencia formativa, para convertirse, efectivamente, en un contrato temporal ordinario, que nada tiene que ver con la finalidad de un contrato en prácticas. También se trasgrede la esencia formativa del empleo, cuando se hace coincidir la finalización de un contrato formativo con el comienzo de las vacaciones del trabajador , que es contratado, nuevamente, bajo idéntica modalidad formativa cuando terminan sus vacaciones, tratándose a mi juicio como un supuesto de abuso de derecho más que de fraude de ley como lo ha estimado la jurisprudencia (STS de 12 de abril de 1996, contencioso-administrativo, RJ 1996/3590).

En otras causas judiciales se repara en contrataciones formativas a través del contrato de formación que, en si mismas, no son fraudulentas, sino que una vez suscrito aquel contrato se incumplen los deberes de formación; por la inobservancia de las obligaciones formativas tanto teóricas como prácticas del trabajador (STSJ de la Rioja, contencioso-administrativo, de 29 de diciembre de 1995, RJCA 1995/1079). Las decisiones judiciales son unánimes a la hora de censurar estos supuestos en los que el empleo como método formativo del trabajador se soslaya o se burla, pues acogiéndose la empresa a una modalidad contractual más beneficiosa, desde el punto de vista de costes, se incumplen los compromisos esenciales para el válido acogimiento de una modalidad contractual, a costa de una importante reducción en las cotizaciones sociales. Estos compromisos son la consecuencia del empleo con fines formativos, que no son otros que enseñar al trabajador una profesión, desde el punto de vista práctico, así como la vertiente teórica de la misma, cuya inobservancia se produce cuando el trabajador contratado se convierte en la empresa en un elemento más de su plantilla: una mano de obra ordinaria que persigue, como principal objetivo, la productividad y satisfacción empresarial y no el aprendizaje profesional del trabajador , lo que se consigue con un tutor que enseñe de forma permanente en la empresa al aprendiz y un profesor que coadyuve al aprendizaje desde una perspectiva teórica (STS de 14 de diciembre de 1995, contencioso administrativo, RJ 1995/9464).

No han faltado pronunciamientos que abundan, solamente, en la ausencia de aprendizaje teórico, perdiendo la política de empleo también su finalidad formativa al eludirse una parte importante de la misma, cual es, en este último supuesto, el estudio teórico de la profesión para la que el trabajador se forma de modo práctico en la propia empresa, bien porque

es en ella donde no se le procura formación teórica, cuando ello es posible, o bien cuando el trabajador no es formado a través de entidades externas especialidadas (STSJ de Murcia, Contencioso Administrativo de 12 de febrero de 1996, RJ 1996/155).El efecto de esta falta de formación no puede ser otro, tal y como se fundamenta en estas decisiones judiciales, que el de considerar el contrato formativo suscrito en un contrato ordinario, regularizando las cotizaciones sociales . Ahora bien, nuevamente los parámetros de equidad vuelven a hacer acto de presencia, pues se matiza en estas Sentencias, que esta regularización se producirá a partir del momento en el que se dejen de cumplir las obligaciones formativas por parte de la empresa, constatación que se efectuará por la Inspección de Trabajo y que no puede tener efectos retroactivos a momentos anteriores a la visita inspectora. (STS de 22 de marzo de 1996, contencioso administrativo, RJ 1996/2517).

La política de empleo sirve también para justificar decisiones judiciales que tienen que ver con el mantenimiento de un determinado volumen de aquél. De este modo, si la plantilla se reduce, se producen con frecuencia fallos proclives a sancionar al empresario por eludir sus compromisos.

Estas sanciones, primero administrativas, y luego adveradas judicialmente, pueden consistir en la pérdida de bonificaciones, en la devolución de subvenciones obtenidas o ambas, así como en la ratificación de sanciones por infracción de normas de orden social .Se trata de Sentencias en las que el beneficio empresarial se liga inexorablemente al nivel de empleo, de forma que si el empleo estable disminuye, el empresario debe reintegrar a la Administración el beneficio obtenido, en tiempo y forma, habiendo incluso pronunciamiento judiciales que avalan la sanción administrativa para el supuesto en que la devolución de beneficios se haga extemporáneamente (STSJ Andalucía-Granada, Contencioso Administrativo, de 1 de julio de 2002, JUR 2002/242624), insistiendo estas corrientes jurisprudenciales en la diligencia en el control del volumen de empleo que el empresario se comprometió a mantener a cambio de un beneficio pecuniario de cualquier índole, sin ser necesario que la Administración ordene la devolución de los beneficios para que el empresario no tenga que proceder a dicha verificación por propia iniciativa .

Cuestión polémica ha sido la relativa a determinar lo que se entiende por volumen de empleo, especialmente las circunstancias por las que este volumen se entiende reducido, debiendo el empresario restablecer dicho nivel hasta los parámetros existentes al tiempo en que accedió a los beneficios. La jurisprudencia se ha pronunciado interpretando normativa que exigía el respeto a un determinado volumen de empleo; el art 10 del RD 1451/1983, de 11 de mayo y el extinto art 5 de la Ley 22/1992, de 30 de julio, son buena prueba de estas normas. Así, mientras aquella prohíbe des-

pedir al trabajador que ha sido causa de la bonificación o subvención, sin nombrar el resto de causas de extinción, esta última norma habla de «cese del trabajador», de tal modo que la disminución del volumen de empleo no sólo se produce por el despido del trabajador sino por cualquiera de las causas del art 49 ET , tal y como matiza la STSJ de Catilla-León-Bur gos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de mayo de 1999. Otras decisiones judiciales inciden sobre el respeto a un porcentaje de reducción de la plantilla que, si es superado, genera la irregularidad en la contratación bonificada, por ejemplo, si se reduce más del 10% de la plantilla en el extinto RD 799/1985, de 25 de mayo, reparando aquellas en lo que ha de entenderse por plantilla media, cómo se computa, cuál es el periodo de referencia sobre el que hay que estudiar si ha habido o no reducción (STS, contencioso administrativo, de 1 1 de marzo de 1997, RJ 1997/2088) y a qué regímenes de la Seguridad Social afecta (STS de 1 1 de abril de 1996, Contencioso-Administrativo, RJ 1996/3588).

Sin embargo, las normas incentivadoras posteriores no insisten en el mantenimiento del empleo, pues ya no apuestan por subvenciones directas como acontecía con las normas citadas, sino sólo por bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social que se aplican mensualmente, de forma que el cese del trabajador que ha motivado la bonificación implique que sea ya imposible continuar con su aplicación, sin que sea preciso fiscalizar el cumplimiento de los volúmenes de empleo. Estas normas y la jurisprudencia que las interpreta, inciden en el volumen del empleo anterior a la contratación objeto de bonificación, reparando en los despidos improcedentes y despidos colectivos producidos en la empresa antes de la nueva contratación incentivada y no en lo que sucede en el empleo de la empresa con posterioridad a ésta. Esta apreciación normativa ha sido la tónica general en las leyes bonificadoras posteriores a la Ley 22/1992, de 30 de julio, a la sazón, Ley 64/1997, de 26 de diciembre; Ley 50/1998, de 30 de diciembre; Ley 14/2000, de 29 de diciembre; Ley 12/2001, de 9 de julio, Ley 24/2001, de 27 de diciembre; Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre; Ley 35/2002, de 12 de julio; de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, Ley 62/2003, de 30 de diciembre, Ley 2/2004, de 27 de diciembre,Ley 30/2005, de 29 de diciembre y RD-ley 5/2006, de 9 de julio.

La fundamentación jurídica de los Tribunales se ha centrado aquí, en ocasiones, en determinar lo que se entiende por despido «declarado improcedente», al objeto de denegar o no los incentivos al nuevo empleo. La razón estriba, en mi opinión, en que la improcedencia del despido no tiene porqué derivarse inexorablemente de la declaración judicial, pues desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, puede reconocerse tal calificación en el acto de conciliación, y desde el RD-ley 5/2002, de 25 de mayo, en la propia carta de despido, dando redacción, ambas normas, al número 2 del art 56 del Estatuto de los Trabajadores, de ahí que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de febrero de 1997, contencioso administrativo,

RJ 1997/734, haya declarado que el despido será improcedente, a los efectos establecidos en las normas bonificadoras, tanto si es declarado judicialmente como si es admitido como tal por la empresa en conciliación (por extensión, si la admisión de la improcedencia se hace en la carta de despido). Sin embargo, este es un claro ejemplo de que la fundamentación jurídica de las decisiones judiciales en materia de política de empleo tardan sobremanera en tomar carta de naturaleza. Así, ninguna de las normas bonificadoras estatales recoge el criterio jurisprudencial citado: todas ellas se refieren al despido improcedente, sin más. Hay que esperar hasta el RD-ley 43/2006, de 29 de diciembre, para que su art 6.2 explicite despido «reconocido» o declarado improcedente, lo que trae como corolario que las decisiones judiciales inciden en las normas de empleo, aunque su efecto sea trasladado tardiamente.

No obstante, el mantenimiento del volumen del empleo es un parámetro vigente para normas bonificadoras como el mencionado RD 1451/1983, de 11 de mayo, el RD 290/2004, de 20 de febrero(art 12.4), que regula enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, así como para otras de carácter autonómico, como el Decreto 47/2004,de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón, para la promoción de la contratación estable y de calidad (art 21). En estas últimas normas vigentes, el denominador común es la subvención, no la bonificación ni la reducción de cuotas sociales, pues eludir la exigencia del mantenimiento del empleo en un determinado periodo de tiempo equivaldría a dejar un portillo al fraude, permitiendo, en caso de no efectuar tales previsiones, obtener la subvención y extinguir , a continuación, el contrato incentivado, con el consiguiente enriquecimiento sin causa del empresario y la burla de la estabilidad en el empleo perseguida por la norma.

En otras ocasiones, es la propia administración la que debe implicarse en el mantenimiento del volumen de empleo, reponiendo el nivel de empleo requerido a solicitud del empresario. Interesante es, en este punto, la previsión del art 10 de revisitado RD 1451/1983, de 1 1 de mayo, cuando dice « las empresas beneficiarias están obligadas a mantener la estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados al amparo de la presente disposición por un tiempo mínimo de tres años, no pudiendo despedir sin causa justificada a estos trabajadores y , en caso de despido procedente, deberán sustituirlos por otros trabajadores minusválidos». Pero, su art 8 establece que «las empresas deberán solicitar los trabajadores minusválidos de la correspondiente oficina de empleo». Ello equivale a decir que tanto para la contratación inicial como para la sustitución del empleo extinguido ha de contarse con el Servicio Público de Empleo, y la pregunta obligada es qué acontece cuando los deberes de implicación de este último brillan por su ausencia o, simplemente, no proporciona un sustituto. Es en este punto en el que la jurisprudencia ha te-

nido que fundamentar jurídicamente sobre si existiría obligación de la empresa de reintegrar los beneficios obtenidos con el empleo incentivado o, por el contrario, está eximida de tal obligación por incumplimiento de los deberes de colaboración.Así, en la STSJ de Baleares de 8 de noviembre de 1996, contencioso administrativo, RJCA 1996/1921, se apuesta por esta última solución, cuyo razonamiento jurídico incide en la falta de respuesta de la Administración al requerimiento empresarial, significando la inexistencia de trabajadores de las características solicitadas, por lo que la sustitución, como condición para no reintegrar la subvención y las cuotas dejadas de ingresar , deviene imposible de cumplir . Se trata de decisiones judiciales correctoras de la desviación de poder de la Administración, cuando, en supuestos como el analizado, resuelve devolver los beneficios obtenidos por la empresa de tal manera que la fundamentación jurídica de aquellas incide en normas de derecho común, en concreto, en el art 1 16 del Código Civil, en el sentido de que la condición debe tenerse por no puesta y , por tanto, la obligación de reintegro impuesta por al Administración como disconforme a derecho.

Otras Sentencias no inciden sobre el respeto a un determinado volumen de empleo, sino sobre la observancia puntual de la car ga social que genera dicho volumen. Así, el número 2 del art 77 de la Ley 13/1996, podría haber sido interpretado de una manera permisiva por los Tribunales cuando dice «la falta de ingreso en plazo reglamentario de las cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta con las mismas, devengadas con posterioridad a la obtención de la deducción por bonificaciones u otros beneficios en las bases, tipos o cuotas, dará lugar a su pérdida automática respecto de las cuotas correspondientes a periodos no ingresados». No obstante, la literatura jurisprudencial ha sido taxativa en la aplicación rigurosa del precepto, al condenar a la empresa a la devolución de los beneficios, con los recar gos correspondientes, disfrutados en aquellos periodos en los que la empresa no estuvo al corriente de pago en las cotizaciones sociales (SAN de 26 de junio de 2002, Sala de lo Contencioso Administrativo, JUR 2003/58888 y STSJ Andalucía, Sevilla, Contencioso Administrativo, de 1 de diciembre de 2000,JUR 2001/84937). Cierto es que la car ga social, que genera el empleo creado, ha de sobrellevarse en los periodos correspondientes, perdiendo, en caso contrario, los beneficios sociales relativos al mismo periodo, pero no los relativos a periodos posteriores en los que la empresa sí estuvo al corriente, como erróneamente pretendía alguna interpretación de la Administración (STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de julio de 2001, Contencioso Administrativo, RJ 2001/38597), La últimas normas de incentivos al empleo dejan meridianamente clara esta interpretación jurisprudencial, como el art 5 a) de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. De este modo no encontrarse la empresa al corriente en el pago de las liquidaciones relativas a un determinado

mes determina que se pierdan las bonificaciones de ese mes y no las de los siguientes si,en estos, se está al corriente.

En cuanto al término «estar al corriente» no han faltado tampoco resoluciones judiciales en relación con las obligaciones sociales prescritas, esto es, cuando la empresa se bonifica en un mes en el que no está al corriente y, cuando se procede a la regularización de incentivos relativos a dicho mes han transcurrido más de cuatro años desde el vencimiento de la obligación de pago. En este caso, la empresa se encuentra al corriente, de acuerdo con pronunciamientos como los de la STSJ de Navarra, Contencioso-Administrativo, de 29 de octubre de 1996, RJ 1996/1683. En realidad, se trata de decisiones judiciales que podrían calificarse de lógicas, pues, si ha prescrito el derecho de la Administración para exigir el pago de meses incorrientes, también se ha producido este efecto, de seguridad jurídica, para la acción administrativa de regularizar las bonificaciones que la empresa disfrutó y descontó de las correspondientes bases aquellos meses.

En ocasiones, esos beneficios al mantenimiento o creación de empleo están condicionados a una resolución administrativa, tal es el supuesto del art 8,»in fine», del RD 1451/1983, de 1 1 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. Los Tribunales fiscalizan si la empresa ha cumplido los requisitos formales para el acceso a los incentivos del empleo, reparando especialmente en si la empresa y el trabajador contratado reúnen los condicionantes objetivos y subjetivos para beneficiarse del nuevo empleo creado, más que en la autorización administrativa expresa para proceder a la bonificación empresarial (STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de diciembre de 2001, Contencioso-Administrativo, RJCA 2001/1289).

Cuestión diferente es sobre qué operan los incentivos al empleo en relación a las cuotas de Seguridad Social a satisfacer , sobre ello también ha habido pronunciamientos judiciales. La regla general es que los beneficios en forma de bonificación se aplican a la cotización empresarial por contingencias comunes. En otro caso, será la norma incentivadota la que explicitará el alcance de los beneficios al empleo (STS de 19 de diciembre de 1997, Contencioso Administrativo, RJ 1997/8961). Así, el art 7.1 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, se refiere a bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, «incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta». Esta norma reglamentaria, que se refiere al empleo de trabajadores minusválidos, deja claro que no sólo se aplican a las contingencias comunes, sino también a las profesionales y a las de recaudación conjunta (desempleo, formación profesional y FOGASA). No afectan, por el contrario, estas normas incentivadoras a las aportaciones del trabajador .

Otras formalidades fiscalizadas por los tribunales tienen que ver con la competencia de los ór ganos administrativos en el control del empleo, a través del razonamiento jurídico de las normas que otor gan dicho control a determinados cuerpos y entidades de la Administración. Así, la Inspección de Trabajo no siempre ha tenido un control omnímodo sobre la política de empleo; por el contrario, determinadas entidades gestoras tenían por Ley facultades exclusivas en materia de control del volumen del empleo, decretando los Tribunales la nulidad de actuaciones en relación a dicho control cuando se efectuaba por ór gano manifiestamente incompetente, ex art 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, apartados b) y e). De este modo, La OM de 6 de agosto de 1992, en desarrollo de la Ley 22/1992, de 30 de julio, estableció un procedimiento de control del empleo sólo atribuido al INEM, excluyendo cualquier otro ente de la Administración para tal fin. Han sido copiosas las sentencias que han censurado la extralimitación de estos últimos, declarando la competencia exclusiva de la entidad gestora (Por todas STSJ de Andalucía-Granada de 18 de junio de 2001, JUR 2001/248646, Contencioso Administrativo).

En otro orden de cuestiones, la presente comunicación pretende afrontar también, aunque sea de forma sucinta, el régimen jurídico actual de la normativa sobre política de empleo que continúa vigente y el que ha sido afectado por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. El motivo de esta exposición final radica en el contenido farragoso de la disposición derogatoria única de esta norma, pues de la aplicación de la misma pueden plantearse dudas razonables sobre la vigencia o expiración de aquélla .

Así, resultan afectadas por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre:

1) El programa de Fomento del Empleo para 2006, contenido en la disposición adicional quincuagésima de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, que se deroga, excepto los apartados 1 y 2 del número Diez.. Este programa se sustituye íntegramente por el del capítulo I de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre .

2) El programa de Fomento del Empleo temporal para trabajadores minusválidos, contemplado en el artículo 44 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y en las disposiciones adicionales cuarta, apartado tres, y quinta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que se deroga y se sustituye por el de la DA primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre .

3) El programa de Fomento del Empleo INDEFINIDO para trabajadores minusválidos, en cuanto a bonificaciones empresariales,

contemplado en el Real Decreto 1451/1983, de 1 1 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 16 de octubre de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo.y en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. Este programa se sustituye por el del art 2.2. del RD-ley (número 7 del cuadro superior), sin bien permanecen vigentes las subvenciones y ayudas contempladas en las normas citadas, en todo aquello que *no* sean bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta

No obstante lo anterior, los contratos temporales de fomento del empleo para personas con discapacidad, concertados con anterioridad al 1 de julio de 2006, se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron.3. Del mismo modo, las bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por los contratos celebrados con anterioridad al 1 de julio de 2006 se regirán por la normativa vigente en el momento de su celebración o, en su caso, en el momento de iniciarse el disfrute de la bonificación .Si bien, a dichos contratos les será de aplicación lo establecido en el artículo 8 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (DT primera de la Ley).

Por otro lado, no quedan afectados por la 43/2006, de 29 de diciembre, permaneciendo vigentes los siguientes contratos bonificados:

1.º) Contratos de interinidad para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, riesgo durante el embarazo y adopción o acogimiento preadoptivo o permanente del art 1 del RD-ley 1 1/1998, de 4 de septiembre.

2.º) Contratos de interinidad para sustituir a trabajadores excedentes por cuidado de familiares de la DA 14.ª del Estatuto de los Trabajadores.

3.º) Contrato de interinidad para sustituir a trabajadores en formación por trabajadores beneficiarios de prestaciones de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

4.º) Trabajadores mayores de 65 años que prolongan su actividad laboral.- Ley 35/2002, de 12 de julio, de Medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

5.º) Contratos de trabajo para mayores de 52 años beneficiarios de subsidios por desempleo de la - Disposición Transitoria quinta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Ur gentes para la Reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

6.º) Contrato de trabajo de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género.- Ley Or gánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

7.º) Contratos de formación y prácticas que se celebren con trabajadores minusválidos en los términos establecidos en la DA 2.ª del Estatuto de los Trabajadores.

8.º) Contratos de interinidad para sustituir a trabajadores minusválidos con contrato suspendido por IT , concertados con trabajadores minusválidos desempleados . DA novena de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

9.º) Contratos suspendidos durante los periodos de maternidad, adopción, acogimiento y riesgo durante el embarazo, cuyo puesto se cubra con contrato de interinidad (DA 2.ª de la ley 12/2001, de 9 de julio).

10.º) Contratos de trabajo bonificados para penados en instituciones penitenciarias (RD 190/1996,de 9 de febrero, Ley 14/2000, de 29 de diciembre, Ley 12/2001 de 9 de julio, RD 782/2001, de 6 de julio).

11.ª) Contratos de trabajo indefinidos de la DA 25.ª, de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre de PGE para el año 2007, concertados con mayores de 59 años, con una antigüedad en la empresa de cuatro o más años.

Comunicación a la Ponencia Temática II

POLÍTICAS SELECTIVAS DE EMPLEO PARA PERSONAS RESPONSABLES DEL CUIDADO FAMILIAR

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA
Ayudante LOU
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. TRATAMIENTO DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO P ARA RESPONSABLES DEL CUIDADO FAMILIAR EN ÁMBITO INTERNACIONAL, COMUNITARIO Y ESPAÑOL.–2.1. Ámbito internacional: Normas de la OIT. 2.2. Ámbito comunitario: Estrategia europea de empleo y política social. 2.3. Ámbito nacional: Principales hitos históricos y situación tras la LO 3/2007.—3. PROPUEST AS DE UNA POLÍTICA DE EMPLEO DIRIGIDA A PERSONAS RESPONSABLES DEL CUIDADO FAMILIAR EN ESPAÑA Y EXAMEN DE LAS MEDIDAS DE EMPLEO P ARA FAMILIAS MONOPARENTALES EN FRANCIA (*Allocation de Parent Isolé*) Y EN REINO UNIDO (*New Deal for Lone Parents*).–3.1. Justificación de las políticas selectivas de empleo dirigidas al colectivo de trabajadores con responsabilidades familiares. 3.2. Delimitación del colectivo de trabajadores con responsabilidades familiares. 3.3. Posible contenido de las intervenciones dirigidas a este colectivo: Políticas pasivas de empleo (*Allocation de Parent Isolé*) o políticas activas de empleo (*New Deal for Lone Parents*).—4. CONCLUSIÓN.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Los ordenamientos laborales suelen contener medidas destinadas a trabajadores con responsabilidades familiares debido a la relevancia que tiene tanto para el propio trabajador en su vida laboral y en la carrera de seguro la asunción de todo o parte del cuidado familiar como para el Estado la repercusión de estas decisiones en la configuración de la fuerza activa; en la medida, que la inserción en el mercado de trabajo, la continuidad y el abandono pueden estar fundadas en decisiones sobre el cuidado de familiares sobre las cuales las opciones legislativa pueden favorecer o no retiradas temporales o definitivas del mercado de trabajo.

En el ordenamiento español, la existencia de un modelo de Estado del Bienestar poco intervencionista en cuanto a la protección a la familia ha hecho que sólo de manera residual se haya abordado los problemas del responsable del cuidado familiar bien mediante la regulación de medidas destinadas a la incorporación de la mujer al mercado de trabajo o a través de la protección social en forma de las prestaciones familiares específicas o incrementos en las prestaciones por desempleo.

La última novedad en cuanto al tratamiento de la familia y el empleo se contiene en la Ley Or gánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que ha dado un paso definitivo al haber creado medidas específicas de empleo referidas al responsable del cuidado familiar sin diferenciar el género, entre las que cabe destacar: Primero, la introducción de la prohibición de discriminar basada por este motivo «*el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de las obligaciones familiares y el estado civil*» (art. 3 LO 3/2007), « *los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio*»(art. 44.1.º LO 3/2007). Segundo, la am-

pliación los derechos de conciliación a través de la introducción dos nuevas causas de suspensión del contrato de trabajo, el permiso de paternidad y el riesgo durante la lactancia de menores de 9 meses, que ahora también se incluye por esta ley en nuestro sistema de Seguridad Social; mejorando los permisos y excedencias con una evidente flexibilización de los requisitos y de la forma de disfrute [1]. Tercero, la ampliación de las bonificaciones a los contratos para el año 2007 mediante la inclusión del coste cero por paternidad y riesgo durante la lactancia natural de menores de 9 meses que se unen a la ya existente bonificación del 100% de la maternidad y el riesgo durante el embarazo. Cuarto, aunque limitado al empleo público, la introducción como criterio de valoración, junto al trabajo desarrollado y los méritos, el « *tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones*» de conciliación de la vida personal, laboral y familiar (art. 57 LO 3/2007) y la preferencia durante un año en el acceso a cursos de formación para « *los empleados y empleadas públicas*» que «*se hayan reincorporado del servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad*», por razones de guarda legal, atención a dependientes o discapacitados (art. 60 LO 3/2007).

El origen de este cambio puede deberse a diversas razones, pero, en nuestra opinión, la ruptura del modelo tradicional de familia en al menos dos de sus notas esenciales: Mujer cuidadora en exclusiva del hogar familiar, trabajadora o no, y familia formada por dos progenitores heterosexuales explican la ampliación de la conciliación. En el primero de los aspectos, el cuidado familiar se comparte, cada vez más, con el hombre por razones sociológicas, reparto de roles o incorporación de la mujer al mercado de trabajo, y jurídicas como consecuencia de un reconocimiento cada vez más extensivo en nuestro ordenamiento de la conciliación y la igualdad. En el segundo de los aspectos, han aparecido nuevas formas de agrupación familiar propiciadas por el reconocimiento legal del divorcio y las parejas de hecho que han originado nuevas familias compuestas por hijos de separaciones, uniones de hecho, parejas que aportan a la unión hijos de diferentes relaciones, hogares monoparentales, homosexuales a los que hemos de unir los fenómenos de la dependencia, sobre todo, la de mayores. Estos factores hacen previsible el aumento de medidas configuradas como derechos individuales para la conciliación de la vida laboral y familiar y , en definitiva, medidas de empleo que no diferencien si el cuidador familiar es hombre o mujer [2] .

---

[1] Ver la disposición adicional 1 1.ª de la LO 3/2007 que modifica los artículo 34.8, 37.5, 38.3, 46.3, 48.4, 48.5, 54.2, 55.5 del ET e introduce el permiso de paternidad (art. 48 bis ET). También se incluye nuevas prestaciones: Por maternidad para las trabajadoras que no reúnan cotización (art. 133 sexies LGSS), por paternidad (art. 133 octies, nonies y decies bis LGSS) y por riesgo durante la lactancia natural de menores de 9 meses (art. 135 bis LGSS).

[2] Sobre los cambios en la familia en Europa y Norteamérica, B ARROW, A. and PROBERT, R.: «Regulating marriage and cohabitation: Changing Family values and Policies in Euro-

A pesar de este cambio, por el momento, se mantiene en materia de empleo el uso de la acción afirmativa sólo para la mujer (art. 4 de la LO 3/2007) y aún continua vigente el incremento de la participación femenina como objetivo de la política de empleo (art. 42 de la LO 3/2007). En consecuencia, las diferentes posibilidades de configurar las políticas selectivas de empleo bien dirigidas sólo a la mujer , como ha sucedido hasta el momento; o destinadas, por un lado, a mujeres y , por otro lado, a responsables del cuidado familiar diferenciando la maternidad y el cuidado de la familia, con una configuración neutra; motiva una investigación en la que se analice el alcance de las políticas selectivas de empleo como instrumento para conseguir la igualdad de oportunidades en el mercado laboral que aborde expresamente estas orientaciones. Para ello se realizará un estudio sobre la evolución de esta cuestión en ámbito internacional, comunitario y español con alguna referencia puntual a Reino Unido y a Francia, en la última parte de la comunicación, a fin de determinar las posibilidades de configurar una política de empleo dirigida a los responsables del cuidado familiar .

2. TRATAMIENTO DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO P ARA RESPONSABLES DEL CUIDADO FAMILIAR EN ÁMBITO INTERNACIONAL, COMUNITARIO Y ESPAÑOL

El ordenamiento español, como se sabe, está condicionado e influido en temas de empleo tanto por la OIT como por el Derecho Comunitario debido a la pertenencia de España a estas dos or ganizaciones supranacionales, a la obligatoriedad de los Convenios de la OIT y de los Tratados de la Unión ratificados y a la cesión de competencias en materia social y de empleo a la Unión (art. 2, 3, 125-130 y 136-145 TCE). Analicemos, por tanto, el tratamiento de los responsables del cuidado familiar en estos ámbitos y en España.

2.1. Ámbito internacional: Normas de la OIT

La OIT incluye como conducta prohibida las diferencias entre quienes asumen y no el cuidado familiar en el Convenio OIT 111 sobre discriminación, empleo y ocupación (1958). En materia de empleo, el Convenio OIT 156 y la Recomendación OIT 165 de trabajadores con responsabilidades familiares (1981) suponen un cambio normativo respecto al tratamiento inicial de la responsabilidad familiar; pues, hasta esa

---

pe and North America-An introductory critique». En España: MEIL LANDWERLIN, G: «La otra cara del desafío demográfico a la protección social: Los desafíos derivados del cambio familiar», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 36, 2002. Sus influencias en la corresponsabilidad, LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre la igualdad», *Temas Laborales*, núm. 67, 2002.

fecha, la Recomendación OIT 123 de mujeres con responsabilidades familiares (1965) contemplaban medidas de empleo en las que la maternidad y el cuidado familiar aparecían unidos.

Por tanto, en ámbito internacional se reconoce la igualdad y discriminación negativa sobre la responsabilidad familiar que justifican medidas de acción positiva de trabajadores con responsabilidades familiares en las que junto a la conciliación de la vida laboral y familiar (permisos, licencias, jornadas, servicios de asistencia de guarderías o cuidados de mayores) se articulan políticas activas de empleo, como la formación o la orientación al empleo, destinadas a incrementar la empleabilidad del responsable del cuidado familiar sin diferenciar su sexo (art. 7 Convenio OIT 156, artículo 12-23 Recomendación OIT 165).

2.2. Ámbito comunitario: Estrategia europea de empleo y política social

La Unión Europea desde el año 1998 y en virtud del Tratado de Ámsterdam dispone de un mecanismo de coordinación de las políticas de empleo del que resultan directrices y orientaciones dirigidas a los Estados miembros con carácter no obligatorio pero que han logrado impulsar reformas evidentes en los mercados de trabajo de la Unión como ha sido la activación de los mismos. Junto a estos instrumentos, la Unión tiene competencias para dictar normas obligatorias en materia social, principalmente Directivas, que pueden afectar también al empleo.

Del examen de las normas comunitarias podemos apreciar un diferente tratamiento, ya que, si bien los instrumentos no obligatorios, las directrices de empleo, distinguen entre las medidas de empleo dirigidas a la mujer y las destinadas a los responsables del cuidado familiar y la Unión ha insistido desde el inicio de la estrategia europea de empleo en la necesidad de que los Estados adopten medidas destinadas a facilitar la reincorporación tras el permiso parental tales como formación, orientación al empleo, prestaciones sociales o asistencia a las familias monoparentales sin diferenciación sexual [3]; los instrumentos obligatorios relacio-

[3] Esta configuración neutra se ha mantenido para las ayudas de empleo lo que permite que los Estados adoptar incentivos destinados al responsable del cuidado familiar ya sea hombre o mujer sin necesidad de notificar —las que se reciba por trabajador « *que desee reincorporarse a la vida laboral tras una interrupción de tres años como mínimo*» o «*cualquier persona que hubiese dejado de trabajar por dificultad de compaginar su vida laboral y familiar a los efectos de los seis meses tras su contratación*» (art. 2 del Reglamento núm. 68/2001 de la Comisión relativo a la aplicación de los artículo 87 y 88 del TCE a las ayudas a la formación) y aquellas que reciba « *toda persona que desee incorporarse o reincorporarse a la vida laboral y que haya estado ausente tanto de ésta como de la vida docente durante dos años por lo menos*» (art. 2 del Reglamento núm. 2204/2002 de la Comisión relativo a la aplicación de los artículo 87 y 88 TCE a las ayudas estatales para el empleo).

nados con el empleo y los responsables del cuidado familiar son bastante limitados: Pues bien se refieren a medidas de mantenimiento de empleo tales como el derecho a reintegrarse en el mismo puesto de trabajo a quienes disfruten de un permiso de maternidad, paternidad o adopción (art. 15 y 16 de la Directiva 54/2006/CE); a medidas de conciliación de la vida laboral y familiar tales como el permiso individual de tres meses o la ausencia por motivos de fuerza mayor y causas familiares ur gentes (art. 2 y 3 de la Directiva 34/96/CE); estas dos primeras con una configuración neutra, o bien, prohíben la discriminación negativa por razón de sexo y permiten la discriminación positiva para conseguir la igualdad entre la mujer y el hombre, pero no incluyen la discriminación por cuidado de familiares como factor prohibido; aunque, tampoco la acción positiva se reserva a la mujer (art. 3 Directiva 54/2006/CE). En cambio, existen muchos instrumentos obligatorios y no obligatorios en los que se protege las dificultades de acceso al empleo de la mujer [4].

Hay que advertir, en otro orden de ideas, que la estrategia europea de empleo está tratando actualmente de forma diferente las políticas selectivas de empleo. El cambio afecta al tratamiento general de las políticas de empleo pues la Unión de un enfoque centrado en los colectivos desfavorecidos ha pasado a adoptar un enfoque más general que diferencia en función de los problemas de empleo y no tanto de la pertenencia a un colectivo desfavorecido.

Las repercusiones de este cambio influyen en la consideración del responsable familiar y se analizarán en el apartado siguiente. Pero, de momento, la conclusión que se puede extraer es que en ámbito comunitario no se ha desarrollado suficientemente la diferencia entre maternidad y responsabilidad familiar en los documentos obligatorios aunque se puede afirmar la existencia de dicha distinción y su manifestación en las medidas de empleo que se contienen en las normas de conciliación y en las directrices de empleo [5].

---

[4] Entre ellos, destaca en igualdad de retribución, Directiva 1 17/75/CE; igualdad de trato en la Seguridad Social, Directiva 7/79/CE, Directiva 378/86/CE y la vigente Directiva 96/97/CE; protección de la maternidad, Directiva 39/98/CE. En cuanto a los no obligatorios, el Primer Plan de igualdad de oportunidades (1982-1985), el Segundo Plan de Igualdad (1986-1990), Quinto Programa de Igualdad (2001-2005), prorrogado para el 2006. También aunque con un enfoque más global sobre la igualdad pero sin incluir a los responsables del cuidado familiar, Tercer Programa de Igualdad (1991-1995); Cuarto Programa de Igualdad (1996-2000).

[5] Hasta el año 2003 se incluía dentro del pilar IV «igualdad oportunidades entre hombres y mujeres» de las directrices de empleo en las que aparecían desligados los problemas de empleo de la mujer de aquellos referidos a los responsables del cuidado familiar , véase: Decisión del Consejo de 13 de marzo de 2000 relativa a las Directrices de empleo para el año 2000 (DO L 72 de 21 de marzo de 2000) directriz 20 «Conciliar la vida laboral con la vida familiar» y 21 «Facilitar la reincorporación al mercado de trabajo»; Decisión del Consejo de 19 de enero de 2001 relativa a las directrices de empleo para el año

2.3. Ámbito nacional: Principales hitos históricos y situación tras la LO 3/2007

En España, tras las crisis del petróleo de los años 70 y , sobre todo, con la democracia como consecuencia del reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (art. 14 CE) se produce la derogación de las normas tuitivas del trabajo de la mujer que habían provocado limitaciones en su actividad laboral y , en muchos casos, incluso su dedicación exclusiva a las tareas domésticas. No obstante, su incorporación tardía e infra-representación en el mercado de trabajo han hecho que se incluyeran como colectivo desfavorecidos no para proteger su «fragilidad natural», como defendían algunos textos normativos pre-constitucionales, sino como forma de inserción en el mercado laboral de un colectivo que tiene dificultades en el empleo.

La ley 3/1989, 33/1999 y 3/2007 han supuestos avances notables en la corresponsabilidad en los que apreciamos una evolución desde la protección sólo de la mujer , la conciliación de la vida laboral y personal de la mujer trabajadora, a la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas que trabajan.

En materia de empleo, la eliminación en el programa de empleo para 2007 de las bonificaciones a contrataciones iniciales para mujeres subrepresentadas, que habían estado presente desde 1992, y el endurecimiento de los requisitos para acceder a la bonificación por reincorporación de la mujer, a las que se añade con relación a otros programas el haber estado de alta en Seguridad Social y la reincorporación a partir de un nú-

---

2001 (DO L 22 de 24 de enero de 2001) directriz 18 «conciliar el trabajo con la vida familiar» que refunde las directrices 20 y 1 de 2000; Decisión del Consejo de 18 de febrero de 2002 relativa a las directrices de empleo para el año 2002 (DO L 60 de 1 de marzo de 2002) directriz 18 «compaginación del trabajo y la vida familiar» que reproduce el texto de la directriz 18 de 2001. A partir del año 2003 las directrices posteriores han tratado de forma separada ambas cuestiones, por un lado, la igualdad y la conciliación; por otro lado, las medidas de empleo destinadas al responsable familiar que han quedado enmarcadas dentro de los objetivos específicos de integración de la fuerza de trabajo activa en el mercado de trabajo. Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a las directrices de empleo para el año 2003 (DO L 197 de 5 de agosto de 2003), Decisión del Consejo de 4 de octubre relativa a las directrices de para el año 2004 (DO L 326 de 29 de octubre de 2004). Así, la directriz 18 de la Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 relativa a las directrices integradas para el empleo (2005-2008) se dedica a *promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida* en la que se incluye facilitar la *reincorporación tras períodos de interrupción*, pero no se hace distinción en cuanto al sexo o al motivo, sólo se mencionan como colectivos a los jóvenes, la población de edad avanzada, la igualdad entre hombres y mujeres y al incremento de la participación femenina. Aquí se incluiría al responsable del cuidado familiar . Estas directrices que se han mantenido para el 2006, Decisión del Consejo de 18 de julio de 2006 directrices para el empleo 2006 (DO L 215 de 5 de agosto de 2006) y que probablemente se mantengan para el 2007, Propuesta de Decisión de la Comisión al Consejo sobre las políticas de empleo de los Estados miembros, COM (2006) 815 final.

mero determinado de años al mercado de trabajo, cinco; junto a otras novedades de la LO 3/2007 evidencian un cambio [6]. Primero, porque los hombres que suspendan sus contratos por permiso parental también podrán beneficiarse de bonificaciones a la Seguridad Social (disposición adicional decimoquinta y decimosexta LO 3/2007). Segundo, porque el legislador trata de reincorporar a quienes ya han tenido conexión con el mercado y lo abandonaron por el cuidado familiar . Tercero, porque en el ámbito público incluso se preveen medidas de formación y acceso al empleo para los responsables del cuidado familiar de carácter neutro (art. 57 y 60 LO 3/2007).

En definitiva, del estudio del Derecho Internacional, Comunitario y español se extrae una evolución en el tratamiento de la cuestión en la medida que cuanto más cerca se está de la conciliación efectiva las mismas dejan de ser políticas identificables con la mujer y pasan a ser políticas neutras donde se atiende al hecho de asumir la responsabilidad familiar [7]. A este cambio se une nuevas orientaciones en cuanto a las políticas de empleo. Así, aunque el legislador español tradicionalmente haya dedicado poca atención a este tipo de medidas, pese a la ratificación del Convenios de la OIT sobre responsabilidades familiares y a

[6] Compárese, los diferentes Programas de empleo para los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007: Ley 12/1992, de 30 de julio; ley de 10/1994, de 19 de mayo; ley 42/1995, de 30 de diciembre; Real Decreto-ley 12/1985, de 28 de diciembre; Ley 13/1996, de 30 de diciembre; Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo; ley 64/1997, de 26 de diciembre; ley 50/1998; ley 55/1999, de 29 de diciembre; Real-Decreto 5/2001, de 2 de marzo; ley 24/2001, de 27 de diciembre; ley 53/2002, de 30 de diciembre; ley 62/2003, de 30 de diciembre; ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, ley 30/1995, de 29 de diciembre; ley 42/2006, de 28 de septiembre, y ley 43/2006, de 29 de diciembre. El Programa de fomento del empleo para 2007 en cuanto a las medidas de responsables del cuidado familiar quedaría de la siguiente manera con las modificaciones de la LO 3/2007 en cursiva: 1) Bonificación de las contrataciones iniciales indefinidas de mujeres durante cuatro años, 2) «Coste cero» de la maternidad, *paternidad*, riesgo durante el embarazo y durante *la lactancia natural de menores de 9 meses* que supone una bonificación del 100% de los contratos e interinidad que se celebren para sustituir a estos trabajadores y una bonificación del 100% de las cuotas de estos trabajadores mientras dure dicha situación, 3) Incremento en la bonificación de la discapacidad si se trata de una contratación temporal por la modalidad fomento de la contratación y se celebra con una mujer , 4) Bonificación de mujeres que se reincorporan al mercado de trabajo tras cinco años de inactividad laboral y que hayan estado dadas de alta en Seguridad Social al menos tres años como mínimo y que se hubieran retirado con motivo del parto, la adopción y al acogimiento tanto preadoptivo como permanente durante cuatro años. 5) Bonificación de mujeres que se reincorporan a la empresa tras la maternidad.

[7] Sobre dicha evolución, tanto en ámbito internacional, comunitario y nacional, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (I). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Aranzadi Social,* Volumen 5, (BIB 968/1999). En ámbito nacional, ALEMANY ZARAGOZA, E.: «Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días», *Aranzadi Social*, núm. 22, 2005; CASAS BAAMONDE, M. E.: «Transformaciones del trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998.

que resulta evidente la preocupación comunitaria por este colectivo [8], la LO 3/2007 supone una ruptura al reconocer la necesidad de medidas de empleo para responsables del cuidado familiar con un carácter neutro en las que se diferencia la protección del la mujer y la maternidad del cuidado familiar. Sin que debamos obviar que las intervenciones de empleo suelen dirigirse a la mujer y que muchas de las que se dirijan al colectivo de responsables del cuidado familiar también beneficiarán a las mujeres.

3. PROPUESTAS DE UNA POLÍTICA DE EMPLEO DIRIGIDA A PERSONAS RESPONSABLES DEL CUIDADO FAMILIAR EN ESPAÑA Y EXAMEN DE LAS MEDIDAS DE EMPLEO PARA FAMILIAS MONOPARENTALES EN FRANCIA *(Allocation de Parent Isolé)* Y EN REINO UNIDO *(New Deal for Lone Parents)*

Las nuevas formas de organización familiar así como la propia organización social reclaman que el cuidado familiar no quede asignado a un sólo progenitor o a un progenitor dedicado en exclusiva a estas tareas. Todo lo contrario, se requieren personas activas y empleables durante toda la vida laboral. Sin embargo, resulta frecuente que la asunción del cuidado familiar provoque la expulsión del mercado de trabajo bien de forma temporal/definitiva y voluntaria/involuntaria.

Uno de los objetivos del Estados del Bienestar es el pleno empleo. Por tanto, los Estados que propugnan este modelo tienen que conseguir altas tasas de población activa y empleable. A tal fin, se requieren intervenciones específicas en materia de conciliación y empleo que hagan compatibles el disfrute temporal de la conciliación con el retorno al mercado de trabajo. En especial, medidas dirigidas a los hogares monoparen-

---

[8] Nótese que la Unión ha recomendado a países como Reino Unido medidas específicas destinadas a este colectivo en las que incluso se hace referencia a las familias monoparentales, pero que los Planes Nacionales de empleo de España se refieren a la conciliación en la vida laboral y familiar sólo para lograr la integración de la mujer y , hasta el momento, las recomendaciones de empleo que se han dictado para España no contienen referencia alguna a la necesidad de ampliar estas medidas a los hombres. Ver Recomendación de 14 de febrero de 2000 (DO L 52 de 25 de febrero de 2000); Recomendación del Consejo de 19 de enero de 2001 (DO L 22 de 24 de enero de 2001); Recomendación del Consejo de 18 de febrero de 2002 (DO L 60 de 1 de marzo de 2002), Recomendación del Consejo de 22 de julio de 2003 (DO L 197 de 5 de agosto de 2003); Recomendación del Consejo de 14 de octubre de 2004 (DO L 326 de29 de octubre de 2004) en las que aparece la integración de la mano de obra femenina junto al incremento de los servicios para hacer posible la conciliación (España, Grecia, Reino Unido), sólo para algunos se conectan con medidas para la formación (Reino Unido, Francia). Sobre las deficiencias de los planes de empleo, CONSEJERÍA DE EMPLEO Y DESARROLLO TECNOLÓGICO: *La política de empleo en la Unión Europea (I): La estrategia europea de empleo*, Junta de Andalucía, 2000, que insiste sobre la deficiente adaptación a la que hace referencia esta investigación, pp. 67.

tales donde los problemas de empleabilidad se agravan por la intensificación del cuidado familiar.

Nuestro legislador ha empezado ha incluir medidas para el colectivo de responsables del cuidado familiar pero no ha previsto medidas adicionales para las familias monoparentales; pese a que se aprecia un incremento, no alarmante, de hogares con hijos de este tipo y una intensificación del riesgo de exclusión social. Hasta la LO 3/2007 estos hogares, compuestos en su mayoría por mujeres, recibían la protección indirecta de las rentas activas o mínimas de inserción o de las medidas de empleo dirigidas al colectivo de mujeres. A partir de la reforma, se beneficiarán de las medidas destinadas al responsable del cuidado familiar aunque sin medidas de discriminación específicas que equiparen la situación de los responsables del cuidado familiar en los hogares monoparentales al resto de las situaciones.

Algunos países de nuestro entorno disponen de medidas activas de empleo, medidas de inserción y reinserción, dirigidas a responsables del cuidado familiar de hogares monoparentales. De entre ellos, destaca Francia que desde 1976 tiene una protección social temporal, la *Allocation de Parent Isolé*, para hogares frágiles compuestos por un responsable familiar que puede combinarse con incentivos por la incorporación a un programa de formación o a la realización de una prestación de servicios y Reino Unido que desde 1997 cuenta con un programa de ayuda al empleo, el *New Deal for Lone Parents,* cuya aportación más relevante es la asignación de un tutor personal que aconseja al responsable del cuidado familiar monoparental sobre acciones de formación, guarderías para el cuidado de hijos, protección social y orientación al empleo. En ambos casos, los resultados conseguidos han sido buenos [9]; por lo que, estas medidas de empleo pueden servirnos de referente para una política de empleo general dirigida al responsable del cuidado familiar o bien para

[9] Sobre los efectos beneficiosos en incremento de la empleabilidad, la reducción de la tasa de inactividad, la reducción del abandono definitivo del empleo, la reducción de la pobreza, la prevención y corrección del riesgo de exclusión social y en la mejora de la conciliación: MILLAR, J. and R OWLINGSON, K.: *Lone parents, employment and social policy*: Cross-national comparisons, The Policy Press, 2001, pp. 205, en un estudio comparado sobre las medidas de Australia, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Estados Unidos; en relación con el *New Deal for Lone Parents* el estudio con mayor impacto es la obra de H ASLUCK, C.: «Lesson from the New Deal», *New Economy*, vol. 8, núm. 4, 2001, pp. 232, en la que se constata que el programa tiene un nivel de participación bajo, normalmente mujeres, aunque el resultado es satisfactorio para quienes participan. La OCDE en su informe de 2003 reclama medidas de empleo para las familias monoparentales. En España, el incremento de la pobreza desde 1980 hace que algunos autores hayan reclamado políticas sociales para este colectivo, C ANTÓ-SÁNCHEZ, O. and M ERCADER PRATS, M.: «Child Poverty in Spain: What can be said», *Economic and Social Policy Series*, núm. 66, 1998; G OÑI SEIN, J. L: «La familia monoparental: Ausencia de política legislativa y su impacto sobre la situación laboral de la mujer», *Temas Laborales*, núm. 82, 2005.

medidas de empleo en hogares monoparentales. Por tanto, vemos la posible justificación de las medidas dirigidas al responsable del cuidado familiar, su configuración y su contenido.

3.1. Justificación de las políticas selectivas de empleo dirigidas al colectivo de trabajadores con responsabilidades familiares

Existen diversos factores para incluir a un colectivo determinado como colectivo receptor de la política de empleo como son el riesgo de exclusión social, la polarización entre un determinado colectivo y un colectivo de referencia bien integrado social y laboralmente, dificultades estructurales para el acceso al mercado, obstáculos históricos de integración, dificultades inserción social [10]. Las políticas selectivas de empleo, también llamadas discriminación positiva, acción positiva o acción afirmativa, han sido muy utilizadas para conseguir la igualdad real en el mercado de trabajo pues introducen medidas discriminatorias en el empleo justificadas en atención a la desigualdad de partida en el mercado de trabajo compatibles con la igualdad siempre que reúnan los requisitos de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad [11].

Los datos estadísticos demuestran dificultades de inserción de quienes abandonaron el empleo por dedicarse al cuidado familiar y son obvias las dificultades de compatibilizar empleo y cuidado familiar , algunas veces, comprobables por la expulsión de quienes retornan al mercado de trabajo y abandonan el empleo por continuar con el cuidado familiar [12]. Junto a ello, numerosos estudios demuestran una relación directa entre el desempleo del padre/madre y descendientes. En el caso de los hogares monoparentales, las tasas de inactividad bastante elevadas y los riesgos de exclusión social [13] pueden justificar la política selectiva de empleo.

---

[10] Rojo Torrecilla, E.: «Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998, analiza los factores que determinan la consideración como colectivo desfavorecido, en especial, las cuestiones de exclusión social.

[11] Las políticas selectivas de empleo tienen una lar ga tradición en los ordenamientos. Su origen se encuentra en la acción positiva (*affirmative action*) del TS Americano que fue importada por el legislador comunitario en materia de igualdad entre hombres y mujeres por la Directiva 76/2007 y admitida, por ejemplo, en cuanto a los sistemas de cuotas para la mujer, STJCE de 17 de octubre de 1995 (C-450/93) *Kalanke*, STJCE de 11 de noviembre de 1997 (C-409/95) *Marschall*. En nuestro ordenamiento la STC, de 1 de julio de 1991 (RTC 141/1991) le dio validez y ha sido utilizada en los diferentes programas de empleo, más recientemente, en la actual ley de empleo, Ley 56/2003, y en la de igualdad, L0 3/2007.

[12] Según el *Informe «El Empleo en Europa 2005»* el cuidado familiar es la principal causa de abandono del empleo en edades comprendidas entre 25-44 años, a pesar , de que el 20% de las personas inactivas por responsabilidades familiares desean trabajar .

[13] Goñi Sein, «La familia monoparental: Ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación socio-laboral de la mujer», ob. cit., pp. 17-18.

Las políticas selectivas de empleo pueden configurarse de forma diferente: Bien dirigidas a integrar al fuerza activa sin atender tanto al la pertenencia a un colectivo desfavorecido sino más bien a la causa que origina la expulsión, como se está impulsando ahora en la Unión Europea, bien atendiendo a los problemas particulares de cada colectivo desfavorecido. Por el momento, parece que la tradición en nuestro país y en los de nuestro entorno es la configuración de medidas de empleo dirigidas a colectivos desfavorecidos en los que se trate sus problemas de empleabilidad por su pertenencia a un determinado colectivo. No se sabe, además, si esta orientación de la Unión Europea dará buenos resultados.

Si se opta por una política dirigida a colectivos desfavorecidos, en nuestra opinión, deben aislarse los problemas que sufren en particular el mismo. La doctrina ha criticado el tratamiento conjunto de la maternidad y la responsabilidad familiar [14] pues más que facilitar la incorporación efectiva de la mujer en el mercado de trabajo ha causado un efecto estigmatizante como consecuencia de que, primero, el régimen más beneficioso ha hecho que en el hogar familiar sea la mujer, precisamente por el régimen más tuitivo, quien acceda a la conciliación y asuma el cuidado familiar, al principio de forma temporal como mejor opción entre las posibles, después de forma definitiva como opción querida o como única posible; segundo, porque este régimen ha provocado su inserción ficticia con contratos bonificados que se extingue cuando finaliza la bonificación o contratación a tiempo parcial con peores condiciones que a tiempo completo. Por tanto, si la doctrina ha defendido que las políticas conciliatorias deben aislar la maternidad y el cuidado familiar, lo mismo debe suceder con las políticas selectivas de empleo. Así, aquellas situaciones en las que claramente existe una infra-representación debido a obstáculos sociales que impiden el acceso o la promoción de una persona o colectivo deben ser tratados de manera dife-

[14] Defienden esta separación, PÉREZ DEL RÍO, T.: «La ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: Temas de debate», *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, pp. 41. Más recientemente, NÚÑEZ-CORTÉS, CONTRERAS, P. y GARRIGES GIMÉNEZ, A.: «(Des) Igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: Realidad actual y soluciones parciales planteadas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres», *Tribuna Social*, núm. 192, 2006, pp. 26. Diferencia entre maternidad y responsabilidad familiar, pero defiende medidas específicas para proteger a la mujer trabajadora y responsable de familia, GORRELLI HERNÁNDEZ, J.: «Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 97,1999, pp. 753. Critican la neutralidad de las directrices de empleo aunque admite la temporalidad y los inconvenientes de las medidas españolas no neutrales. MORALES ORTEGA, J. M.: *La comunitarización del empleo: Su recepción por parte del Reino de España*, Temas Laborales, Sevilla, 2001, pp. 220; MONILA HERMOSILLA, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo: El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Temas Laborales, Sevilla, 2005, pp. 360-361.

rente a la responsabilidad familiar que afecta tanto a hombres como a mujeres. Además, lo contrario, perjudica a los hogares homosexuales compuestos por hombres en comparación a los compuestos por mujeres, en los primeros no hay protección y en los segundo la protección se intensifica. También perjudica a los hogares monoparentales en los que el responsable familiar es hombre.

A estos efectos, resulta interesante la STJCE de 19 de marzo de 2002 (C-476/99) Asunto *Lommers,* un pronunciamiento sobre igualdad fuera de los que normalmente se conocen, en el que se plantea si funcionarios hombres que asuman el cuidado de sus hijos tienen derecho o no al acceso a la guardería que se reserva para las funcionarias como medida de acción positiva. El TJCE determina que el principio de igualdad en el empleo permite discriminar positivamente a la mujer para eliminar la infrarepresentación pero no crear una discriminación al acceso a servicios que tienen como fin mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral y que a la larga pueden perpetuar la discriminación de la mujer en el mercado laboral. Así, la línea argumental que mantiene la Sala es la separación entre maternidad y cuidado familiar , aunque la resolución final reduce las posibilidades de disfrutar de estos servicios a los funcionarios hombres al considerar únicamente discriminatorias aquellas medidas que denieguen el acceso a los funcionarios hombres responsables del cuidado familiar en un hogar monoparental. El pronunciamiento supone un avance al extender medidas de acción positiva previstas para la mujer al responsable del hogar monoparental.

En definitiva, una legislación como la LO 3/2007 que impulsa medidas de conciliación sin diferencia de género que se configuran como derechos propios y sin posibilidad de transferencia sitúa el debate de la igualdad entre quienes asumen tareas y quienes no, la evolución legislativa lo demuestra y lo justifica; pues, no resultaría del todo proporcionado proteger sólo a la mujer si el argumento que se emplea para justificarlo es la responsabilidad familiar cuando con independencia del sexo se asume cuidados familiares. Además, la mujer se retira menos ahora que antes y participa más en la vida laboral y el hombre cada vez más participa del cuidado familiar . Los problemas que sufren las mujeres después de la atención a la vida familiar son los mismos que el que puede sufrir un hombre: Falta de conocimiento u obsolescencia de los mismos si los tienen. La protección de las personas responsables del cuidado familiar se aborda no como un problema de sexo sino de dificultad para trabajar de quienes además asumen en exclusiva o mayoritariamente este rol[15]. Desde el punto de vista legislativo, nuestro or-

[15] Sobre la discriminación que se produce en nuestro sistema de protección social entre familias con y sin responsabilidades familiares, MEIL LANDWERLIN, G.: «La otra cara del desafío demográfico a la protección social: Los desafíos derivados del cambio familiar», ob. cit., pp. 36.

denamiento no establece una lista cerrada de causas relativas a la igualdad «*(…) o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» (art. 14 CE), por tanto, entre ellas puede incluirse el cuidado de familiares. Sólo sería necesario incluir la acción positiva para este colectivo; ya que, hasta la fecha, tanto la ley de empleo como la reciente ley de igualdad, la reservan en materia de empleo y responsabilidad familiar a la mujer (art. 2 Ley 56/2003 de empleo y artículo 4 y 42 LO 3/2007, de igualdad).

3.2. Delimitación del colectivo de trabajadores con responsabilidades familiares

El conjunto de beneficiarios de las políticas de empleo no permanece inalterable. En los últimos años, han aparecido nuevos colectivos tales como las minorías étnicas o los excluidos sociales que se han unido a los clásicos de jóvenes, mayores, mujeres y discapacitados. La configuración final de los mismos resulta menor a los de la Unión Europea [16] y, a veces, las medidas resultan poco adecuadas a los objetivos, incluso, algún colectivo, como el de víctima de violencia de género, ni siquiera justifican su presencia por problemas de empleo (art. 2 Ley 56/2003, Programa de empleo y Planes de empleo). Ello implica la posibilidad de ampliar siempre que se encuentren motivos suficientes para el cambio y se aprecie la necesidad de ajustar las causas que justifican las medidas de empleo a los objetivos que se persiguen.

En este sentido, si relacionamos las políticas de empleo para responsables del cuidado familiar con las políticas de conciliación podemos extraer algunos límites a la configuración de políticas para este colectivo. Primero, las intervenciones de Francia y Reino Unido en empleo o las medidas de conciliación en España no regulan supuestos no familiares, relaciones afectivas o de amistad. En nuestro ordenamiento se aprecia una clara prevalencia del vínculo familiar ya sea consanguinidad o afinidad limitada al segundo grado de parentesco [17] frente a relaciones afectivas en las que incluso se prima a la familia por afinidad si el grado de parentesco es más cercano frente a la consanguínea, es decir , las relaciones entre suegro/a y nuero/a frente a sobrino/a y tío/tía. Segundo, ni *la Allocation de Parent Isolé* ni el *New Deal for Lone Parents* regulan medidas de empleo cuando se trata del cuidado de ascendientes o hermanos dependientes, sino la inserción en el mercado cuando el cuidado familiar es de hijos con una fronte-

---

[16] Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (director): *Lecciones de Derecho del empleo*, Tecnos, 2003, pp. 358.

[17] Rojo Torrecilla, E.: «Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos», ob. cit., pp. 447. El Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo tenía una redacción más amplia que incluía el tercer grado de parentesco.

ra que puede situarse en los tres años de edad [18]. Ahora bien, si el cuidado de personas con algún grado de dependencia y la protección laboral del trabajador en el empleo pueden justificar limitaciones en cuanto al disfrute de derechos de conciliación que pueden atender al coste empresarial, quizás no se encuentre tan justificadas estas limitaciones cuando se trata es de mantener el empleo o incorporar fuerza activa al mercado laboral. Por lo que, en materia de empleo, se requiere una extensión de estas medidas a quienes asuman estas responsabilidades y bien disfruten de estos permisos o bien quieran incorporarse al mercado laboral tras el cuidado familiar .

3.3. Posible contenido de las intervenciones dirigidas a este colectivo[19]: Políticas pasivas de empleo *(Allocation de Parent Isolé)* o políticas activas de empleo *(New Deal for Lone Parents)*

La atención de responsabilidades familiares no se presenta de manera lineal en la vida del trabajador por lo que determinadas circunstancias con carácter más o menos coyuntural pueden hacer necesaria una mayor flexibilidad en los instrumentos del Derecho del Trabajo como puede ser la jornada, permisos [20]. Pero lo que constituye una auténtica política de empleo no son tanto medidas conciliatorias que pueden clasificarse como medidas para el mantenimiento del empleo sino otras medidas cuyo fin es la inserción o reinserción laboral de estos trabajadores.

De entre ellas, existe una clara preferencia doctrinalmente defendida desde 1990 e impulsada por la Unión por las medidas activas de empleo [21] que, sin duda, pueden combinarse con políticas pasivas de empleo. El *New*

---

[18] El Programa *New Deal for Lone Parents* establece su disfrute cuando el menor tiene menos de dieciséis años aunque realmente el programa completo al que se asocian ayudas es para menores de tres años, la duración de la *Allocation de Parent Isolé* es hasta que el niño cumpla 3 años con posibilidad de su disfrute por un solo año cuando el niño tiene tres años. Tres años es límite de las ayudas a la formación que no tienen que declarase en la Unión Europea y dos las de empleo, aunque nuestro legislador las establece a partir de 5 años desde la salida del mercado de trabajo. El Decreto 13/2002, de 20 de abril, de apoyo a las familias andaluzas (BOJA 4 de mayo de 2002) facilitaba la reincorporación a la actividad laboral de las personas que interrumpieron su actividad para atender a menores de 3 años.

[19] Cavas Martínez, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (…)», ob. cit., propone algunas medidas asociadas a la conciliación de la vida laboral y familiar como protección frente a despidos, permisos, horarios flexibles, reducciones de jornada en las que no se tiene en cuenta el sexo.

[20] Aunque sólo referido al colectivo de mujeres, Hernández Bejarano, M.: «Balance de la relación formación/empleo en el colectivo de las mujeres», *Aranzadi Social*, núm. 19, 2005, (BIB. 2684/2005) concluye que el problema de la integración de mujer no es la formación sino la imposibilidad de adecuar los horarios de trabajo al cuidado familiar junto al rol social, masculinización de determinadas tareas, insuficiencia de las medidas de conciliación.

[21] Acerca del efecto beneficioso de las políticas activas de empleo, Mcquaid, R. W., Greig, M. and Adams, J.: «Are new deal employment initiatives on tar get: Evidence from job search sucess in local labour markets», *Internacional Journal of Manpower*, vol. 25,

Deal for Lone Parents se acerca más a las políticas activas de empleo que *Allocation de Parent Isolé* debido a que el primero es un programa de ayuda basado en medidas de formación u orientación al empleo mientras que el segundo es una protección social que puede combinarse con incentivos a la contratación (*Prime de retour a l'emploie* y *Prime forfaitre*)[22].

Las medidas activas de empleo que nos resultan más interesantes para el responsable del cuidado familiar son la orientación al empleo, la formación o los incentivos a la contratación. Así, los servicios de empleo deberían incluir programas y tutores personales que orienten en la formación, en el empleo, sobre posibles ayudas y servicios a este colectivo como se recoge para el *New Deal for Lone Parents*[23]. En el caso de que las medidas sean pasivas incluso podría insertarse esta orientación tal y como aparece prevista nuestro ordenamiento para la protección por desempleo. A este respecto, la formación puede resultar una medida efectiva en tanto que uno de los problemas más graves de este colectivo es la obsolescencia de conocimientos causada por su desconexión con el mercado laboral. Dicha medida puede ser impulsada tanto en el caso de reincorporación al empleo como en los supuestos donde se desea la in/re-corporación al mercado laboral. Por último, las bonificaciones a la contratación, sobre todo, a la contratación inicial, a la transformación de contratos temporales en indefinidos o a la reincorporación al empleo anterior han sido utilizadas para las mujeres y pueden dar un buen resultado como demuestra la experiencia existente en nuestro país respecto a otros colectivos. Tanto la formación como los incentivos han sido empleadas en la LO 3/2007 aunque este tímido impulso requiere de un tratamiento más general de la formación, la inserción de la preferencia formativa también en el ámbito privado, y de incentivos que contemplen al responsable del cuidado familiar sin distinción de sexo.

Finalmente, el trabajo a tiempo parcial ha sido impulsado por Estados Unidos y la Unión Europea para responsables del cuidado familiar porque facilita la conciliación mediante la reducción de la jornada. En nuestro ordenamiento, sin embargo, este tipo de trabajo no ha dado buenos resultados; ya que, suele relacionarse con un empleo poco profesionalizado, inestable e incluso mal pagado [24] que a la larga produce desem-

---

núm. 5, 2004; LISSENBURGH, S.: «New Deal option effects on employemnt entry and unemployment exist: An evaluation using propensity store matching», *International Journal of Manpower*, vol. 25, núm. 5, 2004; ALUJAS RUIZ, J. A.: «Las políticas activas de mercado de trabajo en España en el contexto de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 61, 2006.

[22] Sobre las diferencias MILLAR, J. and ROWLINGSON, K.: *Lone parents, employment and social policy*: *Cross-national comparisons*, ob. cit.

[23] Acerca de los efectos beneficiosos del tutor personal en el *New Deal for Lone Parents*, EVANS, M.: *Welfare to work and the organisation of opportunity: Lesson from abroad*, 2001.

[24] ORTIZ LALLANA, M. C.: «Unión Europea y políticas activas de empleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 17, 1999, pp. 44. MORALES ORTEGA, J. M.: *La comunitarización del empleo: Su recepción por parte del Reino de España*, ob. cit., pp. 218.

pleo. Las posibilidades de formación de los trabajadores a tiempo parcial suelen ser más reducidas por lo que no consideramos que sea una buena medida con carácter general.

4. CONCLUSIÓN

Si la responsabilidad familiar afecta a la biografía laboral de quien asume el cuidado familiar , ya sean hombres o mujeres; las políticas de corresponsabilidad impulsan cada vez más un reparto de las tareas y diversos cambios sociológicos replantean el modelo de familia —presencia cada vez más frecuente de la mujer en el mercado, el abandono de su dedicación en exclusiva a las tareas familiares, los nuevos modelos de familia, el aumento de los hogares monoparentales—; en materia de conciliación se requieren medidas neutras y en materia de empleo resultan necesarias medidas que articulen la posibilidad de permanecer o regresar al mercado laboral, ya sea en el mismo u en otro empleo, tras el cuidado temporal de familiares. Los permisos, las licencias y las excedencias sólo serán disfrutados de forma efectiva, sin generar discriminación y expulsión del mercado de trabajo, cuando se consigan estas medidas.

En este sentido, nuestra propuesta es una la política de empleo dirigida al responsable del cuidado familiar , sin diferenciar entre hombres y mujeres, que aisle los problemas de empleabilidad de la mujer de la maternidad y el cuidado familiar , como se ha impulsado en el Derecho internacional, comunitario y en algunos países de nuestro entorno, en la línea de la LO 3/2007.

Los beneficiarios de esta política han de ser quienes disfruten de los derechos de conciliación por cuidado de hijos y/o familiares y las políticas activas de empleo han de modularse en función de la composición del hogar familiar y las propias necesidades (edad de los dependientes, número de dependientes, grado de dependencia), la duración del permiso y/o la excedencia que disfruten y el objetivo que quiera conseguir (mantenimiento del empleo, reinserción). También han de incluirse medidas específicas para las familias monoparentales. Principalmente, las medidas deberían ser de formación, orientación al empleo o también incentivos a la contratación o retorno e incluso prestaciones sociales asociadas a programas de formación o empleo.

Comunicación a la Ponencia Temática II

INCIDENCIA DEL EMPLEO DE INMIGRANTES EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL

MARÍA DOLORES VALDUEZA BLANCO
Profesora Ayudante de Universidad
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. NECESIDADES DEL MERCADO DE TRABAJO Y SISTEMAS DE ACCESO DE LOS INMIGRANTES.—III. RELACIONES ENTRE EL EMPLEO FORANEO Y EL AUTOCTONO.–1. Irregularidad - Conflicto: Trabajo no Decente. 2. Regularidad - Complementariedad: Situación Nacional de Empleo. 3. Integración- Igualdad: Cohesión Social. 3.1. El acceso directo a puestos de trabajo muy cualificados. 3.2. Promoción como consecuencia de una movilidad laboral ascendente.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de los movimientos migratorio exige el estudio no sólo de la sociedad de destino, también de la de origen [1]. Las causas de atracción contestan el porqué se producen los desplazamientos a un lugar determinado [2] pero, dejan sin respuesta a qué se debe el abandono del país de procedencia [3]. Consiguientemente, es imprescindible una valoración global y exhaustiva para una gestión óptima del fenómeno [4]. No obstante, este estudio [5] sólo contemplará la perspectiva de la sociedad receptora, en concreto la española [6], interesándose por dos aspectos: por un lado, si los

---

[1] Ya no resulta tan sencillo dividir a los países en «países de origen» y países de destino», puesto que en mayor o menor medida, muchos países son ambas cosas. NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Sexagésimo periodo de sesiones. *Migración Internacional y desarrollo*. *Informe del Secretario General*. A/60/871. Fecha, 18 de mayo de 2006, págs. 5 y 7.

[2] Los movimientos migratorios de terceros países al territorio europeo no son movimientos dirigidos específicamente a un determinado Estado miembro, sino que son personas que vienen genéricamente a Europa o que van buscando empleo donde tienen la percepción o intuición de que pueden encontrarlo. CRUZ VILLALÓN, J.: <La política de inmigración: una competencia compartida>. En AA. VV. *Inmigración y trabajo de extranjeros*. Gobierno del Principado de Asturias. Consejería de Industria y Empleo; Oviedo, 2005, pág. 51.

[3] *Los factores de empuje o push factors se sitúan en causas de tipo demográfico y económico (...)*. MERCADER UGUINA, J. R.: <El régimen jurídico del permiso e trabajo funciones y disfunciones>. En AA. VV. *Ciudadanía e inmigración*. Monografías de la revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza: 2003, págs. 76.

[4] Si la globalización significa acotación de áreas, parcelas o zonas de inclusión frente a otras de exclusión, las migraciones continuarán aumentando. Reforzar los controles en las áreas fronterizas no tendrán efecto alguno de largo alcance, tan sólo la puesta en marcha de cambios profundos en las estrategias políticas y económicas a escala mundial podrá lograr un reequilibrio entre áreas de emigración y lugares de inmigración. RAMOS QUINTANA, M.: <Inmigración y Globalización económica ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?>. *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. núm. 63. 2006, págs. 16.

[5] Cuyo ámbito subjetivo son los inmigrantes y no los ciudadanos de la UE que, a tenor del artículo 17 del Tratado de la Comunidad Económica, poseen el derecho a entrar, a residir y trabajar en cualquier Estado miembro.

[6] Como causas del fenómeno migratorio pueden señalarse: a) La aproximación al pleno empleo masculino en España (que se sitúa en 6,1 % frente al 6,5% de la EU-27).Tam-

sistemas de acceso establecidos por el legislador (LOEx y RELOEx) [7] satisfacen las necesidades del mercado de trabajo actual [8]; y, por otro, si las relaciones que se establecen entre los extranjeros y los nacionales, cuando del empleo se trata, son de conflicto, complementariedad o igualdad.

II. NECESIDADES DEL MERCADO DE TRABAJO Y SISTEMAS DE ACCESO DE LOS INMIGRANTES

Señala la Exposición de Motivos del RELOEx que *en la arquitectura del sistema migratorio actual, la admisión de nuevos inmigrantes en nuestro país está fundamentalmente basada en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo* y, salvo en los supuestos previstos por circunstancias excepcionales, los inmigrantes que quieran desarrollar una actividad laboral deberán venir en origen con un visado que les habilite para trabajar o buscar un empleo. Consiguientemente, el legislador diferencia dos modalidades de acceso al mercado laboral; una, el *control de flujos*, en la que el inmigrante se encuentra en su país de origen y la concesión de la habilitación para trabajar se condiciona a la SNE; y , otra, la *incorporación al empleo*, que no tiene en cuenta la SNE y que se dirige a quienes se hallan en España y merecen una especial consideración.

El control de flujos se instrumentaliza a través de dos procedimientos: el Régimen General [9] y el Contingente. En cuanto al primero, la autoriza-

---

bién, la progresiva incorporación de las mujeres a la actividad laboral que, paralelamente, propicia la fuerte creación de empleo y aumenta la demanda en el servicio doméstico, que es atendida por trabajadoras foráneas; b) El modelo productivo, que en los últimos años se basa en sectores intensivos de mano de obra poco cualificada (construcción, comercio, hostelería, servicio doméstico, etc., c) El aumento de la economía sumergida, que se explica porque actividades como la construcción o la hostelería han tenido un peso significativo en el crecimiento económico de los últimos años y en ellas tradicionalmente se usa empleo irregular, como también sucede en el servicio doméstico y en la agricultura; d) La flexibilización y reducción de los costes, pues dadas las especiales características de los trabajadores inmigrantes les predisponen a aceptar salarios mas bajos y peores condiciones de empleo. CC. OO. *Inmigración y mercado de trabajo*. Propuestas para la ordenación de flujos migratorios. Cuadernos de Información Sindical. núm. 73, 2007. págs 15-19.

[7] Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración social (modificada por LO 8/2000 y LO 14/2003) a la que se denominará LOEx y el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración social; al que se referirá como RELOEx.

[8] Los Estados deben elaborar políticas que miren hacia el futuro y tengan en cuenta de forma realista la demanda estructural a largo plazo de trabajadores, tanto de baja cualificación como especializados. NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Sexagésimo periodo de sesiones. *Migración Internacional y desarrollo*. *Informe del Secretario General*. A/60/871. Fecha, 18 de mayo de 2006, pág. 19.

[9] El Contingente se recoge expresamente en el art 39 LOEx, sin embargo, ni la LOEx ni el RELOEx hacen referencia alguna al Régimen General como tal, siendo un término acuñado por la doctrina y por la jurisprudencia (vid. v.gr. la STS de 6 de abril de 2003).

ción para residir y trabajar se solicita para un trabajador determinado (oferta nominativa) y la determinación de la SNE se lleva a cabo a través de dos mecanismos: los Catálogos de Ocupaciones de Difícil Cobertura (CODC) y las Certificaciones Negativas del Servicio Público de Empleo (CN)[10]. Respecto del segundo, la Administración no sólo establece (anualmente y con carácter nacional) los nichos laborales que pueden ser cubiertos por los extranjeros sino que, también, lleva a cabo el reclutamiento (ofertas genéricas)[11] y la selección en sus países de origen. Por tanto, se trata de instrumentos complementarios; el contingente es una estimación global, anual y nacional; los CODC, aunque también son globales, son más sensibles a determinados cambios puntuales del mercado al ser trimestrales y provinciales; y, finalmente si las dos previsiones anteriores siguen sin solucionar los problemas coyunturales de un empleador resulta operativo el CN, al poner de manifiesto la imposibilidad de encontrar autóctonos que cubran la oferta. El otro sistema, *la incorporación al empleo*, no contempla el acceso de los extranjeros como un instrumento de satisfacción de sus nichos laborales —por ello no tiene en cuenta la SNE— sino que se hace sensible a determinadas circunstancias excepcionales. Así, los tránsitos desde situaciones de regularidad administrativa (estancia o residencia) a la regularidad laboral (arts. 95 y siguientes del RELOEx), las regularizaciones —extraordinarias o por arraigo— (art. 45.2 RELOEx); y, finalmente, recoge la posibilidad de conceder autorizaciones cuando concurren circunstancias de índole humanitaria, se trate de víctimas de determinados delitos o que colaboren con las autoridades (art. 45.3, 4 y 5 del RELOEx)[12].

Por tanto, cuando se establezcan las necesidades del mercado de trabajo español en orden a graduar la capacidad de acogida[13] de determinados ciudadanos extranjeros convendrá tener en cuenta; por un lado, la di-

---

[10] Los CODC (trimestralmente y por provincias) recogen las ocupaciones no satisfechas por los autóctonos y, por tanto, los empleos que se incluyen en el mismo pueden ser cubiertos por extranjeros. No obstante, si una oferta de empleo no se encuentra en el CODC, también, podría se cubierta por un foráneo si el empleador acredita la dificultar de proveerse de mano de obra autóctona, mediante la gestión de la oferta de empleo presentada ante el Servicio Público de Empleo concluida con resultado negativo. Según establece el artículo 50 a) RELOEx.

[11] La reforma efectuada por la LO 14/2003, introdujo una novedad, como son los visados de búsqueda de empleo que, junto con la otra característica —ya existente en anteriores contingentes— como es la posibilidad de que se canalicen las ofertas nominativas, vendrían a desvirtuar la descripción que del contingente se viene haciendo: selección en los países de origen y oferta genérica.

[12] Aunque en algunos casos la autorización es sólo para residir, sin embargo, se facilita el tránsito a la autorización para trabajar.

[13] La población extranjera en España entre el año 2000 y 2006 haya pasado de 1,1 a 4,1 millones de foráneos; cifra que supone el 9,3 % de la población total. Por su parte, la población inmigrante (extranjeros más nacionalizados) supera en 2006 los 4,8 millones de personas (10,8 % del total de la población española). FUNDACIÓN BBVA. *Demografía de los extranjeros*. Departamento de Comunicación. Nota de prensa. Pág. 4. Asimismo, los extranjeros afiliados al Sistema de la Seguridad Social en Alta Laboral ascendía en el año 2006 a 1.823.973 (351.168 eran de la UE de los veinticinco).

versidad de vías de acceso al empleo y supuestos excepcionales [14], con objeto de que la planificación sea integral; y por otro, la temporalidad del presupuesto de la SNE, cuando se trata de autorizaciones de trabajo estable ya que concedida la renovación —las temporales no son susceptibles de ser renovadas y finalizado el tiempo establecido se produce el retorno —el extranjero adquiere el derecho a elegir profesión y oficio (art. 4 ET) y, por tanto, podría— otra cosa es que suceda —competir con la mano de obra española. Como señala Naciones Unidas los Estados deben elaborar políticas que miren hacia el futuro y tengan en cuenta de forma realista la demanda estructural a lar go plazo de trabajadores. [15]

III. RELACIONES ENTRE EL EMPLEO FORANEO Y EL AUTOCTONO

En conexión con la dificultad que supone que el establecimiento de los sistemas de acceso al empleo responda de forma eficiente a las necesidades fluctuantes del mercado de trabajo, se encuentran las relaciones que se establecen entre los inmigrantes y los autóctonos, pues de su regularidad o complementariedad, más o menos duradera, dependerá la necesidad de incorporar nuevos foráneos. Pero, estas relaciones son algo más que unos parámetros que conduzcan a la necesidad, o no, de nuevas entradas. Los inmigrantes son personas que han dejado sus comunidades de origen para acceder a un empleo pero, también, para progresar y desarrollar un proyecto vital, aunque sea a medio y lar go plazo. Consiguientemente, como se verá, en el tránsito de las relaciones de complementariedad a las de igualdad está en juego la verdadera capacidad de integración de la sociedad de destino.

1. Irregularidad - Conflicto: Trabajo no decente

A pesar de los sistemas de acceso al mercado de trabajo establecidos por el legislador, la inmigración irregular es una realidad. [16] Los sectores

---

[14] Recuérdese, que existen otros supuestos de acceso al empleo que tampoco exigen la verificación de la SNE. Así, por ejemplo no se tendrá en cuenta cuando de cobertura de puesto de confianza se trate (art. 40 LOEx) y no se precisará, ni siquiera, autorización para trabajar en el ejercicio de las actividades que se recogen en el artículo 41 LOEx. Sin olvidar otros regímenes jurídicos de extranjeros que tampoco lo tienen en cuenta; v . gr., el estatuto de asilado, los nuevos ciudadanos de la UE —búlgaros y rumanos— a los que en la moratoria del acceso al trabajo por cuenta ajena no se les tendrá en cuenta la SNE, etc.

[15] Teniendo en cuenta que, sobre todo en las economías avanzadas, estas necesidades estructurales derivadas del aumento del nivel educativo de la población autóctona, de la dinámica del envejecimiento de la población y de la expansión de la economía de servicios, no desaparecerán a medio plazo. N ACIONES UNIDAS. Asamblea General. Sexagésimo periodo de sesiones. *Migración Internacional y desarrollo*. *Informe del Secretario General*. A/60/871. Fecha, 18 de mayo de 2006, pág. 19.

[16] La existencia de una prohibición de trabajar no imposibilita facticamente, como es obvio, el desempeño de un trabajo, y así lo corrobora la propia previsión sancionadora.

donde está más generalizado el trabajo no declarado son la construcción, seguida de la agricultura, la hostelería y la restauración; a continuación vienen los servicios a las personas y la prestación de servicios domésticos y, por ello, son las que reúnen el porcentaje más alto de inmigrantes[17]. El trabajo no autorizado es sumamente perjudicial en la sociedad de acogida: por un lado, respecto de los trabajadores, pues da lugar al trabajo no decente[18], esto es, a un trabajo que no implica un salario justo, ni una seguridad en el lugar de trabajo, ni una protección social, ni unas perspectivas para el desarrollo personal, ni la integración social, etc.[19] y, por otro, supone que se prive al Estado de recursos y que las empresas que utilizan esta mano de obra no habilitada se encuentren en el mercado en una posición de competencia desleal. La relación que se establece entre el empleo irregular y el regular no es de sustitución —aunque no se haya verificado el filtro de la SNE que exige toda autorización inicial— pues, en definitiva, se trata de desempeñar los puestos de trabajo más precarios y que, por consiguiente, no son deseados por los autóctonos. Puede decirse que estos extranjeros irregulares se encuentran en una posición de conflicto en tanto que están al margen del sistema y constituyen —precisamente por la limitación de derechos sociolaborales— una mano de obra sumisa y fácilmente explotable. Por esta razón, la LOEx trata de evitar las situaciones de irregularidad con carácter preventivo mediante el control de flujos y cuando el mismo fracasa adopta dos posiciones: la represiva[20] (multa al empleador y expulsión al trabajador) o la integradora, a través de regularizaciones.

Las regularizaciones deben establecerse de tal forma que, verdaderamente, afloren el empleo sumergido. En este sentido, es preciso que la concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo se condicione a la correspondiente alta en el Sistema de Seguridad Social con objeto de

---

González Ortega, S.: <Derechos Socio-laborales de los extranjeros en España. En AA. VV. *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 578.

[17] Informe de la Comisión sobre el trabajo no declarado en la Unión titulado <Análisis del trabajo no delirado: estudio en profundidad de elementos concretos> (mayo/ 2004). www.europa.eu/scandplus/leg

[18] El concepto de Trabajo decente fue formulado por los mandantes de la OIT , gobiernos y organizaciones de empleadores y trabajadores, como una manera de identificar las prioridades de la Organización y reformar y modernizar su enfoque para el siglo XXI. Trabajo Decente refleja muchas prioridades de la agenda social, económica y política de países y del sistema internacional: a) Globalización justa; b) Reducción de la pobreza; c) Seguridad; d) Inclusión social; e) Dignidad; f) Diversidad. Las políticas deben ser diseñadas de acuerdo con las necesidades específicas de cada país. OIT *Promover un trabajo decente para todos*. *Datos sobre El trabajo decente*. Junio 2006 (www.ilo.org/communication).

[19] Téngase en cuenta, a modo de ejemplo, que el empresario puede ahorrarse, al menos el 30 % del coste laboral del trabajador . CC. OO. *Inmigración y mercado de trabajo*. Propuestas para la ordenación de flujos migratorios. Cuadernos de Información Sindical. núm. 73, 2007, pág. 19.

[20] *Vid*. Título III de la LOEx.

evitar los empleos ficticios y , por tanto, las normalizaciones aparentes. Volviéndose a las relaciones entre inmigrantes y autóctonos, téngase en cuenta que las regularizaciones colocan a dichos extranjeros en igualdad de condiciones, cuanto menos formales que los nacionales puesto que en las mismas no se tiene en cuenta la SNE, produciéndose, por tanto, el acceso directo de la irregularidad a la igualdad. Consecuentemente, las regularizaciones producen el efecto de integrar a los inmigrantes en un estatus de derechos laborales y de Seguridad Social, pero no son instrumentos que sirvan —de *jure* [21]— a la complementariedad, esto es, a cubrir las previsiones de puestos de trabajo no deseados por los autóctonos— aunque deben ser tenidas en cuenta en la planificación integral del acceso de extranjeros.

2. Regularidad - Complementariedad: Situación Nacional de Empleo

En el control de flujos el acceso sólo se permite a los foráneos si estos desempeñan los puestos de trabajo que no son ocupados por los nacionales[22]. Esta ecuación: nichos laborales —inmigración, plantea una cuestión interesante a abordar, a saber, si los extranjeros realizan una función de complementariedad o de sustitución de los trabajadores nativos.

El Observatorio Permanente de la Inmigración ha realizado un estudio sobre la movilidad de los trabajadores extranjeros, en aproximadamente una década (1995 a 2004), teniendo en cuenta las altas en el Sistema de la Seguridad Social[23]. Dicho estudio concluye que, en el pe-

---

[21] De hecho, también, se suelen cubrir los nichos laborales. Resultados del último proceso de regularización por actividad, (autorizaciones concedidas y alta en la Seguridad Social) a 31 diciembre de 2005: Agricultura (116.573); Construcción (77.899), Hostelería (71.804) y Servicio Doméstico (183.855). Véase UGT. *Valoración de UGT al cumplirse un año el inicio del proceso de normalización de trabajadores en situación irregular*. Madrid, 7-02-2006, pág. 4.

[22] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: <El Derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios>. AA.VV., *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico: Cantabria: 2003, pág. 65.

[23] Las altas laborales en la Seguridad Social se convierten en la base de datos con mayor potencial para estudiar el trabajo formal de los extranjeros. Las variaciones en la estructura por regímenes y grupos de cotización de la Seguridad Social en los periodos considerados, así como la observación de cuáles son los grupos y regímenes que más crecen entre españoles y extranjeros, constituyen un indicador de gran valor , puesto que los distintos regímenes de la Seguridad Social marcan características muy diferentes, tanto en la cotización como en las prestaciones, y guardan una fuerte relación con las condiciones laborales. Pumares Fernandez, P.: <Efectos de la inmigración regularizada sobre el cambio en la estructura por regímenes y grupos de cotización de la Seguridad Social>. *Revista Estudios Geográficos*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. núm. 261. Julio-diciembre 2006, págs. 613.

riodo con mayor aporte de trabajadores extranjeros (2000-2004) las categorías que más crecen en términos relativos son las de mayor cualificación. Por tanto, la inyección de trabajadores extranjeros en el mercado de trabajo formal no sólo no ha producido un empeoramiento de la estructura por regímenes y grupos de cotización sino que, por el contrario, ha favorecido el crecimiento de los grupos superiores a un ritmo acelerado, en particular si se compara con el periodo anterior . Por otro lado, al analizar estas variaciones por nacionalidad, se refleja cómo el mayor impacto de los extranjeros ha sido en la categorías inferiores, muy en particular entre los trabajadores manuales del Régimen General, tanto peones como oficiales y , secundariamente, en los regimenes especiales (agrario, trabajadores autónomos y empleados de hogar)[24].Consecuentemente, esta concentración de extranjeros en las ocupaciones manuales y el fuerte crecimiento de los españoles en las de *cuello blanco*,[25] parecen abundar en el predominio de la complementariedad[26] frente a la competencia.

Ahora bien, así como se observa una relación de complementariedad con respecto a los autóctonos, parece que puede existir una relación de competencia frente a los propios inmigrantes, en tanto que la migración pude reducir los salarios o provocar más desempleo entre los trabajadores poco cualificados de las economías avanzadas, muchos de los cuales son a su vez inmigrantes llegados en oleadas anteriores. La entrada de inmigrantes por encima de la capacidad de asimilación [27] del mercado de trabajo a quien primero afecta negativamente es a los trabajadores extranjeros ya instalados, que se disputan con los recién llegados la franja de puestos de trabajo menos cualificados, y que ven cómo se rebajan sus condiciones de trabajo

---

[24] Pumares Fernández, P., Garcia Coll, A., Asensio Hita, A.: *La movilidad laboral y geográfica de la población extranjera en España*. Observatorio Permanente de la Inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Madrid, 2006, pág. 197.

[25] Al desempeñar tareas que o bien quedarían desatendidas o resultarían más costosas, los migrantes permiten a los ciudadanos desempeñar trabajos de otro tipo, mas productivo y mejor pagados y mantienen además la viabilidad de actividades económicas que de no ser por ellos se externalizaría. N aciones Unidas. Asamblea General. Sexagésimo periodo de sesiones. *Migración Internacional y desarrollo. Informe del Secretario General*. A/60/871. Fecha, 18 de mayo de 2006, págs. 13 y 14.

[26] Las cifras sobre la incidencia de la inmigración en la economía española en el periodo 1996-2006 parecen positivas; así, gracias a la entrada de extranjeros, en la actualidad la renta per cápita es un 3% superior . La inmigración no sólo no ha creado paro, sino que lo ha reducido. Sebastián, M.; *Inmigración y Economía española 1996-2006*. Oficina Económica del Presidente del Gobierno, pág. 7.

[27] La llegada de trabajadores de una manera desordenada sólo contribuye a rebajar más sus condiciones de empleo, a dificultar los procesos de integración y a generar bolsas de exclusión como consecuencia de la ausencia o menor protección social de estas personas, además de escorar el sistema productivo hacia actividades de baja productividad. CC. OO. *Inmigración y mercado de trabajo*. Propuestas para la ordenación de flujos migratorios. Cuadernos de Información Sindical. núm. 73, 2007, pág. 25.

3. Integración - Igualdad: Cohesión Social

La LOEx lleva por título «sobre *derechos y libertades de los extranjeros y su integración social*». El término «integración social» lo introduce la LO 4/2000 que, en su Exposición de Motivos, se propone que la política migratoria se encamine a otor gar a los residentes —legales—, derechos y obligaciones comparables con los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y al desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia. En este sentido, interesa analizar si existe realmente esa ausencia de discriminación en la vida económica, en concreto en el empleo, esto es, si puede hablarse de una integración efectiva o es meramente formal. La respuesta no es la misma si se tiene en cuenta el acceso a los trabajos muy cualificados *ab initio* o si se trata de cierta promoción como consecuencia de una movilidad laboral ascendente.

3.1. El acceso directo a puestos de trabajo muy cualificados

La Resolución de 28 de febrero de 2007 [28] aprueba las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurran razones de interés económico, social o laboral o relativas a la realización de trabajo de investigación[29] y desarrollo docentes que requieran alta cualificación o de actuaciones artísticas de especial interés cultural. Se justifica dicha norma señalando que la contratación de trabajadores extranjeros por empresas establecidas en España, para la cobertura de puestos que exigen una alta cualificación en su sector, se ha convertido en un factor productivo clave y tiene una repercusión relevante en el incremento de la competitividad del país. Este tratamiento privilegiado de los extranjeros cuya presencia *tiene en ocasiones consideraciones determinantes de interés público o incremento de la competitividad* no es algo novedoso en la LOEx [30]; sí lo es, el hecho de que se reúna y articule en una misma disposición y que se esta-

---

[28] De la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de febrero de 2007. BOE 16-marzo-2007.

[29] La Unión europea tiene un especial interés en los inmigrantes cualificados que son demandados por los Estados miembros. Por lo que se refiere al procedimiento de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica la Directiva 2005/71/CE que, pretende que se refuerce su capacidad de investigación y se mejore su capacidad de *polo de investigación a escala mundial*, define las condiciones de admisión en los Estados miembros de investigadores por un periodo superior a tres meses, con el objetivo de llevar a cabo proyectos de investigación en el marco de convenios de acogida con or ganismos de investigación. Recuerda la Directiva que al aprobar el Espacio Europeo de Investigación, el Consejo Europeo de Lisboa en marzo de 2000 fijó como objetivo para la Comunidad *pasar a ser de aquí al 2010 la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo*.

[30] Recuérdese que el artículo 40 LOEX recoge aquellos supuestos en los que no se tendrá en cuenta la SNE. Por otra parte, el artículo 41 LOEx indica los casos en los que exi-

blezca un procedimiento más ágil [31]. Por lo que aquí interesa, se trata de un acceso directo a puestos de trabajo de tal cualificación que no compiten con la mano de obra autóctona pues sucede, aunque por arriba, lo mismo que con los nichos laborales, no se cubren con la mano de obra autóctona. También en esta línea [32] se puede incluir el tránsito —factible a partir del RELOEx— de una situación de estancia por estudios a otra de residencia laboral, en el sentido de que la situación previa —aunque ya en el lugar de destino— no deja de ser la de estudiante y la cualificación, al menos en su mayor parte, se ha llevado a cabo en sus países de origen. En estos casos, las relaciones de los extranjeros con los autóctonos son de igualdad real y gozan de sus mismas condiciones laborales. Podría afirmarse que disfrutan, en el ámbito laboral, de una integración efectiva. Cuestión distinta —aunque aquí no se analizada este aspecto [33]— es la repercusión que pueda tener esta captación, en sus países de origen [34].

3.2. Promoción como consecuencia de una movilidad laboral ascendente

Quizá el aspecto más interesante resida en el análisis del tránsito de la integración meramente formal a la efectiva o, dicho en otros términos,

---

me de la obligación de proveerse de autorización de residencia y trabajo. Asimismo, la Disposición Adicional 12.ª de RELOEx concreta el concepto de puesto de confianza y la Disposición Adiciona 1.ª (apdo. 4) confiere facultades al Consejo de Ministros para dictar instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones.

[31] El artículo 1 señala como ámbito subjetivo de aplicación a los siguientes trabajadores extranjeros: directivos altamente cualificados; técnicos y científicos altamente cualificados; artistas de reconocido prestigio internacional y cualquier otro supuesto asimilado a los anteriores.

[32] La movilidad de mano de obra cualificada es objeto de tratamientos y estatutos jurídicos de mayor protección, acompañados, incluso, de mecanismos de atracción en ciertos países fruto de la demanda del mercado de trabajo y la composición de la mano de obra nacional. RAMOS QUINTANA, M.: <Inmigración y Globalización económica ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?>. *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. núm. 63. 2006, pág. 15.

[33] Las economías nacionales de pequeño tamaño son las más vulnerables al éxodo de intelectuales, especialmente en sectores fundamentales como la salud y la educación; por ejemplo entre el 50 y el 80% de todos los ciudadanos con estudios superiores de varios países pequeños de África y el Caribe viven en el extranjero. Estos países necesitan asistencia tanto para formar a trabajadores especializados como para retenerlos, puesto que las cargas de trabajo abrumadoras, la falta de suministros adecuados, el aislamiento y las limitaciones en las posibilidades de desarrollo profesional y los salarios inadecuados contribuyen al bajo índice de retención del personal cualificado. NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Sexagésimo periodo de sesiones. *Migración Internacional y desarrollo*. *Informe del Secretario General*. A/60/871. Fecha, 18 de mayo de 2006, pág. 15 y 16.

[34] A pesar de las indicaciones de Naciones Unidas que señala que « *es necesario que los países de renta alta se abstengan de buscar activamente la contratación de personal cualificado en países de renta baja que experimentan ya una escasez de conocimientos especializados y que, en cambio, opten por una actitud más positiva como la de apoyar activamente la formación de un capital humano en esos países*». NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Sexagésimo periodo de sesiones. *Migración Internacional y desarrollo*. Informe del Secretario General. A/60/871. Fecha, 18 de mayo de 2006, pág. 67.

la viabilidad de la ascensión hacia puestos de trabajo más cualificados. Para dar respuesta a esta cuestión debe traerse de nuevo a colación el estudio realizado por el Observatorio Permanente de la Inmigración sobre la movilidad de los trabajadores extranjeros (1995 a 2004).Dicho estudio utiliza como indicador de la movilidad laboral, el cambio de un régimen de Seguridad Social a otro. Considera que el cambio da lugar a movilidad ascendente cuando el desplazamiento se produce desde los R.E.Agrario, de Empleados de Hogar y del Mar hacia el Régimen General (con condiciones objetivamente mejores) o el R.E. de Trabajadores Autónomos (que aun siendo bastante diverso, tiene como valor añadido la independencia y el tener un negocio propio) y descendente cuando se dé en el sentido contrario[35].

Pues bien, analizados los diferentes regímenes resulta que los nichos laborales: construcción, hostelería, agricultura y empleados de hogar siguen concentrando a la gran mayoría de trabajadores extranjeros. Sin embargo, dentro de ellos, la construcción es la que gana protagonismo a expensas de los dos últimos. El análisis de los cambios de régimen de cotización de los trabajadores extranjeros indica, efectivamente, que hay un desplazamiento, claro y generalizado en todos los grupos, hacia el R.E. de Trabajadores Autónomos y, sobre todo, hacia el Régimen General desde los demás Regímenes Especiales, lo que debe interpretarse como una movilidad ascendente. Igualmente, el fuerte incremento del peso del grupo de cotización de oficiales de primera y segunda, apuntan a que esta movilidad no se limita únicamente a un cambio de régimen, sino que una vez dentro del Régimen General también se produciría la progresión. Consiguientemente, podría decirse que sí existe una movilidad ascendente pero con limitaciones, lo cual genera una serie de riegos:

a) Falta de cohesión social: Los tímidos ascensos pueden suponer que la movilidad no llegue a los niveles de los autóctonos, bien, por la presión social, por abundancia de mano de obra nacional[36], por falta de cualificación de los extranjeros (o por presu-

---

[35] El desplazamiento entre regímenes del mismo grupo (por ejemplo del R. E. de Empleados de Hogar al R. E. Agrario) es menos claro y no se pude considerar de manera general como descendente o ascendente P umares Fernandez, P., García Coll, A., Asensio Hita, A.: *La movilidad laboral y geográfica de la población extranjera en España*. Observatorio Permanente de la Inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Madrid, 2006, pág. 88.

[36] Es difícil el acceso de los extranjeros a los trabajos de oficina porque es hacia donde se desplazan mayoritariamente los propios autóctonos y aunque es cierto, que los directivos, técnicos etc. de grandes empresas se seleccionan en función de su cualificación, sin importar en exceso la procedencia, en la práctica, los extranjeros empleados en este nivel suelen proceder de los países desarrollados. P umares Fernández, P., García Coll, A., Asensio Hita, A.: *La movilidad laboral y geográfica de la población extranjera en España*. Observatorio Permanente de la Inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Madrid, 2006, págs. 199-200.

ponérsela)[37] o, directamente, por discriminación. Lo cierto es que el acceso a los trabajos de «cuello blanco» sigue estando muy limitado para los extranjeros de países menos desarrollados dibujando una frontera que delimita segmentos diferenciados de trabajo. Este estacionamiento generará problemas de frustración para el trabajador , derroche de recursos de capital humano y presión sobre el mercado de trabajo y las condiciones de éste, puesto que los inmigrantes no quieren permanecer —más allá del tiempo obligado— ocupados en las actividades poco cualificadas y aspiran, legítimamente, a puestos de trabajo mejor remunerados[38]. Por tanto, es precisamente, en este ascenso —no en los niveles de trabajos precarios o altamente cualificados— donde se encuentra la verdadera [39] competencia con los propios nacionales[40].

b) Satisfacción temporal de los nichos laborales y desempleo: La movilidad de los trabajadores extranjeros dejará huecos por debajo en el mercado laboral que requerirán de nuevos inmigrantes que cubran los puestos de trabajo no deseados por los autóctonos. Pero, la inviabilidad del ascenso y la adquisición de derechos prestaciones supone que convivan situaciones de desempleo con la existencia de nichos laborales, Este aspecto es particularmente relevante puesto que la tasa de paro de la población activa extranjera fue del 12,3 % en el primer trimestre de 2006, por encima de la de desempleo de los españoles [41]. Precisamente, con el fin de reducir a la mitad en todos los Estado miembros las

---

[37] Téngase en cuenta que el nivel educativo promedio de los inmigrantes es superior al de los nativos. No obstante, entre las generaciones más jóvenes los nativos tiene un nivel educativo superior a los inmigrantes. SEBASTIÁN, M.; *Inmigración y Economía española 1996-2006*. Oficina Económica del Presidente del Gobierno, pág. 9.

[38] CC. OO.: *Inmigración y mercado de trabajo*. Propuestas para la ordenación de flujos migratorios. Cuadernos de Información Sindical. núm. 73, 2007, pág. 23.

[39] Cuando la situación económica de la comunidad receptora es adversa, o simplemente no expansiva, se crearán problemas de convivencia en el seno de la comunidad, pues los trabajadores nativos percibirán a los foráneos como un peligro o amenaza sobre sus empleos y logros sociales. BLANCO, C.: *Las Migraciones Contemporáneas*. Alianza Editorial: Madrid, 2000, págs. 22 y 81.

[40] Los contratos de duración determinada, los contratos a tiempo parcial, los contrataos puntuales, los contratos <cero horas>, los contratos para trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, los contratos para trabajadores por cuenta propia etc., son en la actualidad elementos característicos de los mercados de trabajo europeos. La parte de empleo total representada por los trabajadores con contratos distintos del modelo contractual clásico y los que trabajan por cuenta propia ha pasado de más del 26 % de los trabajadores en 2001 a cerca del 40% de los trabajadores de la EU-25 en 2005. Libro Verde: *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los restos del siglo XXI*. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas 22.11.2006. Com (2006) 708 final, pág. 8.

[41] CC. OO.: *Inmigración y mercado de trabajo*. Propuestas para la ordenación de flujos migratorios. Cuadernos de Información Sindical. núm. 73, 2007, pág. 25.

> diferencias en las cifras de desempleo entre nacionales de terceros países y nacionales comunitarios de aquí a 2010, la UE señala que es necesario: a) valorar la experiencia y la cualificación obtenidas fuera de la Unión; b) eliminar la discriminación en el lugar de trabajo y los comportamientos racistas; c) sensibilizar a los empresarios ante esta diversidad de competencia etc. [42]

En este sentido, téngase en cuenta, en concreto Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación de la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que establece el marco general de la igualdad y la Directiva 2000/78/, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. También, recoge expresamente el artículo 17 del ET la discriminación en las relaciones laborales por circunstancias como el origen, raza, etc. Y, en similares términos se expresa el artículo 23 LOEx que cuando se refiere a la prohibición de discriminación (se tipifica como infracción muy grave en el artículo54.c.) especifica que deben considerarse como tales, todas las que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socio-asistenciales, así como cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, etnia o nacionalidad. Por tanto, el marco legal está establecido; cuestión bien distinta, es que dicha igualdad sea efectiva lo cual, es de especial relevancia si se desea alcanzar una integración real de quienes, como se ha visto, vienen contribuyendo al enriquecimiento, no solo económico, sino cultural de este país.

IV. CONCLUSIONES

1. Una análisis global del fenómeno inmigratorio pone de manifiesto, como señala Naciones Unidas, que *uno de los principios fundamentales de la política migratoria es el de que todas las personas deben poder permanecer y prosperar en su propio país. A estos fines, todos los países deben hacer lo posible por crear más y mejores empleos para sus nacionales*. No obstante, mientras se mantengan las actuales causas de atracción y de expulsión, los movimientos de personas continuarán produciéndose. Por tanto, es necesario que la gestión del acceso de extranjeros al empleo se lleve a cabo de forma planificada, con todas las ga-

[42] *Vid*. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo. (COM (2003)336 final. www .europa.eu

rantías y derechos, y respondiendo a la verdadera capacidad de acogida del mercado de trabajo.

2. Abordar la inmigración laboral no es sólo una cuestión de control de flujos pues se trata, en definitiva, del desplazamiento y asentamiento de seres humanos. Por ello, es obligado tener en cuenta las relaciones que, en cuanto al empleo —se establecen entre los nacionales y los foráneos a fin de valorar la cohesión social a medio y lar go plazo. Tanto en las situaciones de irregularidad como en la regularidad inicial no se produce la sustitución de mano de obra autóctona. En el primero, por la precariedad y la carencia de derechos; en el segundo, porque se tiene en cuenta la SNE. Asimismo, en la irregularidad, la relación podría denominarse de conflicto en tanto que los trabajadores suelen encontrarse en la economía sumer gida y, por tanto, al mar gen de los derechos laborales y de Seguridad Social, mientras que en la regularidad inicial, la relación es de complementariedad pues, por un lado, desempeñan los trabajos no deseados por los nativos y , por otro, facilitan a éstos su propio ascenso laboral hacia empleos de mayor cualificación. Obviamente, debe lucharse contra el empleo irregular por los perjuicios que ocasiona a los trabajadores y al propio Sistema. Pero, las relaciones de complementariedad tampoco deben descuidarse porque, si bien se ha demostrado que han contribuido a la mejora de la economía española y a la viabilidad de determinados sectores productivos no se puede pretender que los inmigrantes se queden estancados en los nichos laborales, que en su día les permitieron el acceso a este país. Consiguientemente, no se producirán problemas de cohesión social en los niveles inferiores (tanto de empleo irregular como regular inicial) siempre y cuando la economía no sufra un ciclo recesivo y se mantenga y amplíe la red social en todos los ámbitos. Tampoco, surgirán conflictos en los empleos altamente cualificados pues no se sustituye la mano de obra autóctona en tanto que por falta preparación no llegan a ser cubiertos. Las dificultades, aún en los ciclos económicos expansivos, se pueden encontrar en los niveles medios, si la igualdad formal no llega a ser efectiva en tanto que la competitividad por empleos de mayor calidad —cuando ya se ha adquirido el derecho a elegir profesión, por parte de los migrantes— se produce con los propios autóctonos. Esta ascensión tan limitada y la sensación de estancamiento social puede ir en contra de una autentica integración en la sociedad de acogida.

3. Como señala la OIT, *el firme crecimiento económico de los últimos años no ha logrado traducirse en reducciones significativas del desempleo o la pobreza de los que trabajan. Es fundamental que los periodos de crecimiento elevado se aprovechen mejor para generar más trabajo decente y productivo*. Precisamente, de la creación de un mercado de trabajo de calidad dependerá: la afloración de la economía sumergida y con ello de una de las causas de atracción de la inmigración irre-

gular, que las relaciones de complementariedad se efectúen bajo unas condiciones laborales optimas y que la igualdad de oportunidades entre extranjeros y nacionales sea real porque permita y facilite el progreso social de todos. Si no se toman medidas efectivas y si se valora el fenómeno en términos meramente económicos soslayando las necesarias previsiones a medio y largo plazo se habrá perdido una ocasión irrepetible de encauzar el fenómeno migratorio.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLANCO, C.: Las Migraciones Contemporáneas. Alianza Editorial: Madrid, 2000.

CC.OO.: Inmigración y mercado de trabajo. Propuestas para la ordenación de flujos migratorios.. Cuadernos de Información Sindical. núm. 73, 2007.

CRUZ VILLALON, J.: <La política de inmigración: una competencia compartida>. En AA.VV. Inmigración y trabajo de extranjeros. Gobierno del Principado de Asturias. Consejería de Industria y Empleo; Oviedo, 2005. págs. 45-70.

FUNDACIÓN BBVA.: *Demografía de los extranjeros*. Departamento de Comunicación. Nota de prensa.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: < Derechos Socio-laborales de los extranjeros en España. En AA.VV.*: Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

MERCADER UGUINA, J. R.: <El régimen jurídico del permiso e trabajo funciones y disfunciones>. En AA. VV.: *Ciudadanía e inmigración*. Monografías de la revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza: 2003

NACIONES UNIDAS: Asamblea General. Sexagésimo periodo de sesiones. *Migración Internacional y desarrollo*. *Informe del Secretario General*. A/60/871. Fecha, 18 de mayo de 2006.

NACIONES UNIDAS: Asamblea General. Sexagésimo periodo de sesiones. *Migración Internacional y desarrollo*. *Informe del Secretario General*. A/60/871. Fecha, 18 de mayo de 2006.

UGT.: *Valoración de UGT al cumplirse un año el inicio del proceso de normalización de trabajadores en situación irregular.* Madrid, 7-02-2006

OIT.: *Tendencias Mundiales del Empleo*. *Breve informe 2007*. International Labour Office. (www.ilo.org).

OIT.: *Promover un trabajo decente para todos*. *Datos sobre El trabajo decente*. Junio 2006 (www.ilo.org/communication

PUMARES FERNÁNDEZ, P., GARCÍA COLL, A., ASENSIO HITA, A.: *La movilidad laboral y geográfica de la población extranjera en España*. Observatorio Permanente de la Inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Madrid, 2006.

PUMARES FERNÁNDEZ, P.: <Efectos de la inmigración regularizada sobre el cambio en la estructura por regímenes y grupos de cotización de la Seguridad Social>.*Revista Estudios Geográficos*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. núm. 261. Julio-diciembre 2006. págs. 607-634.

RAMOS QUINTANA, M.: <Inmigración y Globalización económica ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?>. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. núm. 63. 2006 págs. 13 a 31.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: <El Derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios>. AA. VV.: *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico: Cantabria: 2003.

SEBASTIÁN, M.: Inmigración y Economía española 1996-2006. Oficina Económica del Presidente del Gobierno. págs. 17 y 21

UE. LIBRO VERDE: *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los restos del siglo XXI*. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas 22.11.2006. Com (2006) 708 final.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO APLICABLES A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN SU CONDICIÓN DE EMPRESARIO

XAVIER BOLTAINA BOSCH
Profesor de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Barcelona.
Profesor de la Escuela de Administración Pública de Cataluña

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. MEDIDAS DE EXCLUSIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO AL AMPARO DE LA REFORMA LABORAL DEL 2006.–2.1. LA INAPLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DE LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO.—3. MEDIDAS DE REFORMA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL CON AFECTACIÓN O MODULACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.–3.1. La reforma del contrato para la formación desde la perspectiva de la Administración Pública. 3.2. La derogación del contrato de inserción. Significado y trascendencia de la medida para las Administraciones Públicas.—4. LA LIMITACIÓN DEL USO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Cualquier definición de políticas activas de empleo parte de la consideración que van orientadas al sector privado o, en términos más generales, a las *empresas, empresarios* o *empleadores*. Doctrinalmente se ha entendido por política activa de empleo al conjunto de programas que pretenden favorecer la adaptación de la mano de obra a través de la formación profesional, fomentar la creación de empleo o la utilización de nuevas oportunidades de ocupación, la preservación del trabajo ya existente y la mejora de la circulación de la información del mercado de trabajo [1]; en el derecho positivo español, la definición considera como tal política activa al conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados por cuenta ajena o propia y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como otras medidas que fomenten el espíritu empresarial y la economía social [2].

Sin embargo, el sector público en general y la Administración Pública en especial pueden ser actores muy significativos en la política de empleo, no sólo desde la perspectiva de poderes públicos que la fomentan (posición *extra muros* del objeto de esta comunicación), sino como sujetos empleadores, ya finalistas, ya intermediarios. Generalmente esta perspectiva no es por lo común estudiada e incluso debe inferirse a menudo de forma indirecta de la legislación, al no haberse tomado suficientemente en consideración por parte de los poderes públicos.

No obstante, debe hacer hacerse una primera salvedad. Es muy difícil perfilar en el actual panorama normativa español un conjunto de medidas activas de empleo que afecten a la Administración en cuanto a su

---

[1] Josep Vicent Saragossà i Saragossà: «*Introducción a la política de empleo*», en AA.VV: «*Derecho del Empleo*», 2.ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pág.52.

[2] Artículo 23.1 de la Ley 56/2003 de 16 de diciembre de Empleo.

personal funcionario. Cierto es que algunas disposiciones pueden entenderse así, como es el caso de las medidas especificas de inserción de ciudadanos con discapacidad, que obliga a que un 5 por 100 de las plazas ofertadas sean reservadas a este colectivo, hasta alcanzar un 2 por 100 de efectivos [3], e incluso también algunas medidas de discriminación positiva a favor de la mujer . También podría plantearse que las acciones de consolidación del empleo precario podrían calificarse como tales y en este sentido, la regulación expresa de convocar de forma obligatoria las plazas cubiertas interina o temporalmente durante el año anterior a la Oferta de Empleo podrían enmarcarse en este concepto amplio [4].

Sin embargo, el objeto de esta comunicación es aproximarse a las políticas activas de empleo desde una perspectiva más acotada y más ajustada a la definición legal. Por lo general, la normativa que se ha ido promulgando en España en los últimos años se dirige al sector privado, y en este sentido, las políticas activas de empleo tienen como finalidad potenciar la ocupación en esta esfera. Buena prueba de ello es el RD-Ley 5/2006 y la posterior Ley 43/2006 de 29 de diciembre, que serán objeto fundamental de esta comunicación. Pese a lo dicho, debe llamarse la atención sobre el hecho de que en no pocas ocasiones, y cada vez de manera más insistente, las disposiciones que se promulgan tienen en consideración, ya sea por acción o por omisión —expresa o tácita—, a las Administraciones Públicas como sujetos receptores de las políticas activas, en cuanto *empresarios*.

Este factor se deriva fundamentalmente de la gran presencia de personal laboral en nuestras entidades públicas. Aunque el Tribunal Constitucional ha afirmado que la Constitución opta por un régimen de empleo público funcionarial como sistema mayoritario (STC 99/1987 de 1 1 de junio), la realidad de los hechos corrige o aquilata esta afirmación, hasta el punto que en muchos sectores el empleo público laboral es pujante cuando no mayoritario [5] —como es el supuesto de las entidades locales,

---

[3] Criterio que se mantiene en la Ley de Estatuto Básico del Empleado Público, (Ley 7/2007), en las ofertas de empleo público « *se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003 (....) siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública*» (art. 59.1).

[4] Así, para el año 2007, la Ley 42/2006 de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado indica que la oferta de empleo público incluirá todos los puestos y plazas desempeñados por personal interino, nombrado o contratado en el ejercicio anterior (esto es, 2006), excepto aquellos sobre los que existe una reserva de puesto o estén incursos en procesos de provisión (art. 22.1, primer párrafo).

[5] *Vid*., al respecto, X AVIER BOLTAINA BOSCH: «*Los puestos de trabajo del personal laboral en las Administraciones Públicas»*. Tirant lo Blanch. Colección laboral, núm.167. Valencia, 2006.

con un índice de laboralidad del 80 por 100—. A partir de aquí, si la Administración efectivamente es un *empresario* más, aunque con muchas modulaciones en la relación de empleo laboral que se deriva, no parece lógico desdeñar que también pueda beneficiarse de las políticas activas de empleo.

En este sentido, el RD-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006 tienen en consideración a la Administración Pública en diferentes estadios como receptora de los beneficios, o como excluida de ellos, de la política activa de empleo que el propio poder público fomenta. Así, dividiremos nuestra exposición en dos ámbitos, el exclusivo y el inclusivo, intentando extraer las razones por las cuáles se dan tales circunstancias.

En el primer grupo, trataremos sobre aquellas políticas activas de las cuáles se ha excluido expresamente a la Administración Pública como sujeto beneficiario e incorporaremos en aquél las medidas aprobadas en el 2006 que han suprimido las ya existentes, como es el caso de la derogación del contrato de inserción. En el segundo, nos referiremos a las medidas específicas que son de aplicación también a la Administración, como es el caso de la conversión —muy matizada— en fijos de los contratos temporales concadenados así como otras medidas específicas singulares que la reforma laboral del 2006 ha tenido en cuenta respecto a las entidades públicas.

2. MEDIDAS DE EXCLUSIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO AL AMPARO DE LA REFORMA LABORAL DEL 2006

La reforma laboral aprobada en el 2006 a través, en un primer momento, del RD-Ley 5/2006 de 9 de junio « *para la mejora del crecimiento y del empleo*», y plasmada posteriormente en la Ley 53/2006 de 29 de diciembre, resultado de la tramitación parlamentaria de aquel primero, tiene su origen en la Declaración para el Diálogo social sobre Competitividad, Empleo Estable y Cohesión social suscrita el 8 de julio de 2004, poco después de las elecciones legislativas de marzo de ese año, entre el Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos más representativos. En esta Declaración se concretaron, en dos, fundamentalmente, los problemas del mercado de trabajo español: la insuficiencia en el volumen de empleo y el alto nivel de temporalidad.

Esta declaración supuso el punto de partida de un largo —excesivamente— camino que en su itinerario sufrió diversas singladuras. Por un lado, la encomienda a una Comisión de Expertos para evaluar el funcionamiento de las políticas de empleo derivadas de las reformas laborales acaecidas entre 1992-1994 y el año 2004, que se concretó en el informe

titulado *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas* (enero, 2005). Ese *diálogo* y la *negociación* que a continuación se iniciaron se prolongaron desde aquel momento hasta la firma del *Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo* de 9 de mayo de 2006 [6].

Este Acuerdo, y las dos normas aprobadas posteriormente (RD-Ley 5/2006 y Ley 43/2006) son aplicables, o no lo son como tendremos ocasión de analizar, a las Administraciones Públicas, en su condición de *empresario* empleador, en cuanto a todos aquellos aspectos de los vínculos laborales que se pueden formalizar en su ámbito. Sin embar go, debe destacarse que en el referido diálogo y negociación previa no ha estado presente las Administraciones Públicas ni tampoco las or ganizaciones sindicales, en cuanto empresario las primeras o representantes del personal laboral las segundas. Pese a ello, si bien algunas de las medidas legales aprobadas son plenamente aplicables, porque también lo son las causas, a las Administraciones, se olvidan una vez más las particularidades de estas y, cuando ello no es así, es difícil de estimar las razones por las cuales se aplican, se inaplican o se reforman aspectos claves en el ámbito de las relaciones individuales en las Administraciones Públicas.

2.1. La inaplicación de las medidas de fomento de la estabilidad en el empleo

Todo el capítulo I del RD-Ley y de la Ley 43/2006 (en lo sucesivo nos referiremos siempre a la Ley , salvo cuando expresamente nos remitamos al RD-Ley 5/2006) se desarrolla bajo la denominación de las mencionadas *Medidas de impulso de la contratación indefinida*. Sin embargo, a los efectos de esta comunicación, en cuanto a las Administraciones Públicas, debemos distinguir entre la sección primera del referido Capítulo I, y las secciones 2.ª y 3.ª

La sección primera se titula *Programa de Fomento del empleo* con unas finalidades muy concretas: regular las bonificaciones para los contratos fijos, a tiempo completo y a tiempo parcial, incluida la modalidad de fijo discontinuo, a favor de trabajadores desocupados así como las bonificaciones para el mantenimiento del empleo de diversos trabajadores; fijar, con carácter excepcional, las bonificaciones que puedan gozar los contratos temporales que se celebren con ciudadanos discapacitados o con personas que se encuentren en situación de exclusión social o víctimas de la violencia de género.

---

[6] Para un estudio de este proceso negociador , *vid*.. JESÚS CRUZ VILLALÓN: «*La reforma laboral de 2006 en la marco de la concentración social*»: AA. VV.: «*La reforma laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006 de 9 de junio*». Lex Nova. Valladolid, 1996, págs. 13 a 37.

Junto a estas dos medidas, se destaca el denominado *Plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo*, de bonificación de contratos temporales transformados en fijos a más tardar el 31 de diciembre de 2006.

¿Cómo se articula todo ello en relación a las Administraciones Públicas cuanto estas actuan en calidad de empresario contratante? Todo el programa de Fomento del Empleo se instrumentaliza en torno a las bonificaciones y el artículo6 de la Ley 43/2006 fija unos límites que, no obstante, no pueden llevar a engaño al operador público. En primer lugar, porque la no aplicación de estos límites lo son desde la perspectiva subjetiva del trabajador y no de la parte empresarial.

Igualmente, sin embargo, y en segundo término porque la discusión jurídica no da a pie a más, ya que en todos los casos, sea cual sea la posibilidad, la Ley 43/2006 —como su antecedente RD-Ley 43/2006— ha optado por una opción que se ha ido larvando en los últimos años mediante determinados criterios aplicativos, sobre todo de la Inspección de Trabajo, en sus actuaciones, y que se concreta ahora de manera indubitada, en el artículo1.4 de la Ley 43/2006 y su antecedente de igual numero del RD-Ley: se excluye de los beneficios del programa a la Administración Pública, tanto si es la General del Estado y sus Organismos —regulados en el Título III y en la DA 10.ª de la LOFAGE— como las Administraciones Autonómicas y las Entidades locales y sus Organismos públicos [7].

Una única excepción se aplica a la excepción, valga la redundancia: se incluyen los beneficios para el caso de contratos de trabajadores con discapacidad en Centros especiales de empleo de *titularidad pública* (art.1.4 *in fine*). Ello ha sido fruto del trámite parlamentario del RD-Ley —por cuanto no aparecía en el texto inicial del mismo— al incorporarse una enmienda del grupo parlamentario socialista [8].

No obstante, la exclusión sólo afecta al *Programa* que no es otro que el *Programa de Fomento del Empleo* desarrollado en la sección 1.ª del Capítulo I de la Ley. Por tanto, la sección 2.ª, titulada *contrato de fomen-*

---

[7] Por todo ello tiene sentido la derogación de la DA 50.ª, apartado tercero, de la Ley 30/2005, que impedía a la Administración Pública y Organismos Públicos del Título III de la LOFAGE acceder a las bonificaciones en los supuestos de reincorporación tras maternidad o excedencia por cuidado de hijos y en el caso de mayores de 60 años con 5 años de antigüedad en la empresa. En este sentido, MARÍA REYES MARTÍNEZ BARROSO: «*Fomento de la contratación indefinida y conversión del empleo temporal en fijo*»: AA. VV.: «*Aspectos puntuales....*», ob. cit., pág. 61.

[8] Enmienda núm.126 del grupo parlamentario socialista del Congreso (BOCG 20-10-2006, serie A, núm. 91-5). Se justificó su inclusión en base a que hay organismos públicos, fundamentalmente dependientes de Corporaciones locales, que son titulares de centros especiales de empleo, a los que la aplicación de exclusión suponía no recibir las ayudas por contratación de desempleados que hasta la entrada en vigor del RD-Ley 5/2006 sí percibían.

to de la contratación indefinida y la sección 3.ª, dedicada a la *Reducción de cotizaciones empresariales por contratos indefinidos* no parece ser que incluyan, de forma expresa, tal exclusión.

Sin embargo, en el tramite parlamentario fracasaron los —escasos— intentos de supresión de aquella exclusión general, que pretendían « *fomentar la cobertura definitiva de los puestos de trabajo ocupados a través de personal con contratos temporales en la Administración Pública»*, incluso para el caso de que quien accediera al puesto definitivamente no fuese la misma persona que lo ocupase a través de un vínculo temporal [9]. Nos parece, no obstante, una exclusión coherente, por cuanto la Administración Pública debe —o debería— por si misma, proceder a la cobertura permanente de sus puestos de trabajo estructurales sin necesidad de compensación o bonificación por ello, máxime cuando el preceptor y dador de éstas últimas son en todos los casos entes públicos y cuando la propia ley presupuestaria exige esa cobertura; la exclusión por tanto es una decisión de política legislativa en el marco de la política de empleo [10].

3. MEDIDAS DE REFORMA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL CON AFECTACIÓN O MODULACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Primero el RD-Ley 5/2006 y luego mantenidas por la Ley 43/2006, se han introducido en nuestro ordenamiento jurídico dos modificaciones importantes en la contratación temporal, centrada en un caso en el contrato para la formación —integrado en los contratos formativos, del artículo11 del ET— y en el contrato de inserción.

3.1. La reforma del contrato para la formación desde la perspectiva de la Administración Pública

La legislación aprobada en el 2006 ha modificado, una vez más, el artículo11.2 del ET. Cambio sin embargo muy limitado, tiene su especial importancia en el ámbito público.

Así, el artículo1 1.2.a ET, según redactado dado a través de la Ley 12/2001 de 9 de junio, preveía la posibilidad de formalizar contratos para

---

[9] Enmienda núm.151 del grupo parlamentario catalán de Conver gencia i Unió (BOCG 20-10-2006, serie A, núm. 91-5).

[10] Como tal decisión de política legislativa es calificado por J osé Luján Alcaraz: «*Las medidas de impulso de la contratación indefinida»*, en AA.VV: «*La reforma laboral de 2006. Análisis del RD-ley 5/2006 de 9 de junio»* (dir. A.V.Sempere). Thomson Aranzadi. Navarra, 2006, pág. 71.

la formación con trabajadores mayores de 16 años y menores de 21, que no tuvieran la titulación requerida para un contrato en prácticas. El límite de edad no era de aplicación cuando afectase a determinados colectivos, descritos con generosidad, como es el caso de los minusválidos, los trabajadores extranjeros —durante los 2 primeros años de vigencia de su permiso de trabajo, salvo que acreditaran la formación y experiencia necesarias para el desarrollo del puesto de trabajo— o los desempleados de más de 3 años en búsqueda de empleo, entre otros. La reforma laboral del 2006 ha suprimido el amplio abanico de colectivos para los cuales la edad no era un límite, de tal manera que se instituye un régimen general y unas excepciones, muy circunscritas en algunos supuestos a los entes públicos.

a) régimen general: mayores de 16 años y menores de 21.

b) régimen especial:

— Mayores de 16 años y hasta 24, cuando se trate de desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de las Escuelas-Taller y Casas de Oficio. La mayoría de ellas están integradas en las Administraciones Públicas —generalmente, las locales— o dependen de aquéllas en mayor o menor grado a través de entes instrumentales.

— Mayores de 16 años y sin límite de edad máxima, en el caso de desempleados que se incorporen a los programas de Talleres de Empleo en su condición de alumnos-trabajadores. La misma consideración formulada en el párrafo anterior debe hacerse sobre las entidades públicas que los impulsan.

— Mayores de 16 años y sin límite de edad máximo cuando el trabajador sea persona con discapacidad.

No puede efectuarse una valoración excesivamente positiva de la evolución del contrato para la formación, en cuanto al número de los formalizados anualmente. La cifra se ha mantenido estable en los últimos años a nivel de todo el Estado [11]. Sin embargo, nadie cuestiona su continuidad y debe decirse que el volumen de su participación dentro del empleo público no es desdeñable, cuanto se insertan en las políticas de empleo activas de las citadas Escuelas-T aller, Casas de Empleo y Talleres de Ocupación[12].

---

[11] Así, frente a casi 15 millones de contratos temporales formalizados en España durante el año 2005, debe indicarse que el contrato para la formación supuso un total de 125.774 en el 2003, 126.534 en el 2004 y 120.584 durante el 2005.

[12] En este sentido, *vid*. Xavier Boltaina Bosch y Carolina Gala Durán: «*La contractació laboral temporal i el treball a temps parcial en les entitats locals*». EAPC-Generalitat de Catalunya. Barcelona, 2007.

3.2. La derogación del contrato de inserción. Significado y trascendencia de la medida para las Administraciones Públicas

El artículo15.1.d del ET estableció un contrato calificado *de inserción*, que fue instituido en la reforma laboral del 2001, en un primer momento a través del RD-Ley 5/2001 y posteriormente a través de la Ley 12/2001. Debe resaltarse su importancia, por cuanto era un contrato en donde el empresario contratante únicamente podía ser una Administración Pública o una entidad sin ánimo de lucro.

La Exposición de Motivos del RD-Ley 5/2006 se refiere a la derogación de este contrato, que ha tenido una corta vida en el panorama el empleo temporal español, al superar escasamente los 5 años de virtualidad real. La derogación ha sido, además, parca, y incluso a través de una técnica legislativa poco cuidadosa, pues simplemente se señaló que quedaban derogados del texto refundido del ET los arts.15.1.d —es decir, el que instituyó el contrato de inserción—, « *las referencias al contrato de inserción contenidas en los arts.8.2, 15.6 y 49.1.c»* y «*la disposición adicional decimosexta»*, ésta última reguladora de los programas de mejora de la ocupabilidad de los demandantes de empleo a que se refería el artículo15.1.d del ET.

¿Cuál es la razón de la derogación? Debe buscarse, en un primer momento, en el Preámbulo del RD-Ley 5/2006, que es no obstante escasamente expresivo: fundamenta su supresión en un objetivo general y prioritario como es la necesidad de reducir la temporalidad y , sin solución de continuidad, afirma que « *se deroga también la figura del contrato temporal de inserción, que no ha cumplido las expectativas para las que fue creado…»*, expresión lacónica donde las haya que se reproduce de nuevo en la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006.

Debemos manifestar aquí nuestro parecer sobre una tan poca afortunada explicación. Las expectativas se cumplen o no en función de aquello que se pretenden al ser fijadas o dictadas. Fue difícil saber cuáles eran estas, pues ni el RD-Ley 5/2001 ni la Ley 12/2001 tampoco eran explícitos, sino muy ambiguos, y únicamente podemos recurrir al Preámbulo del RD-Ley citado donde se indicó que la reforma implicaba, entre otras cosas, la institucionalización de un nuevo contrato de inserción para «*programas de contratación de trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social»*, medida que conjuntamente con la ampliación de los colectivos que pudieran beneficiarse de los contratos formativos —ahora, sin embar go, reducidos de nuevo—, se calificó de dirigida « *a instrumentar de una forma más adecuada actuaciones típicas de las políticas activas de empleo»*. Aquello que era tal en el 2001 ya no lo es en el 2006, escaso período real de 5 años que permita definir si como tales medidas han servido o no a la política activa

de empleo. Por otro lado, la reforma del 2006 parece ir en dirección contraria al Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social que calificó como positivo el mantenimiento del contrato al delimitar su marco de actuación frente al contrato para la formación [13].

No obstante, nuestro parecer es que el contrato de inserción, cuyo mayor empleo se circunscribió al ámbito de las Administraciones Públicas y en especial, las locales, ha perecido víctima de los prejuicios contrarios a la contratación temporal, como en su momento también lo fue el contrato de lanzamiento de nueva actividad, pero quizá sin una razón de peso basada en las políticas activas de empleo. En esta *acta de defunción*, han coadyuvado diversos frentes normativos: desde su demora en la puesta en marcha —que se pospuso al 1 de enero del 2002 [14]— o la ausencia de regulación reglamentaria —dado que desde 2001 a 2006 en ningún momento se modificó el R.D. 2720/1998 sobre desarrollo del artículo 15 ET sobre contratación de duración determinada para incluir el de inserción, siendo por tanto el único contrato causal del artículo15 que no tuvo regulación en este sentido.

Sin embargo, creemos que la razón última de la falta de cumplimiento de expectativas es de tipo económico, impulsada por el propio Estado. El contrato de inserción apareció a través del RD-Ley 5/2001, pero de una manera un tanto frívola, y sin un anclaje legal claro. Posteriormente, la Ley 12/2001 estableció algunas modalizaciones, que se concretaron en la DA 16.ª del ET[15] y que se desarrollaron a través de la Orden TAS/2435/2004 de 20 de julio. Este *corpus* normativo, sumado a un par de Ordenes Ministeriales (las ya vigentes de 19-12-1997 y la de 26-10-1998) fijaron un régimen de limitación del uso del contrato de inserción a la previsión del artículo15.1.d ET , de tal manera que no en todos los supuestos, aunque se dieran las premisas de este último precepto, la Administración publica podría formalizar un contrato de inserción.

La DA 16.ª ET fijó que los programas de mejora de la ocupabilidad a que se refería el artículo15.1.d ET eran los regulados en la Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1997, que establecían las bases regulado-

---

[13] La Comisión postulaba ese mantenimiento, y su claro deslinde del contrato para la formación, porque así se permitía « *a la postre, que el propio contrato para la formación vaya adquiriendo o recuperando su identidad propia, su especifica funcionalidad, y no se le asignen cometidos que no le corresponden*». *Vid*, al respecto, a ROSA PÉREZ YÁNEZ: «*Adaptaciones en los contratos formativos y de inserción*», en AA. VV.: «*La reforma laboral...*», ob. cit., págs. 116-120.

[14] A través de una técnica legislativa ciertamente cuestionable. El contrato de inserción se aprobó a partir del RD-Ley 5/2001, pero en el trámite parlamentario que dio a luz a la Ley 12/2001 de 9 de julio —que derogó el referido RD-Ley— se estableció, sin embargo, que según la DF 2.ª, apartado 2.º, regulador de la entrada en vigor de la Ley , que en cuanto al contrato de inserción, este regiría a partir del 1 de enero del 2002.

[15] Incorporada por la DA 5.ª de la Ley 12/2001.

ras de la concesión de subvenciones públicas por parte de los Servicios de Empleo, a favor del Estado y Or ganismos Autónomos, Comunidades Autónomas, Universidades e instituciones sin ánimo de lucro, que contrataran trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social. En cuanto a las Corporaciones locales, la misma DA 16.ª indicó que era la Orden de 26-10-1998 el instrumento jurídico de referencia. La DA autorizó al Gobierno a modificar el contenido de los programas previstos antes referidos o a establecer otros nuevos, pero también fijar excepciones, « *a los efectos de lo que dispone la letra a) del apartado 1 del artículo15 del ET*».

La Orden de 20 de julio de 2004 (Orden TAS/2435/2004) señalaba que desde la entrada en vigor del contrato de inserción, se dieron efectos no deseados desde el punto de vista del fomento del empleo, que se concretan en dos factores destacables: que el real bajo nivel de financiación de los contratos de inserción desmotivaron a las Administraciones públicas[16], y por otro lado, que la rotación intrínseca que comportaba el contrato de inserción hacía que las entidades públicas, sobre todo las locales, no pudieran desarrollar los programas de fomento de empleo que tienen un carácter permanente y regular . Por esta razón, el artículo1 de la Orden del 2004 excepcionó, a los efectos del artículo15.1. ET , los programas públicos de mejora del empleo regulados en las referidas Ordenes de 1997 y 1998, cuanto según nuestro criterio debiera haber modificado la regulación vigente en aquel entonces para dar mayor seguridad jurídica al contrato.

Los datos, al respecto, son relevantes. Si bien es cierto que el contrato de inserción no supuso un éxito en mayúsculas, tampoco puede calificarse de fracaso absoluto, en comparación con las cifras de otras modalidades contractuales, como es el caso del contrato en prácticas, el contrato para la formación o el contrato temporal de fomento de discapacitados[17]. Durante el año 2002 se formalizaron 53.000 contratos de inserción, cifra que aumentó hasta 90.000 en el 2003, resituándose en 67.500 en el 2004. Sin embar go, la promulgación de la Orden de 20 de julio del 2004 dio el golpe de gracia mortal a este contrato, pues al excepcionarlo del ámbito de los programas de empleo regulados por las Ordenes de 1997 y 1998, durante el 2005 en toda España únicamente se suscribieron algo más de 5.000.

Debemos hacer eco, en todo caso, de las opiniones que han indicado que no debe menospreciarse —sino todo lo contrario— el papel de las

[16] Literalmente, «*se está produciendo una inhibición importante de las entidades colaboradoras a la hora de participar en los Planes de Empleo*»

[17] Piénsese que en el periodo 2003-2005 se formalizaron en España alrededor de 125.000 contratos en prácticas, de promedio, sin que este factor haya supuesto un cuestionamiento sobre su éxito o fracaso.

Administraciones Públicas a la hora de crear empleo —o de ayudar a que el ciudadano adquiera una mayor ocupabilidad— y que es preciso una herramienta que permita una promoción del empleo de inserción, independientemente del empleo público estable, que englobe todas las figuras y los mecanismos contractuales destinados a este fin, como son en este momento presente los trabajos temporales de colaboración social —que sobreviven en el artículo 213 de la LGSS—, los planes para la realización de obras y servicios de interés general y social o los programas de inserción de las Escuelas-T aller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, entre otros[18], y de los cuáles ha caído el contrato de inserción, desafortunadamente según nuestro parecer.

4. LA LIMITACIÓN DEL USO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En los últimos años, diversas han sido las medidas orientadas a reducir la contratación laboral temporal, ya sea potenciando la conversión en fijo de los contratos precarios —de los que son buen ejemplo el RD-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006— ya sea instaurando un símil de régimen sancionador de los contratos fraudulentos o incluso, tras la reforma laboral del 2006, de la relación laboral temporal concatenada. Este régimen limitativo es de aplicación al sector privado y público, habiéndose concretado en medidas tales como la desaparición progresiva de modalidades contractuales —contrato de nueva actividad, reconducción del contrato temporal de fomento del empleo—, la imposición de indemnizaciones compensatorias a la finalización de algunos tipos de contratos, la consideración como fijos de algunas circunstancias ya sea aplicando la presunción *iuris tantum* como la *iuris et de iure*, la equiparación de derechos entre empleados temporales y fijos —tras la reforma laboral del 2001— o la aplicación del nuevo artículo145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral. A estas medidas cabría añadir, en el ámbito de las entidades públicas, algunas otras cuyo origen se encuentra en leyes de empleo público o presupuestarias.

Más concretamente, el RD-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006 han supuesto la reformulación del artículo15.5 del ET , en virtud del cual se limita la rotación subjetiva o objetiva de trabajadores, con contratos de trabajo temporales correctos. No es objeto de esta comunicación plantear las cir-

[18] Para una reflexion crítica sobre la derogacion del contrato de inserción, *vid*. Javier Pinazo Hernandis: «*La derogación del contrato laboral de inserción en las medidas para la mejora del crecimiento y del empleo adoptadas por Real Decreto-ley 5/2006 de 9 de junio»*. Actualidad Jurídica Aranzadi, julio de 2006, págs. 1 1 a 13. Defendiendo un criterio justificativo de la derogación, *vid*. Susana Rodríguez Escanciano: «*Reformas en materia de contratación temporal»*, en AA. VV.: «*Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006»*. Laborum, 2006, págs.107 a 120.

cunstancias propias del nuevo artículo15.5, sino su virtual eficacia en las Administraciones Públicas.

Tanto el primer apartado como el segundo del artículo15.5 ET , aunque con mayor intensidad aquel inicial pues su aplicación ya es imperativa, imponen a grandes trazos las siguientes consecuencias:

— Los trabajadores que dentro de un período de treinta meses hayan sido contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con solución de continuidad o sin ella, para un mismo puesto de trabajo y de la misma empresa, mediante dos o más contratos laborales temporales —con algunas excepciones: formativos, de relevo e interinidad—, ya sea directamente ya a través de una ETT, con las mismas o diferentes modalidades de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos (limitación a la rotación subjetiva).

— Remitiéndonos a la negociación colectiva, el artículo15.5, segundo párrafo, del ET , señala que en base a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, aquella negociación «*establecerá*» requisitos dirigidos a prevenir el uso abusivo de contratos de duración determinada con diferentes trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos temporales, con o sin solución de continuidad, incluidos los realizados con ETT (limitación a la rotación objetiva).

Importa aquí estudiar el alcance real de la aplicación del artículo15.5 ET a las Administraciones Públicas, a lo cual dedicaremos las próximas líneas.

El artículo15.5 ET, en su redactado actual derivado del RD-Ley y posterior Ley 43/2006, pero fruto inicial del Acuerdo de 9 de mayo de 2006, no hubiera sido aplicable a las Administraciones Públicas, según su tenor literal. La razón es clara, pues la conversión en fijo de un contrato temporal, tanto si es irregular como si es perfectamente adecuado a la normativa vigente, no es posible en el ámbito público, por cuanto colisiona con los principios constitucionales de acceso a la ocupación pública de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad[19].

---

[19] *Vid*., en este sentido, JESÚS LAHERA FORTEZA: «*Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales*», en AA. VV.: «*La reforma laboral de 2006...*», ob. cit., pág. 58-59, según el cual «*la ausencia de una mención expresa al sector público en la reforma pactada creo que conlleva su exclusión de la medida o una excepcionalidad en los efectos de la misma...*». Para el autor , tal elusión en el Acuerdo del 2006 fue reconducida por el RD-Ley 5/2006.

Por esta razón, entre el Acuerdo de 9 de mayo de 2006 y el inicial RD-Ley 5/2006 y posterior Ley 43/2006 hay una diferencia sustancial, que se plasma en la DA 15.ª ET que fue incorporada, en un primer momento, por el artículo12.13 del referido RD-Ley .

> «*Lo dispuesto en el artículo15.5 de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable*».

La DA pretende aproximar la voluntad de la reforma laboral del 2006 —esto es, estabilizar los vínculos laborales temporales— y los requisitos de acceso al empleo público. Por ello, sin mencionarlo expresamente, plantea una estructura jurídica que, según nuestra opinión, institucionaliza una figura que ha sido construida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cual es la del trabajador indefinido no fijo. Tanto el RD-Ley como la Ley 43/2006 hacen propia esta tesis jurisprudencial[20], que no por consolidada es menos conflictiva o cuestionable, aunque con ya más de diez años de vigencia[21].

Las conclusiones que pueden extraerse de la cohonestación entre el artículo15.5 ET y la nueva DA 15.ª serían las siguientes:

— El artículo15.5 ET se aplica a la Administración Pública de igual manera que acontece en el sector privado.

— Esta aplicación, sin embar go, no tiene el mismo alcance en un ámbito y otro. Para las relaciones ajenas a la Administración Pública, el trabajador que cumpla los requisitos del artículo15.5 del ET pasará a ser fijo. En el caso de una entidad pública que tenga la naturaleza de Administración, el trabajador pasará a serlo como indefinido no fijo[22].

---

[20] En este mismo sentido se pronuncia R odrigo Tascón López: «*Reformas en materia de contratación temporal*», en AA. VV.: «*Aspectos puntuales...*», ob. cit., pág. 87

[21] El primer pronunciamiento judicial puede situarse en la STS de 7 de octubre de 1996, aunque como tal doctrina jurisdiccional, bien perfilada, aparece con claridad en las SSTS de 20 y 21 de enero de 1998. *Vid*., al respecto, nuestro trabajo: X avier Boltaina Bosch, «*Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública*». Aranzadi Social, núm. 4, 2002.

[22] Entre la doctrina, calificando a la DA 15.ª como de redacción aséptica e inspirada claramente en la jurisprudencia mencionada en la nota anterior, se expresa Antonio V. Sempere Navarro: «*Limitaciones a la contratación temporal*», en AA. VV.: «*La reforma laboral...*», ob. cit., págs. 1 18-119.

— Se perfila, legalmente, la obligación de cobertura de las plazas de los trabajadores indefinidos no fijos gracias al artículo15.5 ET a través de los procedimientos ordinarios, haciéndose eco y asumiendo así también lo que ha estimado la jurisprudencia, sobre el deber legal o obligación de las Administraciones de convocar las plazas referidas.

— La expresión «*procedimientos ordinarios»* permite incluir como fórmula de cobertura no únicamente el procedimiento de selección, sino también la movilidad, la provisión de puestos de trabajo, el reingreso de excedentes o trabajadores en otras situaciones laborales o la promoción interna.

— Pese a la referida expresión (» *por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios...»*) creemos que la figura de la amortización será también plenamente aplicable, tal como la jurisprudencia ha recogido en diferentes pronunciamientos judiciales.

Esta extinción asume una gran importancia en la Administración, pues no serán pocos los supuestos en que la aplicación del artículo15.5 ET irá en contra no sólo de la lógica selectiva de la entidad pública, sino también de sus propias reales necesidades de cobertura, al tratarse de conversiones en indefinido no fijo que no suponen, en la práctica, una necesidad permanente en el tiempo o una plaza no consolidada o incorporada a la estructura estable de la plantilla.

En este sentido, debe destacarse que el derecho a la estabilidad, como uno de los principios básicos que impregnan las relaciones laborales en España, lo tendrá el trabajador indefinido no fijo mientras permanezca en su puesto de trabajo y este no sea convocado para su provisión definitiva o sea amortizado. Comporta ello, por tanto, que la provisión englobará no únicamente los procesos selectivos derivados de una oferta de empleo público, sino también la provisión interna de puestos u otras fórmulas, como el reingreso de trabajadores desde la situación de excedencia voluntaria. Y ello es así porque la relación indefinida « *no otorga derecho a la permanencia del vínculo más allá de la cobertura de la plaza con carácter definitivo»*[23]. El operador jurídico deberá ser consciente de que el trabajador indefinido no fijo, una vez cubierta la plaza o puesto que ocupa, cesa en el mismo, salvo que sea el mismo trabajador el que supere el proceso: esta sería la única fórmula de consolidar la situación, con independencia del tiempo que lleve en este singular estatus[24]. El gestor público ha de tener presente, así pues, que incluso en supuestos de prolongada duración del vínculo indefinido no fijo,

[23] STSJ País Vasco de 9 de noviembre de 2004 (AS. 3836).
[24] STS de 10 de noviembre de 1998 (Ar . 9542).

hay una obligación de adopción de las medidas necesarias para la provisión regular del puesto —«*deber legal*» ha sido calificada la obligación de hacerlo— y una vez acontecida, hay causa lícita para extinguir el contrato.

En cuanto a la amortización del puesto, creemos que se mantiene plenamente vigente esta posibilidad, pese a que la DA 15.ª ET, según el redactado que tanto el RD-Ley 5/2006 como la Ley 43/2006, no la menciona. Será, en muchos supuestos, una alternativa, quizá la única, cuando el puesto ocupado por el nuevo trabajador indefinido no fijo no es permanente, no está previsto o no figura en la estructura de la Administración Pública. Debemos recordar en este sentido que la STS de 23 de junio de 2004 [25] indica en su FJ 3.º que «*a estos efectos el estatuto del indefinido se asemeja más a un contrato de interinidad que a un contrato fijo, y para aquél se ha admitido el cese por amortización sin necesidad de recurrir al despido objetivo (sentencias de 12 y 14 de marzo de 2002, entre otras)....*», de tal manera que, como ha destacado la STSJ de Cataluña de 24 de mayo de 2005 [26], «*ninguna duda pueda quedar de que resulta aplicable el criterio ampliamente reiterado por el Tribunal Supremo, que viene a admitir la posibilidad de que la Administración proceda a amortizar el puesto de trabajo, sin necesidad de seguir los trámites y el procedimiento del articulo 51 del Estatuto de los Trabajadores..*», en el caso de los indefinidos no fijos, que quedan equiparados a efectos de extinción con los contratos de interinidad, y sin olvidar que tal interinidad [27] —y por lo tanto, el vínculo indefinido no fijo, también— «*es muy peculiar, concurriendo en ella algunas circunstancias que la diferencian de la contratación celebrada por los particulares al amparo del artículo15.1.c del Estatuto de los Trabajadores; aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, la eficacia de tales pactos debe entenderse sometida a la condición subyacente de la pervivencia de los puestos*», de tal manera que «*la suscripción de dichos contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación o supresión de los puestos de trabajo*».

---

[25] Ar. 7105.

[26] AS. 2042.

[27] La STSJ de Cataluña de 24 de mayo de 2005 es, en este sentido, muy clara, pues hace un resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo e indica que ante la hipotética distinción entre interinos e indefinidos no fijos, se resuelve equiparando la extinción de unos y otros: «*y una vez establecida esta equiparación, ninguna duda puede quedar de que resulta aplicable el criterio ampliamente reiterado por el Tribunal Supremo, que viene a admitir la posibilidad de que la Administración proceda a amortizar el puesto de trabajo, sin necesidad de seguir los trámites y el procedimiento del artículo51 del ET*». Ya previamente la STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2004 (AS.2208) afirmó en su FD 5.º que la resolución de un vínculo contractual indefinido —es decir, no fijo o estatutario— puede acontecer «*conforme a derecho cuando la Administración amortiza o suprime la plaza ocupada con tal carácter por el trabajador y no solamente en el caso de que se haya procedido a la reglamentaria cobertura de la misma....*».

Comunicación a la Ponencia Temática II

ESCUELAS TALLER, CASAS DE OFICIOS Y TALLERES DE EMPLEO COMO VÍAS DE ACCESO/REINCORPORACIÓN AL MERCADO LABORAL

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO
Profesor Titular de Universidad Interino
Universidad de Oviedo

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DOBLE CANAL COMPETENCIAL: LA INTERVENCIÓN ACUMULATIVA DEL ESTADO Y LAS CCAA.—3. LAS ESCUELAS TALLER Y CASAS DE OFICIOS COMO INSTRUMENT O DE INSERCIÓN SOCIAL Y LABORAL PARA JÓVENES: a) Concepto, fines y funciones. b) Duración. c) La formación teórica como objeto de la primera fase. d) La segunda fase: relación laboral de carácter formativo.—4. LOS TALLERES DE EMPLEO: FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO DE ADULTOS.—5. LA NORMATIVA AUTONÓMICA.—6. LA ADAPTACIÓN DE LAS ESCUELAS TALLER, CASAS DE OFICIOS Y TALLERES DE EMPLEO A LOS NUEVOS YACIMIENTOS DE EMPLEO.—7. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

En la actual dinámica de las relaciones laborales y en la configuración que hoy presenta el mercado de trabajo, la formación profesional se ha convertido en una de las piezas maestras para garantizar la adecuación entre la aptitud profesional de los demandantes de empleo y las exigencias de los oferentes. La formación profesional tiene muchas vertientes, también denominadas subsistemas. Tradicionalmente ha sido contemplada como una fórmula que permitía adquirir los conocimientos básicos para acceder al mercado laboral a través de la llamada formación profesional reglada, en el interior por tanto del sistema educativo. En la actualidad, sin embargo, la formación profesional es un instrumento imprescindible para que el trabajador pueda responder de forma rápida y eficiente a los cambios en los procesos productivos que se producen en un mercado cada vez más globalizado y en permanente adaptación. De ahí que la formación profesional continua esté recibiendo una atención muy relevante por parte de las empresas privadas y los poderes públicos.

En cualquier caso, la formación profesional no sólo sirve para dotar a los trabajadores de las competencias y habilidades necesarias para adaptarse a las exigencias que las nuevas tecnologías introducen en sus puestos, sino que también puede utilizarse para mejorar la ocupabilidad, y por tanto las oportunidades laborales, de personas en las que concurre alguna circunstancia que dificulta gravemente el acceso al trabajo; esa es la vertiente que se ha dado en llamar formación profesional ocupacional [1], si bien la formación profesional continua y la ocupacional quedaron subsumidas en el denominado «subsistema de formación profesional para el empleo» tras el RD 395/2007, de 23 de marzo.

---

[1] *Vid*. O. Fernández Márquez: «Trabajo formativo», en J. García Murcia (Dir.): *La ordenación jurídica del trabajo social: una referencia para Asturias*, CES del Principado de Asturias, CES, Oviedo, 2005, pp. 55 y ss.

Las escuelas taller y las casas de oficios son instituciones que, precisamente, fueron creadas con ese propósito en un contexto —mediados de la década de los ochenta— en el que las tasas de desempleo juvenil eran muy elevadas [2]. En el momento actual, esas fórmulas, junto a los talleres de empleo, cuentan con unos fines de mayor enver gadura, pues ofrecen una formación profesional que no sólo pretende facilitar la incorporación o reincorporación del desempleado al mercado laboral, sino también evitar el riesgo de exclusión social que podría provocar , en ciertos casos, la perpetuación de la situación de desempleo. Con ese propósito se desarrollan programas de formación en alternancia, que combinan la instrucción teórica con la práctica profesional, y que se financian a través de subvenciones públicas [3].

2. EL DOBLE CANAL COMPETENCIAL: LA INTERVENCIÓN ACUMULATIVA DEL ESTADO Y LAS CCAA

Como es sabido, el artículo 149.1.7 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los ór ganos de las Comunidades Autónomas». De este modo, el Estado podría establecer el régimen jurídico de los programas de escuelas taller y casas de oficios en el ejercicio de dicha competencia, pues no cabe duda que este tipo de instituciones forman parte, en mayor o menor medida, de lo laboral. Por su parte, las CCAA podrían ejecutar esa normativa definiendo los ámbitos de actuación prioritarios, concediendo subvenciones, supervisando los programas y , en definitiva, gestionando de forma prácticamente autónoma esta clase de iniciativas, estando vinculadas únicamente por el marco jurídico uniforme proporcionado por el Estado (DA 4.ª Orden de 14-1 1-2001).

Este contexto varió sustancialmente con la transferencia generalizada de las competencias sobre empleo y formación profesional a las CCAA. A partir de ese momento, las escuelas taller , casas de oficios y talleres de empleo son objeto de atención a nivel regional, en la medida que se trata de medidas de formación profesional para el empleo que proporcionan asimismo una ocupación temporal. En realidad, pueden encontrarse regulaciones autonómicas sobre escuelas taller y casas de oficios

[2] *Vid*. http://www.inem.es/ciudadano/etco/etco2.html.

[3] *Vid*. Resolución de 24-1-2007, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones a proyectos de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, en el ámbito exclusivo de gestión del citado Servicio de proyectos plurirregionales (BOE 20 febrero); también, Resolución de 19-2-2007, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones a los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios y de Talleres de Empleo, en el ámbito exclusivo de gestión del citado Servicio, de proyectos en colaboración con órganos de la Administración General del Estado (BOE 14 abril).

con ámbito sectorial desde hace más de dos décadas, ligadas a la restauración del patrimonio histórico-artístico [4].

En cualquier caso, deben distinguirse varios grados de implicación: algunas CCAA únicamente ejecutan la normativa estatal; muchas conceden subvenciones destinadas a incentivar proyectos de esta índole (aunque a veces supeditadas a la estimación de inserción laboral de un determinado porcentaje del alumnado) [5]; y otras se han decidido ha aprobar un marco jurídico específico para las escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo, con normas que en el mismo instrumento reproducen esencialmente el contenido de las dos Órdenes de 14-1 1-2001, pero que también introducen novedades relevantes, como se desarrollará en el epígrafe 5.

3. LAS ESCUELAS TALLER Y CASAS DE OFICIOS COMO INSTRUMENTO DE INSERCIÓN SOCIAL Y LABORAL PARA JÓVENES

El éxito de los programas de escuelas taller y casas de oficios en su fase experimental propició que la Orden de 29-3-1988 los dotase de una regulación estable. En la actualidad, el régimen jurídico de esos programas se encuentra en la misma norma, en concreto en una Orden de 14-11-2001 [6], que establece una configuración muy similar para ambas modalidades. No obstante, también pueden apreciarse ciertas diferencias, algunas de ellas muy significadas, especialmente en lo relativo a su objeto y duración.

a) Concepto, fines y funciones

El artículo 1 de la citada Orden de 14-1 1-2001 define esas fórmulas como «un programa mixto de empleo y formación que tiene como objetivo mejorar la ocupabilidad de jóvenes desempleados menores de veinticinco años, con la finalidad de facilitar su inserción laboral» [7]. En concreto, «las escuelas taller son proyectos de carácter temporal en los que el aprendizaje y la cualificación se alternan con un trabajo productivo en actividades relacionadas con la recuperación o promoción del patrimonio

---

[4] *Vid*. Orden de 1-9-1986, de la Consejería de Educación y Cultura de Castilla y León, por la que se regulan las Escuelas-Taller de Rehabilitación y Restauración con cargo al Fondo de Solidaridad para el Empleo y a Convenios con el INEM (BOC y L 29 septiembre).

[5] En este sentido, vid. artículo 13 Orden de 5-12-2006, de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía (BOJA 15 diciembre).

[6] *Vid*. artículo 28 RD 395/2007, de 23 de marzo.

[7] Con carácter general, *vid*. M. A. Ballester Pastor: *El contrato de formación y la relación en alternancia: viejas soluciones a nuevos problemas,* RTSS (CEF), núm. 201, 1999, pp. 44 y ss.

artístico, histórico, cultural o natural; con la rehabilitación de entornos urbanos o del medio ambiente; la recuperación o creación de infraestructuras públicas, así como con cualquier otra actividad de utilidad pública o social que permita la inserción a través de la profesionalización y adquisición de experiencia de los participantes» (art. 3). Por su parte, «las casas de oficios son proyectos de carácter temporal en los que el aprendizaje y la cualificación se alternan con un trabajo productivo en actividades relacionadas con el mantenimiento y cuidado de entornos urbanos, rurales o del medio ambiente, con la mejora de las condiciones de vida de pueblos y ciudades a través de la prestación de servicios sociales y comunitarios, así como con cualquier otra actividad de utilidad pública o social que permita la inserción a través de la profesionalización y adquisición de experiencia de los participantes».

Estos proyectos se incluyen en ocasiones dentro del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional (Plan FIP), aunque esta vinculación no es formalmente imprescindible. Según las estadísticas oficiales, se constituyen cuatro veces más escuelas taller que casas de oficios (288 por 65 en 2004) y el número de alumnos es nueve veces mayor en las primeras (17.920 frente a 2.315). La mayor parte de proyectos se enmarcan en la familia profesional de Edificación y Obras Públicas, especialmente en el caso de las escuelas taller , donde en 2004 los proyectos de ese tipo constituían prácticamente la mitad de los aprobados, seguidos por actividades enmarcadas en la Familia Agraria (13,55%) y en la de Madera y Corcho (11,94%). En las casas de oficios los proyectos de Edificación y Obras Públicas representaron el 32,96%, frente al 14,34% vinculados a la Familia Agraria y el 12,44% de proyectos relativos a Servicios a la Comunidad y Personales [8].

Las escuelas taller y casas de oficios pretenden no sólo ofrecer una formación teórico-práctica en una concreta disciplina, sino que estos programas tienen como destinatarios a colectivos que, en uno u otro momento, sufren el riesgo, moderado o grave, de exclusión social, y por ello cuentan con un propósito de integración social evidente, que seguramente viene exigido por el propio perfil del alumnado, pues en un porcentaje superior al 90% carece de estudios o únicamente cuenta con formación primaria [9].

Este doble objetivo de inserción laboral e integración social justifica la preocupación por facilitar al trabajador unos conocimientos básicos, ya que para los «alumnos trabajadores» que no hayan concluido la enseñanza secundaria obligatoria han de or ganizarse programas específicos no sólo dirigidos a permitir su incorporación a la vida activa, sino también

[8] *Vid*. http://www.inem.es/ciudadano/etco/pdf/INSERCION04.pdf, pp. 17 y ss.
[9] *Vid*. http://www.inem.es/ciudadano/etco/pdf/INSERCION04.pdf, pp. 15-16.

a proseguir sus estudios (art. 8 Orden de 14-1 1-2001), en una previsión que recuerda lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1 1.2.e) ET, relativo a los contratos para la formación [10].

Los proyectos de escuelas taller y casas de oficios deben ser promovidos por las distintas Administraciones Públicas, o por entes privados sin ánimo de lucro, que habrán de ser competentes para la ejecución de las correspondientes obras o servicios y disponer de la suficiente capacidad técnica y de gestión [11]. Desde luego, esos proyectos deben responder a itinerarios de inserción profesional enmarcados en planes integrales de empleo que respondan a la situación del mercado de trabajo «y sean capaces de activar el desarrollo de las comarcas, generar riqueza y , consecuentemente, puestos de trabajo» [12]. En todos ellos es imprescindible que se desarrolle un módulo de alfabetización informática de un mínimo de treinta horas, para proporcionar a los alumnos una formación básica en nuevas tecnologías[13].

Con el propósito de racionalizar la aparición y actuación de estos programas en ámbitos reducidos, especialmente el comarcal y el regional, se crearon en 1994 las denominadas Unidades de Promoción y Desarrollo, que constituyen un apoyo técnico a la gestión de las escuelas taller y de las casas de oficios y promueven la inserción laboral de los alumnos mediante la preparación, acompañamiento y evaluación de sus proyectos y la investigación de las posibilidades de empleo; a tales efectos, han de confeccionar planes integrales de desarrollo local (art. 12 Orden 14-1 1-2001).

La selección de los alumnos es llevada a cabo por un grupo de trabajo mixto constituido *a quo* entre la entidad promotora y el servicio público de empleo. Únicamente podrán ser alumnos los menores de veinticinco años, que sean demandantes de empleo sin ocupación y cumplan los requisitos para celebrar un contrato para la formación, a salvo de la

---

[10] «Cuando el trabajador contratado para la formación no haya finalizado los ciclos educativos comprendidos en la escolaridad obligatoria, la formación teórica tendrá por objeto inmediato completar dicha educación».

[11] A tenor del artículo 2 Orden de 14-1 1-2001, pueden ser entidades promotoras de esta clase de proyectos: «a) Órganos, organismos autónomos y otros entes públicos de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. b) Entidades locales, sus organismos autónomos y entidades con competencias en materia de promoción de empleo, dependientes o asimiladas a las mismas, cuya titularidad corresponda íntegramente a dichas entidades locales. c) Consorcios. d) Asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro».

[12] Artículo 1.3 Orden de 14 -1 1-2001.

[13] Artículo 7 Orden de 14-1 1-2001; en este sentido, vid. Resolución de 27-2-2007, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones en el año 2007, para la realización de un programa de formación e inserción laboral de demandantes de empleo en tecnologías de la información y de las comunicaciones, en aplicación de lo dispuesto en la Orden TAS/2965/2006, de 26 de septiembre (BOE 14 abril).

edad, pues la condición de alumnos-trabajadores de estos programas es una de las excepciones al límite de edad de veintiún años establecido en el artículo 11.2.a) ET. La selección debe venir precedida «de la tramitación de oferta de actividad o de empleo por la correspondiente oficina de empleo» (art. 10), y ha de respetar los criterios y procedimientos establecidos por el Servicio Público de Empleo para la cobertura de ofertas de empleo, y no los mecanismos de selección de personal propios del Derecho Público, aun cuando la entidad promotora tenga naturaleza pública. Si ese fuera el caso, los seleccionados no pueden ser considerados como personal al servicio de la Administración, y por ello no se incluyen en las relaciones de puestos de trabajo ni es exigible proceder a una oferta de empleo público.

b) Duración

La característica principal de estos programas consiste en combinar la instrucción teórica con la plasmación práctica de los conocimientos adquiridos, la ya aludida formación en alternancia, con el fin de permitir un desarrollo gradual e integral de las competencias y habilidades necesarias para el ejercicio de una profesión [14], y para ello se dividen en módulos o fases de seis meses de duración, si bien la extensión total del programa puede variar. Por una parte, los proyectos de casas de oficios tienen una duración total de un año, con una primera fase de seis meses destinada a la iniciación teórica, y una segunda fase que combina la teoría con la práctica profesional (art. 4.2). Por otra, las escuelas taller pueden durar entre uno y dos años, con una subdivisión interna en fases de seis meses; si la duración inicial del proyecto es inferior a la máxima, es posible la prórroga de la escuela taller por períodos de seis meses hasta completar los dos años, de modo que teóricamente son posibles dos prórrogas si la duración estimada de la escuela taller se hubiera fijado en un año.

No obstante la división en fases, existe discrepancia judicial acerca de la extinción *ante tempus* de la relación. En algunos casos se advierte que la duración del contrato para la formación debe coincidir con el tiempo que reste para la finalización de la escuela taller o casa de oficios correspondiente, siendo nula la cláusula que establece para ese contrato una duración inferior y constituyendo un despido improcedente la extinción del contrato con base en esa cláusula si no ha concluido la escuela taller o casa de oficios [15]. En cambio, otros tribunales consideran que la divi-

---

[14] *Vid*. E. Sánchez Torres: *El contrato para la formación: ¿contrato formativo en alternancia o contrato de inserción?,* REDT, núm. 110, 2002, pp. 273 y ss.; R. M artín Jiménez: *La prestación de servicios en las escuelas taller: convenio aplicable y extinción del contrato,* AS, núm. 10, 2003, pp. 25 y ss.

[15] *Vid*. SSTSJ (dos) de Asturias de 10-1-2003 (AS 1563 y JUR 108584).

sión en fases diferenciadas puede justificar la contratación de personas diferentes en función de los objetivos perseguidos, sin que pueda presumirse fraude de ley [16], solución casuística que parece más adecuada a la configuración y finalidad de este tipo de programas.

c) La formación teórica como objeto de la primera fase

En relación con la etapa de formación exclusivamente teórica, el alumno debe recibir una instrucción adecuada al puesto de trabajo a desempeñar, ajustada en lo posible a los certificados de profesionalidad aprobados para la concreta actividad. Los alumnos tienen derecho a percibir una beca de 6,01 euros por cada día lectivo, siempre desde luego que asistan (art. 17), si bien la percepción de dicha beca es incompatible con la realización de una actividad profesional, por cuenta propia o ajena, o con la condición de beneficiario de prestaciones o subsidios por desempleo que reconozca el Sistema de Seguridad Social. La incompatibilidad se mantiene en tanto el alumno perciba rendimientos del trabajo o prestaciones de Seguridad Social derivadas de su condición de desempleado, pero dicha incompatibilidad cesa, y se genera por tanto derecho a la beca, una vez concluido el trabajo sin derecho a desempleo, o, en su caso, una vez agotadas las prestaciones o subsidios que por dicha contingencia puedan corresponder .

La inasistencia no es únicamente causa de pérdida del derecho a la beca, sino también causa de exclusión del proyecto correspondiente; para ello el alumno debe incurrir en al menos tres faltas no justificadas durante un mes, o en nueve durante toda la fase (en seis meses por tanto). Asimismo, es causa de exclusión la falta de aprovechamiento de la instrucción correspondiente, aunque físicamente se asista, circunstancia que habrá de valorar el responsable del proyecto (art. 5.3) [17].

Durante esa etapa inicial en las escuelas taller y casas de oficios, la actividad que realiza el alumno —recibir formación profesional adecuada a la ocupación a desempeñar [18]— no se configura como una relación laboral, sino que nace un vínculo administrativo [19] que no disfruta de la protección del Sistema de Seguridad Social, y cuyas controversias no pueden ser conocidas por la jurisdicción social [20]. La protección frente a los

---

[16] *Vid*. SSTSJ de Andalucía/Granada 17-3-1999 (AS 5559) y de la Comunidad Valenciana de 12-2 y 27-4-2004 (AS 3328/2004 y 3064/2005).

[17] El procedimiento sancionador, que incluye una fase de contradicción, se regula en el artículo 5.4 Orden de 14-1 1-2001. Conviene destacar que durante la resolución de ese procedimiento de exclusión se suspende cautelarmente el derecho del alumno a continuar participando en el proyecto.

[18] Artículo 5.1 de la Orden de 14-1 1-2001.

[19] *Vid*. STSJ de Extremadura de 9-3-1994 (AS 1024).

[20] *Vid*. STS de 7-7-1998 (Ar. 6161) y STSJ de Cantabria de 12-7-2006 (AS 2483). En sentido contrario, vid. STSJ de Madrid de 18-4-1997 (AS 1356).

accidentes derivados de la actividad debe formalizarse con una entidad privada y no a través del Sistema público [21].

d) La segunda fase: relación laboral de carácter formativo

En la segunda de esas etapas, en la que se combinan teoría y práctica, el artículo 6 de esa Orden de 14-1 1-2001 exige expresamente la formalización de la relación a través de un contrato para la formación con la entidad promotora[22], cuya duración máxima no podrá exceder de la fecha de finalización del proyecto de escuela taller o casa de oficios (art. 6). Durante esta segunda fase el trabajador se encuentra protegido por el Sistema de Seguridad Social, aunque con la limitación en la acción protectora consustancial al contrato para la formación [23].

Respecto de las fuentes de la relación laboral, la suscripción de un contrato de trabajo no justifica la aplicación del convenio colectivo sectorial para la actividad correspondiente (construcción, por ejemplo), «pues no se está en presencia de una «empresa» que opera como tal en el sector de la Construcción, edificación y obras públicas, sino de un centro formativo o, en todo caso, de un programa público con finalidad formativa promovido por una Fundación sin ánimo de lucro y sin beneficio con la prestación del trabajo de los alumnos»; de ahí que la retribución establecida en la norma que haya creado el concreto programa [24] prevalece sobre la prevista en los convenios sectoriales[25]. Es cierto, no obstante, que la STS de 26-10-1999[26] consideró aplicable un convenio para el personal laboral de la Administración Pública y reconoció el derecho del trabajador a percibir una retribución más elevada, pues había venido desempeñando funciones de superior categoría a la prevista en el contrato [27].

Tras la culminación del programa, la entidad promotora debe expedir un certificado en el que conste la duración en horas de la formación recibida, los módulos formativos cursados y el nivel de la formación te-

---

[21] *Vid*. STSJ de Canarias, de 25-2-1999 (AS 721) y SAP de Palencia de 12-7-1999 (AC 7354).

[22] Descarta la calificación como arrendamiento de servicios la STSJ de Murcia de 30-10-2002 (JUR 285744).

[23] Artículo 11.2.i) ET y arts. 13 a 16 RD 488/1998.

[24] *Vid*. STSJ de Andalucía/Granada de 24-2-2003 (AS 1 150), entre otras de la misma fecha que resuelven idéntico supuesto de hecho.

[25] Cfr. SSTSJ de Andalucía/Granada de 26-2 (dos) y 1 1-3-2003 (JUR 85385, AS 1153 y AS 2142). En el mismo sentido, vid. SSTSJ del País Vasco de 8-10-1996 (AS 3708), de Aragón de 3-6-1998 (AS 2517), de Galicia de 28-12-2002 (AS 1746) y de 7-3-1998 (AS 1019), de Murcia de 7-10-2002 (JUR 274279).

[26] Ar. 8408.

[27] En la misma línea, *vid*. STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17-9-1996 (AS 2830), así como la STSJ de Madrid de 21-10-2002 (AS 4133), que aplica el convenio colectivo de jardinería a efectos de jornada y de retribución de horas extraordinarias.

órico-práctica adquirida. Este certificado no equivale ni sustituye al certificado de profesionalidad en la actividad correspondiente, pero podría ser objeto de convalidación si se cumplen los pertinentes requisitos (art. 9 Orden de 14-11-2001).

Además, se impone a las entidades promotoras el deber de prestar asistencia técnica a los ex alumnos, tanto para la búsqueda de empleo por cuenta ajena como para el establecimiento por cuenta propia, de forma individual o en proyectos de economía social. En el caso de existir iniciativas emprendedoras de autoempleo se podrá promover su inclusión en viveros de empresas, centros de iniciativa empresarial o actuaciones similares, pudiendo solicitar las entidades promotoras las ayudas establecidas para los distintos programas de fomento del empleo (art. 1 1.2 Orden de 14-11-2001).

4. LOS TALLERES DE EMPLEO: FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO DE ADULTOS

Tras más de una década de existencia, los programas de escuelas taller y casas de oficios habían realizado una función que era valorada muy favorablemente por los poderes públicos y los agentes sociales. La extensión de esas medidas de inserción laboral e integración social a desempleados mayores de veinticinco años con dificultades para incorporarse a la vida activa parecía una mera cuestión de tiempo y oportunidad. En ese contexto, la puesta en marcha de talleres de empleo se contemplaba en el Plan Nacional de Acción para el Empleo del Reino de España de 1998; no es de extrañar, por tanto, que al año siguiente se regulase el programa de talleres de empleo con el propósito de «crear más empleo y de mayor calidad, mejorando la capacidad de inserción profesional», todo ello «dentro de la orientación general de fomentar la empleabilidad de los desempleados e incrementar la oferta de políticas activas de empleo» [28].

El modo de funcionamiento de los talleres de empleo es prácticamente una reproducción de lo expuesto para las escuelas taller y casas de oficios. El RD 282/1999, de 22 de febrero, es la norma de referencia, y fue desarrollado por una Orden de 14-1 1-2001, que, pese a su fecha, no es la misma norma que regula las escuelas taller y casas de oficios. El programa de talleres de empleo consiste asimismo en fórmulas mixtas de trabajo y formación mediante la realización de obras o servicios de utilidad pública o interés social, que tienen por «objeto mejorar la ocupabilidad de los desempleados de veinticinco o más años, facilitando así su posterior integración en el mercado de trabajo» (art. 1 RD 282/1999). Esas obras o servicios de utilidad pública o interés social que se desarrollen

[28] Preámbulo del RD 282/1999.

en el marco de talleres de empleo han de estar relacionados con «nuevos yacimientos de empleo».

Según los últimos datos disponibles —de 2004—, el número de talleres de empleo es superior al de casas de oficios y escuelas taller considerados conjuntamente (428 por 353), pero el número de alumnos se reduce prácticamente a la mitad (10.388 frente a 20.235). Los proyectos aprobados para la realización de talleres de empleo se relacionan sobre todo con la Familia Profesional de Edificación y Obras Públicas (36,69%), seguidos por la Familia Agraria (16,64%) y por los Servicios a la Comunidad y Personales (13,46%)[29].

Pueden ser alumnos en estos programas los desempleados mayores de veinticinco años con especiales dificultades de inserción laboral (parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, mujeres y discapacitados) o que formen parte de un colectivo preferente de actuación según el Plan Nacional de Acción para el Empleo. El objetivo de mejora de la ocupabilidad es más evidente si cabe en los talleres de empleo, pues quienes participan en ellos cuentan por lo general con experiencia laboral previa[30].

En estos Talleres de Empleo, que pueden durar un mínimo de seis meses y un máximo de un año —con posibilidad de prórroga si el período inicialmente previsto es inferior a un año— [31], no hay distinción entre fases, sino que desde su inicio se prevé la alternancia entre formación teórica y práctica profesional, y por ello se establece la obligación de formalizar la relación con la entidad promotora —una entidad pública o privada sin ánimo de lucro— mediante contrato de trabajo para la formación, con la consecuente incorporación al Sistema de Seguridad Social [32]. La edad no es un inconveniente, pues el límite máximo de edad fijado en los contratos para la formación «no será de aplicación cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de talleres de empleo» [33]. A la finalización del taller de empleo ha de expedirse el oportuno certificado, que podría ser convalidado, si cumple los requisitos, por el certificado de profesionalidad correspondiente.

Los talleres de empleo, al igual que las escuelas taller y casas de oficios, carecen de personalidad jurídica propia. En consecuencia, las recla-

---

[29] *Vid*. http://www.inem.es/ciudadano/etco/pdf/INSERCION04.pdf, pág. 18.

[30] Más del 85% en 2004; http://www .inem.es/ciudadano/etco/pdf/INSERCION04.pdf, pág. 51.

[31] Artículo 3.2 Orden de 14-1 1-2001.

[32] Aunque el artículo 3 RD 282/1999 remite genéricamente a la modalidad contractual más adecuada, el artículo 3.3 de la Orden de 14 -1 1-2001 alude específicamente al contrato para la formación.

[33] Artículo 11.2.a) ET.

maciones por presuntos incumplimientos, o por daños y perjuicios que se puedan derivar de las actividades realizadas, deben dirigirse contra las entidades promotoras o, si procede, contra los servicios públicos de empleo, en función de las circunstancias.

5. LA NORMATIVA AUTONÓMICA

La intervención de las CCAA ha dado lugar a un cuerpo normativo heterogéneo, pero también por ello rico en matices, puesto que el resultado final excede del objetivo inicial, y no sólo se pretende dotar a los alumnos de una formación profesional para el empleo, sino que a menudo se incorporan objetivos mucho más ambiciosos.

A modo de ejemplo podría destacarse la Orden de la Comunidad de Madrid 2903/2006, de 13 diciembre [34], por la que se regulan las subvenciones para la realización de escuelas taller , casas de oficios y unidades de promoción y desarrollo. En ella se exige no sólo que se proceda a dotar a los alumnos de unos conocimientos básicos en nuevas tecnologías, sino también que se imparta un módulo de al menos trece horas dedicado a la «sensibilización ambiental», otro de un mínimo de treinta horas sobre prevención de riesgos laborales [35] y un tercero de diez horas sobre perspectiva de género —en otras CCAA se denomina «igualdad de oportunidades» y no se centra necesariamente en la no discriminación por razón de sexo[36]— con «la finalidad de formar en valores y prácticas basadas en el principio de igualdad entre hombres y mujeres y cambiar los marcos conceptuales y pautas sociales que contribuyen al mantenimiento de las relaciones desiguales entre ambos sexos» (art. 3.6). Junto a estos módulos, algunas normas autonómicas crean otros adicionales, como los destinados al fomento de la actividad emprendedora o a conseguir la igualdad para colectivos desfavorecidos[37]. En conjunto, más que una formación para el empleo se ofrece una formación «para la ciudadanía».

En el ámbito autonómico también pueden encontrarse nuevas figuras, como los llamados «talleres de especialización profesional», que consisten en fórmulas de formación en alternancia de teoría y práctica destinadas a mejorar la «ocupabilidad de los desempleados sin límite de

---

[34] BOCM de 27 de diciembre.

[35] La Comunidad Autónoma de Andalucía ha confeccionado una «Herramienta de prevención de riesgos laborales en los centros de escuelas taller , casas de oficios, talleres de empleo y unidades de promoción y desarrollo», que puede encontrarse en la dirección web del servicio andaluz de empleo: http://www .juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/herramientas/solicitudes/lstContenidos.asp?up=26&a=&c=91&numlist=10&i=0&indpag=1.

[36] Artículo 14.4 Orden de 7-12-2006, de la Consejería de Trabajo y Empleo de Castilla-La Mancha (DOCM de 20 de diciembre).

[37] Artículo 6 Orden de 5-12-2006, de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía (BOJA de 15 de diciembre).

edad en municipios de menos de 5.000 habitantes», y que pueden implantarse en municipios de mayor tamaño (hasta 15.000 habitantes) «cuando su objetivo sea atender a sectores profesionales o económicos en crisis y con especiales dificultades para la generación o mantenimiento del empleo»[38]. En otras ocasiones, por el contrario, se prescinde de alguna de las fórmulas clásicas, como sucede en Aragón, donde la Orden de 16-3-2006 no prevé las casas de oficios, y sí las escuelas taller y los talleres de empleo[39], o se modifica la denominación establecida por la normativa estatal, como se puede comprobar en la Cataluña, donde la Orden TRI/212/2005, de 27 abril[40], dentro de los «programas de mejora de la calificación profesional», incluye, además de las escuelas taller y casas de oficios, los «talleres de ocupación», cuyo régimen jurídico coincide con el de los talleres de empleo.

En algunos casos se regulan preferencias de acceso a estos programas para determinados colectivos, como las mujeres, los discapacitados, los parados de larga duración, las minorías étnicas o los extranjeros, entre otros[41]. Respecto del contenido, algunas normas autonómicas establecen una duración mínima de la formación teórica superior al 15 por 100 de la jornada previsto en el artículo 15.2.e) ET . En concreto, el artículo 9 Orden EYE/749/2004, de 10 mayo, de la Consejería de Economía y Empleo de Castilla y León [42], eleva ese mínimo hasta el 25 por 100.

6. LA ADAPTACIÓN DE LAS ESCUELAS TALLER, CASAS DE OFICIOS Y TALLERES DE EMPLEO A LOS NUEVOS YACIMIENTOS DE EMPLEO

La aprobación de un proyecto de escuela taller , casa de oficios o taller de empleo se condiciona en las propias normas reguladoras de estas medidas de formación en alternancia a su carácter innovador «teniendo en cuenta su incidencia en nuevos yacimientos de empleo» [43]. La delimitación del concepto de «nuevos yacimientos de empleo» presenta su complejidad, debido a que su reciente aparición provoca que sus fronteras no se encuentren completamente definidas.

---

[38] Artículo 1.4 Orden de 7-12-2006, de la Consejería de Trabajo y Empleo de Castilla-La Mancha (DOCM de 20 de diciembre).

[39] BOA de 27 de marzo.

[40] DOGC 13 de mayo.

[41] artículo 4 Orden de 5-12-2006, de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía (BOJA de 15 de diciembre); Resolución del Departamento de Trabajo, Industria, Comercio y Turismo de la Generalidad de Cataluña 3747/2002, de 16 de diciembre (DOGC de 30 de diciembre).

[42] BOC y L de 27 de mayo.

[43] Artículo 15 Orden que regula las escuelas taller y casas de oficios, y artículo 1 1 de la que regula los talleres de empleo.

Esa denominación de nuevos yacimientos de empleo, o filones de ocupación, se popularizó a raíz del *Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo - Retos y pistas para entrar en el siglo XXI* de 1993, impulsado por la Comisión Europea, y en especial por Jacques Delors, y alude a sectores que en el futuro requerirán una gran cantidad de mano de obra y permitirán reducir el desempleo estructural [44]. Las actividades que pueden ser consideradas como nuevos yacimientos de empleo cubren necesidades sociales insatisfechas, se dirigen a mercados incompletos (por falta de oferta de determinados bienes o servicios privados pese a que hay demanda, consecuencia de que tales bienes o servicios no son rentables, lo que también explica la necesidad de que la Administración Pública se involucre, al menos en el inicio), tienen un ámbito de producción o prestación de marcado carácter territorial y potencialmente pueden crear mucho empleo. Por consiguiente, los grandes grupos de yacimientos de empleo hacen referencia a actividades inexistentes hasta hace unos años (nuevas tecnologías) o tradicionalmente muy poco desarrolladas en su vertiente profesional (cuidado de niños o ancianos), y en las que ahora se aprecia un gran potencial de crecimiento desde la perspectiva de la generación de empleo [45].

En cualquier caso, las propias Órdenes de 14-1 1-2001 —artículo 15 de la relativa a escuelas taller y casas de oficios, y artículo 1 1 de la que regula los talleres de empleo— identifican, a modo ejemplificativo, algunas de las actividades que puede ser merecedoras de esa calificación, como los servicios de utilidad colectiva (rehabilitación del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural, revalorización de espacios públicos y urbanos, gestión de residuos, gestión de aguas, protección y mantenimiento de zonas naturales y aquellos que incidan directa o indirectamente en el control de la ener gía); los servicios de ocio y culturales (promoción del turismo, desarrollo cultural y local); o los servicios personalizados de carácter cotidiano (cuidado de niños, prestación de servicios a domicilio a personas discapacitadas o mayores, ayuda a jóvenes en dificultades y con desarraigo social).

Las actividades consideradas como nuevos yacimientos de empleo coinciden en las normas autonómicas con las previstas en las órdenes estatales[46], aunque en ocasiones se añaden otras, como la recuperación de antiguos oficios con gran demanda en el ámbito laboral de la Comunidad Autónoma correspondiente («que potencien los recursos endógenos

[44] http://empleo.universia.es/contenidosHTML/emprendedores/nuevos_yacimientos/nuevos_yacimientos.htm.

[45] *Vid*. A. VILALLONGA: *Los nuevos yacimientos de empleo: una oportunidad para crear empleo y satisfacer nuevas necesidades sociales*, Scripta Nova, Vol. VI, núm. 119, 2002, en http://www.ub.es/geocrit/sn/sn119117.htm.

[46] Artículo 25 Orden EYE/749/2004, de 10 de mayo, de Castilla y León (BOCyL de 27 de mayo).

de la zona de actuación»)[47], o las nuevas tecnologías de la información y la comunicación[48]. Algunas normas autonómicas, más modestamente, únicamente se refieren a yacimientos de empleo en su Preámbulo [49].

Sin embargo, no parece que los nuevos yacimientos de empleo se hayan convertido en la piedra angular de esta clase de programas. A tenor de los datos ofrecidos por el Servicio Público de Empleo Estatal, la Familia Profesional predominante tanto en las escuelas taller , como en las casas de oficios y en los talleres de empleo, es la de Edificación y Obras Públicas. Los proyectos relacionados con el Medio Ambiente, uno de esos nuevos yacimientos de empleo, constituyen únicamente el 4,12% de las escuelas taller y el 4,66% de los talleres de empleo, careciendo de presencia en las casas de oficios, pese a que algunas CCAA, como Madrid, clasifican este tipo de proyectos como de primera prioridad [50]. Es cierto, no obstante, que puede encontrarse un número significativo de proyectos de casas de oficios y talleres de empleo relativos a las familias profesionales de Servicios a la Comunidad y Personales (12,44% en 2004, aunque disminuyó respecto a 2003), Sanidad (5,27% de casas de oficios y 4,63% de talleres de empleo), y , en menor medida, Turismo y Hostelería (2,16% de casas de oficios y 1,34% de talleres de empleo). En cambio, la participación de alumnos en proyectos relativos a la gestión del agua, uno de los nuevos yacimientos de empleo, se limitó al 0,21% del total de participantes en escuelas taller y casas de oficios, y al 0,41% de los alumnos de talleres de empleo.

Respecto de los sectores en los que posteriormente prestan servicios estos alumnos, más del 70% consiguen un empleo en actividades no relacionadas con esa formación previa, concentrándose la ocupación en los sectores de la construcción y agrícola. En cuanto a los nuevos yacimientos de empleo, un porcentaje relevante de los alumnos de escuelas taller —más de un 10%— consiguen contrato como dependientes de comercio, lo que indica que los comercios de proximidad están resultando ser a corto plazo el yacimiento de empleo más relevante. La misma conclusión puede extraerse del similar porcentaje de alumnos —mayoritariamente mujeres— que es contratado como empleado doméstico. En cualquier

---

[47] Artículo 5 de la Resolución 2925/2006, de 18 de octubre, del Servicio Navarro de Empleo (BON 30 de octubre); artículo 16 Orden de Aragón de 16-3-2006 (BOA de 27 de marzo); artículo 17 Orden de Andalucía de 8-3-2004 (BOJA de 15 de abril); arts. 15 y 32 Orden de la Comunidad Valenciana de 11-3-2002 (DOGV de 21 de marzo).

[48] Artículo 2 Resolución del Departamento de Trabajo, Industria, Comercio y Turismo de la Generalidad de Cataluña 3747/2002, de 16 de diciembre (DOGC de 30 de diciembre de 2002).

[49] La Orden de Galicia de 5-2-2004 (DOG de 23 de marzo) menciona en su preámbulo como nuevos yacimientos de empleo la «revalorización de espacios públicos urbanos, protección y mantenimiento de zonas naturales, gestión de ener gías alternativas, agricultura ecológica, etcétera».

[50] *Vid*. http://www.madrid.org/servicio_regional_empleo/html/03_01_03.html.

caso, debe potenciarse la vinculación entre el empleo y la formación respecto de algunos de los nuevos yacimientos de empleo, especialmente en los proyectos relativos a medio ambiente, donde más del 90% de los alumnos que consiguen una ocupación lo hacen en actividades que nada tienen que ver con la formación previa, o en los destinados a servicios a la comunidad y personales, donde ese porcentaje de ocupación no relacionada se sitúa en torno al 70%. Esa vinculación sí es más evidente, no obstante, entre los alumnos que cursan programas referidos a la producción, transformación y distribución de ener gía y agua[51].

7. CONSIDERACIONES FINALES

La importancia que tiene la formación profesional en general, la intensa promoción pública de la formación profesional reglada y la desproporción que existe en el mercado entre titulados universitarios y titulados de grado medio o superior en oficios clásicos, entre otras razones, convierten a la formación profesional para el empleo en escuelas taller , casas de oficios y talleres de empleo en una herramienta adecuada para facilitar la inserción social y laboral de los desempleados. Además, el fomento del autoempleo (el Proyecto de Ley de Estatuto del Trabajo Autónomo trata de inculcar una política de promoción e incentivación del autoempleo, a lo que dedica el Título V por completo) es una destacada orientación de las políticas públicas de reducción del desempleo, y a ello coadyuvan también este tipo de iniciativas.

El éxito de estos programas radica en la inserción laboral —y por supuesto social, aunque esta es de más compleja medición— de los alumnos, y, según datos relativos a 2004, el índice de colocación en las escuelas taller y casas de oficios se aproxima al 80% (77,26) globalmente —es cinco puntos superior en las escuelas taller—, mientras que en los talleres de empleo es más reducido —62,80%—, pero aún así elevado porque la edad de los alumnos —la cuarta parte son mayores de 45 años [52]— redunda en una más alta dificultad para encontrar empleo. No obstante, se aprecia una diferencia por razón de sexo, ya que los hombres consiguen ocupación más fácilmente que las mujeres [53]; no en vano, aunque los índices de inserción laboral han aumentado prácticamente un 20% desde la puesta en marcha de estos proyectos, la inserción laboral de los hombres supera a la de las mujeres en un porcentaje que ha oscilado entre el 14 y el 27% [54].

---

[51] *Vid*. http://www.inem.es/ciudadano/etco/pdf/INSERCION04.pdf, pp. 41 y ss.

[52] El 27,51% en 2004; vid. http://www.inem.es/ciudadano/etco/pdf/INSERCION04.pdf, pág. 14.

[53] *Vid*. http://www.inem.es/ciudadano/etco/etco2.html.

[54] A modo de ejemplo, en 1989 el índice de inserción total se situaba en el 60,26% de los alumnos; la inserción de los hombres llegaba al 66,34%, y la de las mujeres al 45,54%.

El contexto socio-económico, y la propia configuración de estos programas, aconsejan desarrollar hacia el futuro una vinculación más intensa con la protección por desempleo. Aunque en la práctica ya puedan actuar de tal modo en ocasiones, la LGSS debería modificarse y contemplar expresamente las escuelas taller , casas de oficios y talleres de empleo como una de esas actividades de mejora de la ocupabilidad que un beneficiario de la protección por desempleo tiene obligación de realizar . Con ese impulso es presumible que este tipo de proyectos se generalizase en todas las CCAA, ya que hasta el momento sólo Andalucía, Madrid, Canarias, Valencia y, en menor medida, Asturias, cuentan con un número de proyectos significativo; en cambio, ese tipo de fórmulas no son usuales en las dos Castillas, en Navarra, el País Vasco o en la mayor parte de provincias gallegas [55].

Por otro lado, también parece adecuado potenciar el carácter productivo de la actividad frente a la utilidad social, para que no se confundieran en ningún momento con los trabajos de colaboración social previstos en el artículo 213.3 LGSS. Conviene recordar que la mayor parte de contrataciones —bajo un contrato de trabajo de duración determinada en más de un 90% de ocasiones, siendo muy reducido (alrededor del 1%) el número de alumnos que inician actividades por cuenta propia— de los alumnos de escuelas taller y casas de oficios se produce mientras están realizando el proyecto (41,35% en 2004, aunque el porcentaje es superior en las escuelas taller porque tienen una mayor duración) o en los tres meses siguientes a su conclusión (25,1 1% en 2004); por su parte, en los talleres de empleo el primer trabajo suele comenzar en los tres meses que preceden al fin del programa (41,20% en 2004), sin que sea tan alto como en las escuelas taller el porcentaje de contratación durante el proyecto, por la menor duración de este y la edad de los alumnos [56].

En consecuencia, los alumnos que culminan los programas tienen ciertas dificultades para encontrar empleo, y por ello debería implementarse una fase posterior a la finalización del proyecto, en la que se realizasen otro tipo de actividades con un mayor ingrediente lucrativo. Ese carácter productivo permitiría, además, que su función excediera las fronteras de la formación, aunque ese paso exige un replanteamiento del papel de la Administración Pública que debería garantizar una ocupación, siquiera temporal, para todos los alumnos que concluyan con éxito un programa de estas características.

En 1995 el índice de inserción total se redujo al 56,88%; el de los hombres se mantenía en un 66,33%, pero el de las mujeres disminuyó hasta el 39,47%. Desde 1997 se ha producido un significativo incremento en los índices de inserción. En 2004, el índice total llegó al 77,26%, el más alto hasta la fecha, siendo el índice de inserción masculino del 82,57% (sólo superado por el 83,04% de 2000), y el femenino del 67,85% (únicamente mejorado por el 67,90% de 2001); vid. http://www .inem.es/ciudadano/etco/estalabanse.html.

[55] *Vid*. http://www.inem.es/ciudadano/etco/pdf/INSERCION04.pdf, pág. 72.

[56] *Vid*. http://www.inem.es/ciudadano/etco/pdf/INSERCION04.pdf, pp. 36 y ss.

Esta fase productiva permitiría, además, reducir los abandonos —casi el 5% de los alumnos de escuelas taller y casas de oficios no finaliza el proyecto por inadaptación—[57] y mejorar la eficiencia de estos programas, especialmente entre los jóvenes[58]. Si la exitosa culminación del proyecto garantizase un contrato de trabajo no formativo —al menos para ese porcentaje del 23% aproximadamente que no se inserta laboralmente— el incentivo para los alumnos sería indudablemente mayor, aunque todo ello requiere una planificación previa y una infraestructura que quizá las Administraciones Públicas en estos momentos no poseen y/o no están en condiciones de asumir. Las disponibilidades presupuestarias no supondrían, en principio, el principal inconveniente si en esta fase prima el componente productivo, porque el rendimiento económico que podría generarse reduciría el coste directo a car go del erario público.

[57] *Vid*. http://www.inem.es/ciudadano/etco/pdf/INSERCION04.pdf, pág. 24.

[58] El 2004 se aprobaron un total de 12.375 plazas para escuelas taller y casas de oficios, pero el número total de alumnos ascendió a 20.235. El índice de participación en los talleres de empleo, debido probablemente a la edad de los alumnos, es muy cercano al 100%, (9.740 plazas y 10.388 alumnos en 2004); vid. http://www .inem.es/ciudadano/etco/pdf/INSERCION04.pdf, pág. 9.

Ponencia Temática III

LAS POLÍTICAS PASIVAS DE EMPLEO EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN Y PROYECCIONES FUTURAS

JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ
Magistrado de la Sala
de lo Social del Tribunal Supremo

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN: EL ORDENAMIENTO INTERNO Y EL COMUNITARIO.—II. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS P ASIVAS DE EMPLEO EN ESPAÑA.—III. PROYECCIONES FUTURAS.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL ORDENAMIENTO INTERNO Y EL COMUNITARIO

1. Como se sabe, la norma jurídica que, salvo algún precedente puntual no digno de mención, por vez primera se ocupó en nuestro país con carácter general de la protección individualizada de las situaciones de paro forzoso fue la Ley 62/1961, desarrollada después por la Orden de 14 de septiembre de 1961. Dentro de la relativa juventud de todos los mecanismos públicos de protección social, el que otorgaba cobertura a la involuntaria pérdida del trabajo es posiblemente el más moderno y aunque no sea el más universal, es decir, el que más sujetos protege, tal vez pueda decirse que sí es el más relativamente versátil y el que más crecimiento ha experimentado en sus escasos 50 años de existencia. Su expresa mención en el artículo 41 de la Constitución no es una mera casualidad. Otras prestaciones mucho más generalizadas, como sucede, por ejemplo, con la pensión de jubilación, aunque desde luego mediatizadas también por la evolución general de la economía, no sufren con la misma intensidad que el desempleo los avatares, las crisis o los desiguales avances y retrocesos del desarrollo económico y los cambios de la actividad productiva.

La misma configuración estructural de la propia prestación o, mejor, de la atención que el Estado le dedica, no es igual en períodos de bonanza económica que cuando aparecen o se agudizan las crisis que parecen caracterizar el sistema de libre mercado. Es más, uno de los factores más significativos de que una economía «va bien» es precisamente su alta tasa de ocupación y su escaso nivel de desempleo. Tal vez por eso la lucha contra el paro se libra en un doble frente: centrarse en la atención asistencial a las personas que directamente lo padecen e intentar incidir en sus causas económicas y atajar y prevenir así las situaciones de desprotección que la falta o la destrucción de empleo provocan.

La acción legislativa y las políticas de ayuda económica a los desempleados, que hasta hace bien poco les reconocía esencialmente ponderadas rentas de sustitución o de subsistencia, vinculadas unas con el ni-

vel e intensidad de contribución del propio afectado al sistema y otras con su capacidad para enfrentarse a situaciones de necesidad, en los últimos tiempos están siendo sustituidas en gran medida, sobre todo en lo que se refiere a los recursos financieros empleados, por políticas económicas y actuaciones normativas que tratan de lograr el ansiado «pleno empleo», o al menos acercarse a él, que se mantenga o mejore la calidad del existente, o que los afectados por la pérdida de una ocupación o por la imposibilidad de acceder por vez primera a ella, mientras estén en tal situación, puedan mejorar su formación para encontrarla.

El modo de lograrlo, en especial en el ámbito de la política social, parece fundamentalmente dirigido a la concesión de subvenciones a los empresarios, o a la iniciativa privada en general, para la financiación de sus proyectos de inversión, de los tributos y de las contribuciones al sistema de seguridad social. A veces, las ayudas van encaminadas más directamente a la creación de empleo, a la mejora de la calidad del ya existente, tratando de lograr, por ejemplo, la sustitución de contratos precarios por otros estables, o, como se decía, a conseguir una formación complementaria o alternativa del trabajador parado para lograr su más pronta integración en el mercado laboral.

Este tipo de políticas son las que denominamos «activas», en tanto en cuanto tratan de estimular e influir positivamente en la creación, mantenimiento o mejora de la ocupación. Las diferenciamos de aquellas otras que calificamos como «pasivas» porque el objetivo primordial de estas últimas no es sino paliar la desprotección social que sufre aquel trabajador que, pudiendo (capacidad para ello) y queriendo (voluntad de hacerlo) prestar servicios, no encuentra empleo o pierde de manera involuntaria, total o parcialmente, el que tenía. Pero desde el punto de vista conceptual, la vigente Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre) define como políticas activas (art. 23.1) al conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados, por cuenta propia y ajena, así como aquellas otras destinadas a fomentar la creación y expansión de empresas (el «espíritu empresarial» lo llama la Ley) y la economía social. La propia Exposición de Motivos se marca como objetivo el de *complementar y relacionar* las políticas activas de empleo con la prestación económica por desempleo a través de itinerarios de atención personalizada a los demandantes de una ocupación, en función de sus características y requerimientos personales y profesionales. Se llega a afirmar (art. 23.2) que la acción protectora prevista en el artículo 206 de la LGSS, es decir, tanto el nivel contributivo como el asistencial de la prestación, comprende también las acciones que integran las políticas activas de empleo, y todo el Capítulo III del Título II de la Ley está dedicado a la *coordinación* entre éstas y la protección económica frente al desempleo.

La opción legislativa para dedicar más recursos económicos en favor de las políticas activas de empleo en vez de hacerlo para incrementar las cuantías o los supuestos de protección de las prestaciones por desempleo no supone vulneración alguna del artículo 41 CE porque, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional (SsTC 44/2004 y 213/2005, entre otras), salvada la garantía institucional que consagra el mencionado precepto de preservar un régimen público de Seguridad Social en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar , el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en esta materia en un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para su propia viabilidad.

El objeto de esta ponencia no es, desde luego, el análisis de las políticas activas propiamente dichas (quedan fuera, pues, en la medida de lo posible —como luego se verá, determinadas previsiones que pueden incidir en la creación de empleo, como el pago único y sus alternativas, tienen su origen en el derecho a una prestación y constituyen inicialmente por ello políticas de carácter pasivo— todos los programas de fomento del empleo y, en particular, el que expresamente contempla el Capítulo I de la Ley 43/2006) sino destacar la intensa relación entre estas y los mecanismos públicos de ayuda a los desempleados, por lo que resulta imprescindible efectuar un análisis descriptivo, aunque crítico, de los distintos modos y mecanismos de protección y los cambios que los mismos han experimentado en los últimos tiempos. Ello se hace necesario, sobre todo, a la vista del torrente de normas nuevas o de modificaciones de las anteriores que, con más extensión y reiteración de la deseada, aparecen en el Boletín Oficial del Estado en disposiciones coyunturales, una veces autocalificadas de «urgencia» (con el dudoso resultado puesto recientemente de relieve por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional en los recursos de inconstitucionalidad acumulados 4781/02 y 4915/02 respecto al RD Ley 5/2002) otras como «transversales», o más permanentes y específicas sobre la materia de desempleo pero que, en cualquier caso, la enmarañan de tal forma que resulta dificilísimo, no ya su estudio sistematizado —misión probablemente imposible—, sino siquiera su conocimiento preciso.

Como se vio, no es infrecuente encontrar entremezcladas las políticas activas y pasivas. Cada vez con más habitualidad el legislador quiere que el trabajador parado, además de percibir la prestación o la subvención económica que pueda corresponderle, también tenga la posibilidad, entendida inclusive como parte o contrapartida de la prestación, de mejorar su formación con estudios, cursos o actividades educativas o de adiestramiento en general que, sin garantizarle en absoluto una nueva colocación, le puedan ayudar a encontrarla. Incluso conceptualmente, desde la óptica del

mercado y de la creación de empleo, la formación puede tener más componentes estáticos o pasivos, encaminados primordialmente a mejorar la capacidad potencial del desempleado, que dinámicos o activos para lograr directamente la aparición de nuevos puestos de trabajo.

En ocasiones, la actividad formativa de los desempleados se configura como una verdadera exigencia, obligatoria incluso, vinculada a la obtención de la propia ayuda económica (231.1.c LGSS). En otras, prevalece más su aspecto dinámico, como medida colaboradora para la inserción de colectivos específicos, por ejemplo, respecto a determinados trabajadores extranjeros con el objetivo de cubrir las necesidades de empresas que no encuentran mano de obra cualificada en el mercado laboral interno (Orden TAS/195/2007, de 2 de febrero, por la que se establece la concesión de subvenciones para financiar programas destinados a la formación e inserción de trabajadores inmigrantes) o en relación con la concesión de subvenciones para la realización de programas de formación de demandantes de empleo en tecnologías de la información y de las comunicaciones (Resolución de 6 de octubre de 2006, del Servicio Público de Empleo Estatal: BOE 27-10-2006, pág. 37562 y ss.).

Algo parecido sucede también con mecanismos ciertamente bastante «misteriosos», tal vez por poco desarrollados, como el denominado «compromiso de actividad» o el «itinerario de inserción», en los que incluso parece condicionarse la obtención de rentas de sustitución por el desempleado a una actitud más participativa y dinámica por su parte, tanto en la búsqueda de trabajo como en la mejora de su formación.

Estudios recientes han destacado la evolución experimentada por el paro en nuestro país que, de caracterizarse como «masivo, estructural y persistente» a finales de los ochenta, ha pasado a ser en la actualidad «reducido, friccional y recurrente». Las estadísticas europeas dan cuenta de que el gasto en el capítulo «desempleo» de las políticas de protección social en España ha pasado de representar el 19,5% del total en 1991 al 13,3% en 2003 y, en porcentaje del PIB, desde el 4% al 2,6% en ese mismo período. Atendiendo a los fondos invertidos en el mercado de trabajo, las políticas activas, fundamentalmente concretadas en subvenciones a las empresas para facilitar la contratación de desempleados, han ido ganando terreno a las políticas pasivas, representadas básicamente por los subsidios a quienes pierden su empleo. La base de datos sobre políticas de mercado de trabajo de Eurostat permite ver que las políticas activas han ido mejorando sensiblemente en relación a las políticas pasivas. En 1998, el 23,5% del total se dirigía a políticas activas; en 2003 este porcentaje se elevó al 27,8%. En Europa, en 1998, el capítulo dedicado a subvencionar empresas suponía el 37,8% del total de los fondos dedicados a las políticas activas mientras que en 2003 ese mismo capítulo ascendió al 43%. El análisis de todos estos datos, relacionados con la evo-

lución del mercado de trabajo en nuestro país, ha permitido constatar a algún autor (Santos Ortega y Serrano Pascual) que, en algún momento de los años noventa, se produce un «giro copernicano» en la significación social del paro.

2. No es arriesgado asegurar que, histórica y tradicionalmente, nuestro *ordenamiento interno* de Seguridad Social se ha ocupado muy preferentemente de regular los modos y maneras de sufragar las necesidades económicas de los trabajadores que caían en situación de desempleo, mediante actuaciones «pasivas» que sólo preveían la concesión de prestaciones de naturaleza contributiva, calculadas en relación con las aportaciones efectuadas al sistema por empresarios y trabajadores, o ayudas de carácter más o menos asistencial, en las que el gravamen directo y/o proporcional de los beneficiarios o no existía o muy poca relación tenía con la subvención, pese a que, como las primeras, y aún en contra de declaraciones normativas de contenido esencialmente programático, también eran financiadas por la misma caja común. Pero lo cierto es que, como vimos más arriba, en línea con las directrices marcadas por la estrategia comunitaria, cada vez son más importantes, en términos cualitativos y cuantitativos, las políticas activas que, en vez de paliar simplemente los efectos subjetivos del desempleo, dedican gran cantidad de recursos, entre otros objetivos, a tratar de combatir sus causas estructurales —quizá los menos— o a subvencionar —tal vez los más— la creación de nuevos puestos de trabajo, o su transformación en empleos más estables, para aquellos sectores de la población con mayores dificultades para encontrarlo.

Paradigma de política hibrida en materia de empleo, o, mejor , de «paso de políticas pasivas de protección por desempleo a políticas activas de empleo», tal como describe este proceso el preámbulo del RD 1413/2005, por el que se modifica el apartado 1 de la Disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, es la posibilidad de transformar la prestación periódica a la que el trabajador desempleado tenga derecho, mediante su capitalización, en un abono de pago único que le permita dedicarlo, no ya a sufragar sus necesidades vitales como renta de sustitución del salario perdido, sino a promover o a sumarse a otras iniciativas de autoempleo o a proyectos de economía social o a sufragar sus cotizaciones a la Seguridad Social.

3. Sea como fuere, es decir , destaquen más los aspectos activos o los pasivos en nuestra política interna referida al empleo, sí conviene adelantar que la actividad *reguladora, armonizadora o coordinadora* que al respecto desarrolla y patrocina la *Unión Europea*, dejando al margen las labores de intercambio de información y estudios comparativos que desde 1982 desempeña el Observatorio Europeo del Empleo (según Eurostat, la oficina estadística de la UE, el crecimiento relativo más intenso en la zona euro se registró en España, con una tasa del 3%; nuestra tasa de

paro en diciembre de 2006 se rebajó al 7,6 % aunque la tasa de temporalidad —el 32 %— es, con mucho —más del doble—, la más alta de la UE), está casi exclusivamente encaminada a la promoción de políticas claramente activas.

Así, por ejemplo, las Directrices macroeconómicas, microeconómicas y de empleo en las políticas comunitarias para el período 2005-2008, según la Comunicación del Presidente de la Comisión, de 12 de abril de 2005, que constituyen el instrumento político principal para el desarrollo y la aplicación de la Estrategia de Lisboa (2005), lejos de hacer referencia a cualquier prestación o ayuda directa a los trabajadores europeos desempleados, lo que hacen es, en esencia y después del primer precedente que en ese mismo sentido supuso la Decisión núm. 578/2003/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, recomendar la concentración de esfuerzos en políticas destinadas a alcanzar el pleno empleo, sobre todo mediante la mejora de la inclusión laboral de las personas desfavorecidas, una mayor inversión en recursos humanos, la adaptación de los sistemas de educación y formación, y la promoción de la flexibilidad combinada con la seguridad del empleo; es decir , medidas todas ellas tendentes a reactivar el mercado de trabajo más que a paliar las necesidades de quienes o no se han integrado aún o han perdido su ocupación. En esta misma línea de objetivos cabe citar la Decisión núm. 1639/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa marco para la innovación y la competitividad durante el período 2007 a 2013 (DOCE, Serie L, núm. 310, de 9 de noviembre de 2006) y la Decisión núm. 1672/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social —Progress— (DOCE, Serie L, núm. 315/1, de 15 de noviembre de 2006).

Del mismo modo, la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo, de 14 de julio de 2004, relativo al Fondo Social Europeo, centra sus intervenciones durante el período 2007-2013 en cuatro ámbitos de actuación (mejorar la capacidad de adaptación de los trabajadores y las empresas; facilitar la obtención de empleo y la participación en el mercado de trabajo; propiciar la inclusión social; fomentar la creación de asociaciones en pro de la reforma) y ninguno de ellos se refiere directamente a políticas pasivas de empleo.

Tampoco la Recomendación 2004/741/CE del Consejo, de 14 de octubre de 2004, sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros (Diario Oficial L 326 de 29.10.2004) se ocupa de medidas pasivas, ni en las genéricas indicaciones comunes dirigidas a todos los países miembros (mejorar la capacidad de adaptación de los trabajadores a las empresas; atraer a más personas hacia el mercado de trabajo;

hacer de éste una verdadera opción para todos; invertir más, y de forma más eficaz, en capital humano y aprendizaje permanente; y garantizar una aplicación eficaz de las reformas), ni en las que específicamente se dedican a España (los contratos fijos deberían ser más atractivos para los empleadores; las agencias de trabajo temporal deberían tenerlo para los trabajadores; habrían de suprimirse los obstáculos al trabajo a tiempo parcial; se deberían aprovechar las posibilidades que ofrece la diferenciación salarial en función del aumento de la productividad a nivel local, regional o sectorial; habrían de aumentarse los incentivos para que las mujeres participen en el mercado de trabajo reduciendo el coste de los servicios para el cuidado de los hijos y otras personas dependientes; mejorar las medidas activas para las personas desfavorecidas: jóvenes, discapacitados, inmigrantes y desempleados de larga duración; completar la modernización de los servicios públicos de empleo; potenciar la coordinación entre los servicios de empleo regionales y eliminar los últimos obstáculos a la movilidad geográfica).

Por último, como un elemento clave de la Estrategia Europea de Empleo nacida en Luxemburgo en 1997, la Comisión, mediante su Decisión 2003/8/CE, de 23 de diciembre de 2002, por la que se aplica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, reformó la red EURES (la red europea para el empleo y la movilidad de los trabajadores mediante el intercambio transnacional, interregional y transfronterizo de ofertas y demandas de empleo, así como el intercambio de información sobre las condiciones de vida y la obtención de cualificaciones) en lo que se refiere a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo dentro del Espacio Económico Europeo (que incluye a los 25 miembros de la UE junta con Noruega e Islandia) y Suiza, pero evidentemente ni la propia Red ni su actividad constituyen actuaciones pasivas frente al desempleo.

4. En términos generales puede concluirse, pues, que, a excepción de *las normas de coordinación* que contiene el Capítulo 6 del Titulo III del ya viejo Reglamento 1408/71 (o el mismo Capítulo del Reglamento 883/2004 cuando entre definitivamente en vigor), las políticas pasivas de empleo pertenecen al ámbito interno de cada uno de los países integrantes de la Unión, mientras que las políticas activas, en principio, son claros objetivos comunitarios. No obstante, conviene tener presente que entre estos últimos, y con la finalidad de fomentar la movilidad de los trabajadores, se encuentra el de «facilitar la búsqueda de trabajo en los distintos Estados miembros» y , en consecuencia, «velar por una coordinación más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros», tal como dice el «considerando» núm. 32 del precitado Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.

II. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS PASIVAS DE EMPLEO EN ESPAÑA

1. En el plano estatal y desde la *perspectiva exclusiva del trabajador* afectado por la involuntaria pérdida de una ocupación, la protección por desempleo ha ido cambiando desde la simple prestación económica, que en los primeros momentos apenas requería otra cosa que encontrarse involuntariamente parado y reunir los requisitos de afiliación y cotización exigidos por la ley , a conceder un apoyo más amplio que ha pasado a vincular dicha ayuda con el cumplimiento de otros condicionantes (compromiso de actividad, obligación de aceptar oferta de empleo adecuada, etc.) que procuran encauzar al desempleado hacia su reincorporación al mercado de trabajo. Hoy se trata quizá de políticas híbridas que conjugan la concesión o reconocimiento de unas rentas de sustitución por la pérdida del empleo y del salario, o cantidades que sólo garanticen una subsistencia mínima, con otras medidas que, más que de carácter o naturaleza exclusivamente prestacional, tratan de estimular actitudes dinámicas para lograr la reincorporación de los desempleados a la actividad laboral. Pero hasta llegar aquí, la prestación por desempleo, de forma similar a otras que también garantizan la protección social en nuestro sistema, ha ido experimentando una transformación claramente restrictiva en cuanto a su intensidad.

2. Las políticas de *contención del gasto* en esta materia tal vez tengan su más importante punto de inflexión en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección del Desempleo, y en el RD 625/1985, de 2 de abril, que la desarrolló. También a principios de la década de los noventa del siglo pasado se acometieron una serie de reformas, igualmente restrictivas, que afectaron al propio reconocimiento del derecho y a la intensidad de la protección. Medidas tales como el aumento del período mínimo de ocupación cotizada que podía dar derecho a la prestación contributiva desde los 6 a los 12 meses, la supresión de la equivalencia entre períodos de cotización y períodos de prestación, la reducción de su cuantía mediante la rebaja de los porcentajes a la base reguladora, o la prohibición de computar, a efectos de una futura prestación contributiva, las cotizaciones efectuadas durante la percepción del subsidio, son muestra de esa evolución restrictiva que parece estar directamente relacionada con la necesidad de reducir también el gasto público ante el temor , fundado o no, de hundimiento del sistema.

3. Toda la evolución de la protección por desempleo refleja la tensión entre su concepción *como materia de Seguridad Social o* como *política de empleo*. La Ley Básica de Empleo de 1980 pretendió plasmar una concepción general y más autónoma de las políticas de empleo y , sacándolo de la LGSS de 1974, dedicó su Titulo II al régimen jurídico de la protección por desempleo. Pero fue a partir del Texto Refundido de la

Ley General de la Seguridad Social de 1994, cuando, al tiempo de la formal derogación (disp. derog. Única LGSS) del pertinente Capítulo dedicado a la materia por la Ley 31/84, se integra definitivamente la protección como parte de la Seguridad Social, aunque con la importantísima peculiaridad de que su financiación se cubre (a partir de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que modificó en tal sentido el artículo 20 de la antigua Ley 31/84, en redacción integrada hoy en el artículo 223 LGSS) no sólo mediante la cotización de empresarios y trabajadores sino también —y esta es la gran novedad— con la aportación del Estado en la cuantía fijada cada año en la correspondiente Ley de Presupuestos.

La contingencia protegida no tiene naturaleza estática o permanente, como sucede, por ejemplo, con la pensión de jubilación, en la que se trata de garantizar una renta estable de sustitución hasta el fallecimiento del beneficiario. El desempleo es, conceptualmente, un escenario temporal y cambiante en el que puede encontrarse el trabajador. Precisamente por ello, su cobertura, además de proporcionarle rentas de sustitución solo mientras dure, debe incluir también otros mecanismos que le ayuden a salir de ella, de la misma forma que el trabajador enfermo percibe un subsidio económico al tiempo que obtiene asistencia sanitaria (Cabeza Pereiro).

4. Desde la *perspectiva empresarial*, la evolución de la regulación de la prestación y de sus instituciones cercanas parece ir encaminada a otorgar también beneficios al empleador, por ejemplo, sustituyendo su anterior obligación de abono de salarios de tramitación en los casos de despido, no sólo mediante la técnica de su paralización automática al reconocer la improcedencia y depositar el importe de la indemnización, sino, en lo que aquí interesa, a través del simultáneo encadenamiento con la percepción de la prestación por parte del trabajador , que puede acreditar la situación legal de desempleo por el simple expediente de presentar la carta de despido, aunque, como luego veremos, muy recientemente (RD 200/2006) se le exija también la certificación empresarial en la que figure la causa y la fecha de efectos de la extinción.

5. De las seis importantes *reformas* experimentadas por la *Ley 31/84* a lo largo de sus diez años de vigencia (*1*. la disposición adicional 15.1 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1988, que introdujo la aportación del Estado como medio estable y permanente de financiación de la acción protectora; *2*. la disposición final 1.ª de la Ley 8/1988, de 7 de abril, que trasladó a la su texto las previsiones correspondientes a las infracciones y sanciones en materia de empleo y prestaciones por desempleo; *3*. el RD Ley 3/1989, de 31 de marzo, de Medidas adicionales de carácter social, que amplió la cobertura de la prestación en su nivel asistencial a los desempleados de larga duración,

con atención especial a los mayores de 45 años y a quienes tuvieran cargas familiares; *4*. la disposición adicional 1 1.ª de la Ley 31/1990, de 31 de diciembre, de Presupuestos para 1991, que introdujo determinadas novedades en la forma de computar las cotizaciones efectuadas después de extinguida una prestación contributiva por realizar el beneficiario un trabajo superior a 6 meses y , en el nivel asistencial, entre otras cuestiones, aclaró algunos extremos relativos al cómputo de las rentas obstativas del subsidio, a su cuantía y al momento en el que el beneficiario habría de reunir los requisitos que le permitiera su percepción; *5*. el RD Ley 1/1992, luego convertido en la Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas ur gentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo; *y 6*. la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo) tal vez sean las dos últimas las que mejor expresan la tendencia evolutiva de la prestación por desempleo.

En todas ellas puede apreciarse con bastante claridad la disminución en la intensidad en la protección y , al tiempo, el desplazamiento de objetivos desde la simple ayuda económica al trabajador parado a la preocupación por su pronta reintegración en el mercado laboral; es decir , una mayor inquietud por las políticas activas de empleo que por las políticas pasivas en favor de los desempleados.

Ello se advierte sobre todo en la más amplia concepción de lo que debe entenderse por colocación adecuada (»aquella que se corresponda con la profesión habitual del trabajador o cualquiera otra que ajustándose a sus aptitudes físicas y formativas implique un salario equivalente al establecido en el sector en el que se le ofrezca el puesto de trabajo, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho, y no suponga cambio de su residencia habitual, salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo»: artículo 10. 3 de la Ley 31/84, en la redacción dada por la Ley 22/92) y en las consecuencias legales (extinción de la prestación: artículo 1 1) de su rechazo o de la injustificada negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o acciones de promoción, formación o reconversión profesional.

Dejando al margen las críticas que estas medidas puedan merecer e incluso sin fijarnos en su dudosa eficacia de cara al mantenimiento o creación de empleo, que, a la vista del escaso número de reclamaciones sobre estas materias, no parece que hayan abocado a una gran cantidad de extinciones prestacionales por el rechazo de «empleos adecuados» por parte de los beneficiarios, aunque probablemente esto también esté relacionado con la casi nula capacidad de mediación real en el mercado de trabajo de los servicios públicos de empleo, lo verdaderamente relevante es que tales prevenciones, al menos en teoría, ponen notoriamente de

manifiesto la voluntad del legislador de vincular cada vez con más intensidad las políticas pasivas, consistentes en el simple abono de la prestación, a las activas que primordialmente persiguen el mantenimiento o reanudación de la ocupación.

6. Después de la entrada en vigor del TRLGSS/1994, la reforma legal más relevante desde la perspectiva de esa tendencia a favor de añadir elementos de política activa de empleo, y como condicionantes para la obtención y/o mantenimiento de las prestaciones de desempleo, es la que se produjo, tras el breve paréntesis que supuso el frustrado RD Ley 5/2002, por virtud de la Ley 45/2002. En ese mismo plano mixto, también merece la pena destacar las novedades introducidas en las letras c) y d) del artículo 231 LGSS por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Se establecen a partir de aquí, como nuevas obligaciones de los beneficiarios, las de participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, así como aceptar el trabajo adecuado ofrecido por la Oficina de Empleo o por la Agencia de Colocación sin fines lucrativos, comparecer ante dichos entes cuando se sea requerido para ello, renovar la demanda de ocupación cuando corresponda y devolver en el plazo de 5 días el justificante de haberse presentado en el lugar y fecha indicados para cubrir ofertas de empleo facilitadas por aquéllos.

7. Pero, como se decía, las *novedades más significativas* se deben a la Ley 45/2002 que, en este orden de cosas, y a diferencia de lo que sucedió con los recortes en el plano puramente prestacional (revisados muy probablemente como consecuencia de la huelga general convocada el 24 de junio de 2002 por los sindicatos más representativos), vino a confirmar la tendencia a introducir en este ámbito medidas hibridas que aúnan elementos pasivos de protección con otros claramente activos a favor del empleo y que ya reflejaba el recientemente anulado RD Ley 5/2002. Algún sector doctrinal muy crítico con la Ley 45/2002 llegó a decir de ella que, resumida en dos frases, elevaba a los altares el despido fraudulento al disuadir al trabajador de cualquier impugnación, una vez que el empresario reconocía su improcedencia de forma simultánea a la comunicación extintiva, y facilitaba que la empresa pudiera calcular hasta el último céntimo de euro cuánto le iba a costar su decisión, lo que producía consecuencias extraordinariamente graves en la prestación por desempleo, y sobre todas ellas el problema de la conveniencia de mantener o no el requisito de la involuntariedad para acceder a su cobertura contributiva (Cabeza Pereiro). Pero dejando a un lado la crítica más de fondo, desde la perspectiva que aquí ahora nos interesa, esto es la del análisis de esas políticas hibridas activas y pasivas, queremos destacar algunas cuestiones puntuales de la Ley que, como adelantamos, nos parecen muy significativas:

a) El nuevo apartado 2 al artículo 231 LGSS, en el que se definió el denominado «compromiso de actividad» como «el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo»; no conozco datos que permitan evaluar la eficacia de este «compromiso» pero intuyo, ayudado por la escasa conflictividad apreciada al respecto en mi actividad profesional, que, en la práctica, ha debido defraudar las expectativas del legislador .

b) La delimitación, ciertamente extensiva, del concepto de «colocación adecuada» (nuevo apartado 3 del artículo 231) como «la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas», añadiendo que «en todo caso», se entenderá por tal «la coincidente con la misma actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses».

c) La extinción del derecho a la prestación ya reconocida cuando el beneficiario realice un trabajo por cuenta propia superior a 24 meses (art. 213.1.d LGSS); la anterior regulación preveía que las prestaciones por desempleo se extinguirían, entre otras causas, por la «realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses», y ese texto había permitido sostener a la jurisprudencia (SsTS 18-3-98, Sala General, R 12381/97 y 2500/97, 24-6-98, R. 3387/97, 21-9-99, R. 3394/98, 1 1-7-2001, R. 2638/00), precisamente en beneficio de la ocupabilidad y del empleo, que la realización de trabajos por cuenta propia no causaba la extinción sino la suspensión de la prestación, aunque en un relevante voto particular de las primeras resoluciones citadas ya se planteaba el problema de dejar abierto —es decir , sin establecer con precisión su duración— el período temporal en el que pudiera mantenerse esa suspensión; el nuevo texto parece aceptar en lo sustancial la referida doctrina jurisprudencial pero establece un claro límite temporal cuando contempla la extinción del derecho por el desempeño de un trabajo por cuenta propia igual o superior a 24 meses. A efectos de la suspensión o de la extinción previstas en los arts. 212.1.d) y 213.1.d) de la LGSS, el RD 200/2006 que luego analizaremos introduce un artículo 6 bis en el reglamento del desempleo (RD 625/1985) en virtud del cual se considera trabajo toda actividad que genere o pueda generar retribución o ingresos económicos, por cuenta ajena o propia, que sea incompatible con la prestación o con el subsidio. Solucionando

una cuestión de derecho intertemporal, la Sala IV del TS ha entendido recientemente que esos 24 meses se computan, no desde que el parado comenzó su experiencia de autoempleo, sino a partir de la entada en vigor de la Ley 45/02, o, lo que es igual, que la nueva norma habrá de ser aplicada a quien haya permanecido como trabajador autónomo durante 24 meses contados desde su entrada en vigor, pero no a quienes llevaran trabajando los 2 años con anterioridad, a los que se les aplicaría el precitado criterio jurisprudencial (TS 18-10-2006. R. 3606/05).

d) La posibilidad excepcional de compatibilizar la prestación o el subsidio con el trabajo por cuenta ajena (art. 228.4 LGSS), cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a algún colectivo con importantes dificultades de inserción en el mercado de trabajo, y durante el tiempo y en la cuantía que el propio programa establezca; en estos casos, los abonos de la gestora no incluirán la cotización a la Seguridad Social y el empresario sólo deberá pagar al trabajador la diferencia entre la prestación o el subsidio y el salario que le corresponda, aunque será responsable de cotizar por el total (salario y prestación); con este tipo de prevenciones, en cuya virtud prestación y salario no se acumulan sino que se complementan, da la impresión de que el desempleado, al menos en el supuesto de la prestación contributiva, está participando en la financiación de ese peculiar nuevo puesto de trabajo porque, teniendo derecho a la prestación íntegra, consume sus cotizaciones anteriores a cambio del simple abono parcial de ésta. También como medida para fomentar la contratación de trabajadores desempleados perceptores de prestación y, al tiempo, para que se pueda hacer efectivo el derecho a la formación de los ocupados, el mismo artículo 228.4, en su tercer párrafo añadido por la Ley 45/2002, dispone que se establecerán programas que permitan tales contrataciones sin que los afectados pierdan la prestación.

e) La ocasión de percibir toda o parte de la prestación contributiva, aunque condicionada a que así lo establezca «algún programa de fomento del empleo», de forma capitalizada bajo las modalidades de pago único (párrafo 1.º del apartado 3 del artículo 228) o pagos parciales para subvencionar la cotización a Seguridad Social (2.º párrafo artículo 228.3);

f) A los efectos de la precedente posibilidad, la Disposición transitoria 4.ª de la Ley 45/2002, y bajo la denominación de «Programa de fomento de empleo en economía social y empleo autónomo», además de mantener expresamente la vigencia del RD 1044/1985, que regulaba desde entonces la modalidad de pago único, en todo aquello que

no se opusiera a las 4 reglas que contiene la propia transitoria, permitía percibir la prestación contributiva por desempleo de esa misma forma (pago único) para aportarla a una sociedad laboral o a una cooperativa —o para constituirlas— a las que el beneficiario pretendiera incorporarse como socio trabajador o de trabajo, de forma estable y a tiempo completo, siempre que no hubiera cesado previamente en ellas. La disposición final 3.ª de la Ley 36/2003, de 1 1 de noviembre, de medidas de reforma económica, ha rectificado esta regla y permite, desde su entrada en vigor , el acceso a esos programas de fomento de empleo a quienes hubieran mantenido con dichas sociedades un vínculo contractual previo inferior a 12 meses. La oportunidad de emplear la prestación capitalizada para constituirse como trabajador autónomo, pero limitándola a las personas con una discapacidad igual o superior al 33%, podría dar lugar a pensar que el legislador quiso excluir definitivamente la posibilidad de que quienes no tengan tal discapacidad puedan dedicar la prestación a iniciar una experiencia de autoempleo; sin embargo, la regla 3.ª del núm. 1 de la Disposición transitoria analizada, en su redacción original, disipaba la incertidumbre cuando expresamente declaraba aplicables las reglas 1.ª y 2.ª a todos los beneficiarios de prestaciones contributivas que pretendieran constituirse como trabajadores autónomos, aunque no se tratara de personas con discapacidad igual o superior al 33%. Sin duda la enorme cantidad de fraudes que se produjeron en el pasado al hilo del pago único regulado en el RD 1044/85, según puede comprobarse mediante un somero análisis de las colecciones de jurisprudencia y doctrina judicial de los años posteriores a su entrada en vigor , es la explicación de una norma tan compleja que, sobre todo, rezuma desconfianza en los desempleados. En estos supuestos, el abono de la prestación se efectuará de una sola vez por el importe que corresponda a la aportación obligatoria establecida con carácter general en la cooperativa, o al de la adquisición de acciones o participaciones de capital social en una sociedad laboral, en ambos casos en lo necesario para acceder a la condición de socio, o a la inversión necesaria para desarrollar la actividad en el caso de trabajadores autónomos con minusvalía. Probablemente no puedan entenderse amparadas por la norma aquellas aportaciones que pretendan cubrir una posterior ampliación del capital a una sociedad ya en funcionamiento, o las que superen la participación obligatoria mínima prevista en sus estatutos en el caso de las cooperativas (SsTSJ Madrid 14 y 21/4/2005, R. 1285 y 1641/05), por más que una regulación así de restrictiva, dejando al margen los supuestos de fraude, tal vez no sea lo más favorable al objetivo de la ocupabilidad.

g) La posibilidad de percibir la prestación contributiva, también de manera capitalizada pero ahora con pagos parciales trimestra-

les, para subvencionar la cotización del beneficiario a la Seguridad Social (reglas 2.ª y 3.ª del núm. 1 de la Disposición transitoria 4.ª Ley 45/2002), previa presentación por el trabajador de los correspondientes documentos acreditativos del ingreso; si se trata de afiliados al RET A parece que la subvención podrá alcanzar a la totalidad de las cuotas, pero si se trata de cooperativistas o socios trabajadores la cuantía de la prestación a abonar solamente corresponderá al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social, calculada en días completos de prestación. Esta modalidad parece presuponer que las cuotas han de ser previamente ingresadas en la TGSS por el afectado, con lo que resulta al menos dudosa su utilidad como medida de fomento de la ocupación porque lo lógico es pensar que quien ha perdido involuntariamente su empleo no suele estar en disposición de adelantarlas.

8. El apartado 1 de la *Disposición transitoria 4.ª* de la Ley 45/2002, además de la precitada rectificación propiciada por la Ley 36/2003, ha sido posteriormente *modificada* por el Gobierno, tal como permitía de manera expresa y ciertamente extravagante su núm. 2 («2. El Gobierno podrá modificar, mediante Real Decreto, lo establecido en el apartado 1 anterior»), a través del *RD 1413/2005, de 25 de noviembre*. Las *novedades más relevantes* de esta norma, que dice seguir la línea marcada por la Estrategia Europea de Empleo para promover el autoempleo mediante el paso de políticas pasivas de protección por desempleo a políticas activas de empleo, son las siguientes:

a) Amplía de 12 a 24 meses el plazo máximo del vínculo contractual previo con la cooperativa o sociedad laboral a la que se pretenda incorporar el beneficiario de una prestación, abonando la gestora el valor actual de su importe, y permite que se extienda también a las aportaciones al capital y a la cuota de ingreso en el caso de las cooperativas.

b) La entidad gestora podrá abonar el valor actual del importe de la prestación, en la cuantía de la inversión necesaria para el desarrollo de la actividad, a quienes pretendan constituirse como trabajadores autónomos, tanto a las personas con minusvalía igual o superior al 33 por ciento (párrafo primero de la regla 1.ª) como a las que no tengan reconocido ningún grado de minusvalía (primer párrafo de la regla 3.ª).

c) Si el beneficiario no consume el importe total de la prestación por una sola vez mediante el mecanismo anterior , el resto puede obtenerlo para dedicarlo mensualmente al pago de su cotización a la Seguridad Social.

d) A partir de ahora, el anterior abono trimestral para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social pasa a ser mensual pero es probable que, en la práctica, el propio beneficiario tenga que seguir adelantando el ingreso en la Tesorería porque es él quien lo percibe de la gestora después de que ésta compruebe que aquél se mantiene en alta en el mes correspondiente.

e) Amplía desde el 20 al 40% de la prestación el porcentaje de capitalización a quienes pretendan constituirse como trabajadores autónomos.

f) Se dispone de manera contundente (regla 4.ª de la transitoria 4.ª de la Ley 45/2002, en la redacción dada por el RD 1413/2005) que la solicitud de abono de la prestación capitalizada «en todo caso» deberá ser de fecha anterior a la incorporación o constitución de la cooperativa o sociedad laboral o al inicio de la actividad como autónomo, estableciéndose asimismo, a modo de presunción legal que entiendo destruible por prueba en contrario, que tal inicio coincide con la fecha que así lo exprese la solicitud de alta del trabajador en la Seguridad Social; tal vez estas medidas sean una respuesta a la interpretación jurisprudencial más flexible que fijaba en el momento de alcanzarse la situación legal de desempleo la fecha determinante para tener derecho al pago único porque de esa manera se cumplía con la finalidad de estimular la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados (TS 25-5-2000, R. 2947/99; 30-5-2000, R. 2721/99; 20-9-2004, R. 3216/03); esta misma razón teleológica ha sido utilizada por la jurisprudencia para aceptar el reintegro al beneficiario de las cuotas abonadas al Régimen de Autónomos por haber iniciado una experiencia de autoempleo, aun cuando la solicitud del derecho se había efectuado 8 días después del alta en RET A (TS 7-11-2005, R. 4697/04), o incluso con 4 meses de diferencia (1 1-7-2006, R. 2317/05), con el argumento esencial de que «lo relevante para que el derecho cuestionado cumpla su finalidad de estimular la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados [es que la petición] se produzca en cualquier momento de la situación de desempleo, con tal de que no sea anterior al de ésta».

g) Seguramente para tratar de corregir disfunciones, para intentar prevenir situaciones de fraude o aquellas otras aún más complejas en las que suelen sobrevenir incompatibilidades entre desempleo y salarios de tramitación, se ordena que la solicitud de pago único o de abono de cuotas de Seguridad Social deberá ser posterior a la resolución (¿firme?) del procedimiento correspondiente cuando el trabajador hubiera impugnado el cese de la relación laboral origen de la prestación; la medida entraña una desconfianza casi ob-

jetiva en los desempleados que no creo justificada, que quizá, igual que la analizada en el apartado anterior, contradiga la dinámica legal de la propia prestación («El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación»: artículo 209.4, segundo párrafo, LGSS) y que, por su excesiva rigidez, también vaya en contra del objetivo declarado de promover el autoempleo, máxime si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones, pese a la impugnación del despido, jamás se producirá la readmisión efectiva del trabajador porque la empresa desapareció o cerró definitivamente: parece que el legislador se inclina por la filosofía de la subvención y prefiere que el desempleado, en lugar de intentar reubicarse en el mercado de trabajo, permanezca percibiendo pasivamente la prestación de pago periódico hasta agotarla.

h) Por último, y ya no sé si para terminar de complicar incomprensiblemente las cosas y que la precitada jurisprudencia (*f*) pueda seguir manteniéndose, se dispone que los efectos económicos del abono del derecho solicitado (pago único o cuotas) se producirán a partir del día siguiente al de su reconocimiento, salvo cuando la fecha de inicio de la actividad sea anterior , en cuyo caso se estará a la fecha de inicio de esa actividad

9. Todas las anteriores medidas legales parecen tender a facilitar la promoción del autoempleo de los trabajadores que han perdido su anterior colocación por cuenta ajena. Sin embar go, la complejidad de la regulación y las cautelas establecidas para reconocer por fin el pago único capitalizado, bien sea para dedicarlo directamente al comienzo o a la participación del afectado en una nueva actividad o bien sea para subvencionarle las cotizaciones sociales, no me parece que vayan a resolver los problemas de articulación entre esas dos modalidades de abono (pago periódico o pago único).

De *lege ferenda*, seguramente sería bueno, como se ha apuntado por algún autor (del Val Tena, comentario a la STSJ País Vasco 21/2/2006, Arz. Social núm. 15/07), que se precisaran mejor las situaciones legales de desempleo o, al menos, que se establecieran plazos distintos para solicitar prestaciones, según se hubiera reclamado o no contra la decisión extintiva del empresario.

Pero mientras que la dinámica legal del derecho siga exigiendo rígidamente que la solicitud de la prestación se efectúe dentro de los 15 días siguientes a aquel en que se produzca la situación legal de desempleo (recuérdese que se pierden los días transcurridos entre el nacimiento del derecho y la solicitud extemporánea de la prestación: por todas, STS 22-11-2006, R. 3767/05), y ésta pueda entenderse producida alternativamente

en varios y muy distintos momentos (a la notificación empresarial del despido; a la fecha del acuerdo administrativo o judicial, con reconocimiento de la improcedencia; a la fecha de las sentencias de instancia, de suplicación o incluso de casación unificadora; etc.), sólo la interpretación judicial individualizada podrá acomodar los requisitos legales al loable objetivo de facilitar el autoempleo de los desempleados, al menos mientras esa misma interpretación teleológica, con los controles que se crean necesarios para evitar situaciones de fraude, no parece haber sido la norma habitual en la actuación de la entidad gestora.

10. Por razones de orden cronológico y sistemático conviene hacer aquí una *breve y sucinta referencia al RD 200/2006*, de 17 de febrero, por el que se modificó el RD 625/1984 que desarrolló en su día la Ley 31/1984. En esencia, y dejando al mar gen la intención de agilizar los procedimientos administrativos mediante la utilización de las nuevas tecnologías, sus novedades más significativas tratan de clarificar el modo de acreditar la situación legal de desempleo en determinados supuestos, rectifican la cuantía de la prestación en concordancia por la Ley, excluyen las horas extraordinarias del cómputo para calcular la base reguladora, otorgan mayor precisión en las reglas para averiguar los requisitos de carencia de rentas y de responsabilidades familiares, mejoran la situación de los mayores de 52 años en relación con su subsidio de prejubilación, delimitan con mayor precisión el concepto de trabajador por cuenta propia a efectos de la suspensión o extinción de la prestación, aclaran el régimen jurídico de las incompatibilidades, y simplifican la dinámica de la prestación y de los subsidios respecto a determinados trabajadores atípicos, esencialmente permitiendo la solicitud agrupada —que supone tener cumplido el requisito de la inscripción como demandante de empleo— de reanudación a los fijos discontinuos y a quienes tengan reducida su jornada ordinaria o suspendida su relación laboral por ERE y dentro de un mes tengan periodos de actividad o inactividad.

En los supuestos en los que la situación legal de desempleo se acredite mediante la simple comunicación del empresario, la causa y fecha de efectos de tal situación deberá figurar en el certificado de empresa: entiendo que con ello se pretende simplificar la documentación a presentar ante la gestora, resultando sólo necesaria dicha certificación para acreditar la situación legal.

Para acomodarse formalmente a las cuantías previstas en la Ley (211.2 LGSS), el reglamento también establece el importe de la prestación contributiva en el 70% de la base reguladora durante los 180 primeros días y en el 60 % a partir del día 181; es evidente que esta precisión, aunque conveniente para evitar confusiones, era innecesaria porque la propia Ley había derogado la anterior previsión reglamentaria.

Respecto a la circunstancia de tener hijos a cargo ya no es imprescindible la convivencia con el beneficiario siendo suficiente con que éste tenga obligación de alimentos por convenio o por resolución judicial o acredite que los sostiene económicamente. La cuantía máxima o mínima de la prestación se podrá adaptar a lo largo del periodo de percepción en función del incremento o disminución del número de hijos a cargo.

En relación con el subsidio para mayores de 52 años, a partir de ahora pueden acceder con claridad quienes alcancen dicha edad y hubieran agotado antes una prestación contributiva por desempleo, aunque no hubieran llegado a percibir subsidio por superar el límite de rentas o, percibiéndolo, hubieran dejado de hacerlo por superarlas con carácter sobrevenido; es decir, como tenía reconocido la jurisprudencia (TS 3-7-2001, R. 34/00; 23-4-2001, R. 1655/00), el cumplimiento sobrevenido de los requisitos constitutivos después del momento inicial de la contingencia permite el acceso a esta modalidad de subsidio.

Tal vez las novedades más relevantes sean las que introducen reglas concretas para determinar el requisito de carencia de rentas en el acceso al subsidio; la mayoría de ellas quieren ser reproducción de criterios jurisprudenciales estables, como sucede, por ejemplo, con el no cómputo de la indemnización legal por despido aunque se perciba de forma aplazada (TS 18-9-1996, R. 3455/95) —pero sí de los rendimientos que pudiera producir su inversión—, con las rentas derivadas de la explotación de un bien ganancial, que se imputará por mitad a cada cónyuge (TS 23-5-2003, R. 2014/04; 20-10-2004, R. 5990/03), y con la que dispone que las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto (TS 31-5-1996, R. 3844/95; y Auto TS 21-5-1998, R. 4775/97), significando con esto último, probablemente, que en ningún caso deberán descontarse del cómputo las cargas tributarias o las cuotas sociales; sin embargo, cuando expresamente se dice después que, si se trata de rendimientos procedentes de actividades empresariales, profesionales, agrícolas, ganaderas o artísticas, el cómputo se efectuará «por la diferencia entre los ingresos y los gastos necesarios para su obtención» (art. 7.1. *a*), quizá podría sostenerse que, en estos casos, los impuestos o las cargas obligatorias de Seguridad Social habrían de considerarse «gastos necesarios» para la obtención de los rendimientos; de ser así, la norma estaría otorgando a las rentas del trabajo un trato desigual y menos favorable, difícilmente justificable, con relación a esos otros rendimientos, por lo que —me temo— la cuestión podría seguir requiriendo la intervención judicial.

La regla que dispone que «las ganancias patrimoniales se computarán por la diferencia entre las ganancias y las pérdidas», aparte de dar la sensación de que se quieren introducir criterios de orden tributario a los efectos de determinar el acceso al subsidio de desempleo (cuestión esta descartada en términos generales, aunque con alguna excepción [TS 1 1-

10-2005, R. 3399/04, que tiene en cuenta deducciones tributarias en la determinación del importe de un «rescate» de un Plan de Pensiones], por la jurisprudencia: TS 31-5-1999, R. 1581/98; 30-6-2000, R. 1035/99; 26-2-2002, R. 1037/01; recordadas todas en la de 27-1-2005, R. 2192/04, que trata de una prestación no contributiva), a mi modo de ver , introduce una gran confusión tanto por el lugar en el que se ubica [artículo 7.1.a) del RD] como por su contenido, pues esas pérdidas o ganancias inciden en el patrimonio del afectado, no en sus rentas, y el cómputo e hipotética compensación debería contemplarse, en todo caso, en los rendimientos «presuntos» del patrimonio a los que alude el núm. 3 de la regla c) del propio artículo 7.1 del reglamento: sería ahí donde, después de realizar la compensación entre pérdidas y ganancias, debería calcularse el rendimiento mensual presunto que resulte de aplicar el 50 % del tipo de interés legal del dinero.

Para ser beneficiario del subsidio, el artículo 215.1.1) de la LGSS exige la inscripción como demandante de empleo durante el plazo de un mes y aunque el artículo 7.3.b) del RD 625/85 pedía la inscripción «desde la situación legal de desempleo», el TS había reiterado (entre otras, SsTS 30-4-2001, R. 1575/00; 1 1-11-2003, R. 4780/02; y 16-1 1-2006, R. 5279/04) que este último no era un requisito constitutivo. Los problemas solían venir propiciados en la práctica, por un lado, por las bajas burocráticas en la inscripción a causa de la no renovación —por incomparecencia a alguna de las citas— de la demanda de empleo, y , por otro, por la ineficacia en la labor de intermediación de la propia gestora. El RD 200/2006 suprime el requisito de la inscripción ininterrumpida en la oficina de colocación desde el momento en que se produjo la situación legal de desempleo. Y aunque la flexible interpretación jurisprudencial parecía lógica por el insuficiente rango normativo del requisito y por el tratamiento excesivamente burocratizado de las bajas en la inscripción, su simple supresión quizá sea un desencuentro entre las políticas activas y pasivas frente al desempleo porque probablemente sea el único supuesto en el que no se exige que el beneficiario de una prestación, ya sea en el nivel no contributivo, tenga una actitud participativa en la búsqueda de colocación desde que la perdió.

Con respecto a las rentas esporádicas en el subsidio por responsabilidades familiares tras la reforma de la Ley 45/02, la jurisprudencia ha sostenido que la unidad temporal de cómputo no debía ser ya el año (como sucedía antes: entre otras TS 17-6-98, R. 2334/97; 27-1-2000, R. 1246/99) sino unidades temporales más reducidas (mensual en algún caso: TS 8-2-2006, R. 51/05), entre otras razones, porque el efecto de la superación de rentas no es ahora la extinción sino la suspensión del subsidio. Sin embargo, con relación al capital rescatado de un plan de pensiones se toma en consideración el año del rescate (TS 16-5-2003, R. 2238/02; 13-10-2003, R. 4258/02; y 1 1-10-2005, R. 3399/04). El RD 200/2006 introduce en este mismo sentido normas más precisas para establecer la cuantía men-

sual de las rentas que redundarán en una mayor claridad y garantía para los beneficiarios pero que, igual que sucede con el resto de las novedades del reglamento, por razones de espacio, no podemos abordar aquí.

11. El Acuerdo tripartito para la mejora del crecimiento y del empleo, firmado el 9 de mayo de 2006 por el Gobierno y las or ganizaciones sindicales y patronales más representativas, en lo que respecta a las prestaciones por desempleo, preveía, en resumen, las siguientes modificaciones legales:

a) Que el subsidio por 6 meses improrrogables de duración se extendiera a todos los trabajadores mayores de 45 años que hubieran agotado una prestación contributiva inferior a 12 meses aunque no tuvieran responsabilidades familiares.

b) Que en el futuro la Renta Activa de Inserción se configurara con carácter permanente en lugar de anual, que se considerara un derecho subjetivo, y que a lo largo de los 11 meses que dura su percepción la entidad gestora cotizara a la Seguridad Social por los beneficiarios en las mismas condiciones que lo hace respecto al subsidio común por desempleo, es decir, por las contingencias de asistencia sanitaria y protección a la familia.

c) Que se clarificara, reconociéndola sin dudas, la protección por desempleo durante los períodos de inactividad a los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas; que cuando a dichos trabajadores se les extinga el contrato, y hubieran agotado una prestación contributiva por desempleo de cualquier duración cumplidos los 45 años de edad, puedan acceder al subsidio para los mayores de dicha edad con la única condición de que hayan cotizado como fijos discontinuos un mínimo de 9 años a lo lar go de su vida laboral; que se permita optar a los fijos discontinuos entre reanudar el derecho a una prestación anterior no totalmente consumida, sin perder por ello las cotizaciones tenidas en cuenta para la prestación por la que no hubieran optado, que, en su caso, se computarán para el reconocimiento de un derecho posterior , o percibir uno nuevo, siempre que acredite nuevos períodos de ocupación cotizada de al menos 360 días y el resto de los requisitos exigidos.

d) Que se ampliara la cobertura de desempleo a los socios trabajadores temporales de cooperativas cuando se extinga su relación societaria temporal.

e) Que se adoptaran las normas y medidas necesarias para mejorar el sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios en cumplimiento del Acuerdo firmado el 15 de diciembre de 2005.

La Propuesta previa presentada por el Gobierno en octubre de 2005, en sentido similar a la presentada entonces por los Sindicatos más representativos, sugería, entre otras cuestiones, una regulación específica y completa del trabajo fijo discontinuo, separada de las previsiones sobre el trabajo a tiempo parcial, y con la finalidad de favorecer la utilización de contratos fijos discontinuos de carácter indefinido para cubrir las actividades económicas estacionales. El Acuerdo de 9 de mayo de 2006 no recoge tales sugerencias en el plano de la regulación contractual y se limita, entre otras cosas, como vimos, a trasladar al ámbito de la Seguridad Social, en concreto a la protección por desempleo, la posibilidad de que todos los trabajadores fijos discontinuos accedan a la prestación contributiva durante los períodos de inactividad y que los mayores de 45 años con cargas familiares puedan percibir el subsidio en las mismas condiciones que el resto de trabajadores, es decir , cuando hayan agotado una prestación contributiva de 24 meses, carezcan de rentas suficientes y no hayan rechazado oferta de empleo adecuada, aunque se amplían desde 6 a 9 los años que se les exige haber cotizado —como fijos discontinuos, lógicamente— a lo lar go de su vida laboral. El Acuerdo contempla también la extensión del subsidio por desempleo durante 6 meses improrrogables (art. 216.2 LGSS) a todos los trabajadores, no sólo a los fijos discontinuos, mayores de 45 años sin responsabilidades familiares que hayan agotado una prestación contributiva inferior a 12 meses, lo que supone que, con la duración mínima de 120 días de prestación, sólo se les va a exigir , para acceder a este subsidio, una cotización previa de 360 días, en vez de los 3 años o 1.080 días que hasta ahora se les requería porque, como se sabe, este es el período mínimo de cotización que genera 360 días de prestación contributiva (art. 210 LGSS) y que luego da paso al subsidio.

12. Pues bien, en lo sustancial el Acuerdo se transformó en legislación pactada, primero mediante el *Real Decreto Ley 5/2006*, de 9 de junio (BOE 14-6-2006), en razón a su más que dudosa ur gencia (en su día, ni comprendí ni compartí la ur gencia del RDL 5/2002, por más que entonces estaba en juego la voluntad política de suprimir el subsidio agrario, y tal cuestión quizá pudiera entenderse imperiosa para el Gobierno de entonces; hoy tampoco entiendo la ur gencia de las medidas del RDL 5/2006 pero el carácter pactado de la reforma no permitirá que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto), y luego, sin variación alguna en lo que atañe a las materias aquí analizadas, a través de la *Ley 43/2006*, de 29 de diciembre (BOE 30-12-2006). Esta reforma, como el propio Acuerdo del 9 de mayo anterior, ha sido calificada de tímida e insuficiente por un sector de la doctrina (LÓPEZ GANDÍA). Sin embargo, además de cambiar por completo la configuración de la renta activa de inserción —que realmente pasa a ser un tercer nivel de la protección por desempleo—, la nueva regulación permite extender la propia protección a los socios temporales de Cooperativas, mejora algo la de los desemplea-

dos mayores de 45 años sin cargas familiares, y, sobre todo —y no es poco—, ha servido para clarificar en gran medida la situación de los trabajadores fijos discontinuos respecto a su acceso a la prestación y con relación también a la posibilidad de que estos trabajadores opten entre reanudar un derecho suspendido o percibir uno nuevo. No obstante, la ventaja añadida de que las cotizaciones tomadas en consideración en la opción no elegida puedan llegar a computar para el reconocimiento de un derecho posterior, prevista de forma expresa en el párrafo 2.º, punto 5.º, apartado III.1 del Acuerdo de 9 de mayo de 2006, no figura en el RDL 5/2006 ni en la Ley 43/2006 y, como también ha puesto de relieve la doctrina (González Ortega), no parece que esa excepción a la regla general del artículo 210.3 LGSS pueda introducirse, como quizá pensaran los negociadores del Acuerdo, mediante simples instrucciones del Servicio Público de Empleo Estatal.

Según opinión mayoritaria, desde la Ley 45/2002, los trabajadores fijos discontinuos a fecha fija, es decir, aquellos que, por razón de la actividad que desempeñan, se sabe con seguridad la fecha de inicio y finalización de sus cometidos, quedaron protegidos por desempleo durante los periodos de inactividad. No obstante, tal conclusión no fue unánime en la doctrina ni obtuvo tampoco el respaldo uniforme de la interpretación judicial y por ello, tras la modificación del artículo 208.1.4 de la LGSS por el RD-Ley 5/2006, cuyo texto al respecto, como se adelantó, se mantiene idéntico en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, se ha podido decir (Gallardo Moya) que la reforma ahora analizada tiene un alcance más de aclaración que de cambio legislativo, en el sentido de que confirma, para quienes así lo entendieron desde entonces, que la protección por desempleo cubre o alcanza a todos los trabajadores fijos discontinuos, tanto a los de fecha incierta como a los de fecha cierta, aunque probablemente no así a los denominados «trabajos fijos periódicos», que serían aquellos en los que, en empresas que tienen una actividad productiva estable, permanente y continuada, las partes han decidido contratar una jornada reducida, concentrando los períodos de actividad a lo largo del año. Quizá la clave se encuentre, pues, en la naturaleza de la actividad a desarrollar por la empresa y de este modo, a los efectos de la obtención de la prestación estudiada, con el simple dato de que dicha actividad sea discontinua y se proyecte como tal en la prestación laboral, el trabajador tendrá derecho a percibir la prestación de desempleo durante los períodos de inactividad, resultando indiferente que ésta —o la actividad— se produzcan en fechas ciertas o inciertas. Pero si la actividad empresarial es permanente y continuada, y en el contrato de trabajo se pacta una jornada que, aunque acumulada, sea inferior a la habitual en el sector, o mejor, por utilizar la expresión legal, «inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable» (art. 12.1 ET), no creo que pueda concluirse con seguridad que los espacios o períodos de inactividad

deban dar derecho a la prestación por desempleo porque esa relación no admite ser calificada como fija discontinua y la protección no haría sino proporcionar una rentas compensatorias de una jornada no contratada ni realizada: vendría a ser, por ejemplo, como si a los trabajadores con media jornada la entidad gestora les abonara la otra media como desempleo. Así pues, aunque la nueva norma clarifica el acceso a la protección de todos los trabajadores fijos discontinuos, como ya han apuntado Sebastián de Soto Rioja y Santiago González Ortega, aún quedan problemas de delimitación que aquella no soluciona.

Los trabajadores fijos discontinuos no periódicos que no eran llamados para prestar sus servicios en unas fechas determinadas, al entender de la jurisprudencia, salvo que se tratara, al parecer, de trabajadores agrarios por cuenta ajena (TS 25-9-2002, R 3941/01), ya tenían protegidos los períodos de falta de ocupación entre campañas con anterioridad al 15 de mayo de 2002, es decir antes de la vigencia del malogrado RDL5/2002 y de la Ley 45/2002, aunque ello no supusiera la pérdida de un empleo anterior (TS 29-9-2004, R. 6032/03), al igual que quienes veían suspendido su contrato fijo discontinuo entre campañas sin que la empresa hubiera tramitado al efecto un expediente previo de regulación de empleo (TS 5-2-2003, R. 2361/02).

Y por lo que respecta a las otras materias que fueron objeto delAcuerdo de 9 de mayo de 2006, la Ley 43/2006 ha consagrado en los mismos términos arriba descritos la mejora del subsidio de desempleo para los mayores de 45 años sin car gas familiares, la posibilidad de optar entre reanudar la prestación antigua o iniciar una nueva para los fijos discontinuos en los periodos de inactividad, la mejora de las condiciones en las que pueden acceder al subsidio para mayores de 45 años los trabajadores fijos discontinuos, y la ampliación de la cobertura de desempleo a los socios trabajadores temporales de cooperativas cuando se extinga su relación societaria temporal. Nada dice la nueva norma sobre el sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios que, en cumplimiento del Acuerdo de 15 de diciembre de 2005, ya había sido mejorado por el RD 864/2006, de 14 de julio (BOE 15-7-2006).

13. El Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006 preveía también la modificación de la denominada *Renta Activa de Inserción* que, hasta ahora, y desde RD 236/2000, de 18 de febrero, que la reguló por vez primera, ha tenido una periodicidad anual (RD 781/2001, disposición adicional 1.ª de la Ley 45/2002, RD 945/2003, RD 3/2004, RD 205/2005 y RD 393/2006). En todas estas normas, al igual que sucede en el *RD 1369/2006, de 24 de noviembre*, al que nos vamos a referir brevemente ahora, se incluían medidas activas de empleo junto a previsiones claramente pasivas para remediar situaciones de necesidad. El Acuerdo de 9 de mayo de 2006 postulaba la inclusión de im-

portantes novedades en este peculiar programa anual de lucha contra el desempleo y la marginalidad, a saber: a) su transformación en un mecanismo de carácter permanente con la misma financiación que el resto de las prestaciones y subsidios por desempleo; b) su definitiva (según algún autor —Fernández Avilés— ya lo era con anterioridad) configuración como un derecho subjetivo que, como también ha destacado la doctrina, obligará a dictar resolución motivada que reconozca o deniegue el derecho, siendo recurribles las admisiones, bajas y reincorporaciones ante el orden social de la jurisdicción (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer); y c) la cotización a la Seguridad Social durante su percepción de la misma forma que sucede con el subsidio de desempleo, es decir , para cubrir las prestaciones de asistencia sanitaria y protección a la familia, tomándose como base de cotización el tope mínimo vigente en cada momento. Cumpliendo con las Directrices europeas sobre política de empleo mencionadas más arriba (I.3), el reconocimiento de la prestación económica se condiciona al compromiso personal del beneficiario en la búsqueda o en la capacitación para la ocupación, vinculándola con acciones o compromisos de inserción. Se trata, pues, de un programa que combina medidas activas a favor del empleo y de la reinserción laboral con medidas pasivas que tratan de otorgar una protección económica mínima a los beneficiarios.

En lo que a esta ponencia se refiere, es decir , en la parte que constituye un nuevo y novedoso nivel de la prestación por desempleo, la Renta Activa, cuya cuantía, de 11 meses de duración y percibida de una sola vez, continúa siendo igual al 80 % del IPREM mensual vigente en cada momento, se dirige esencialmente a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que reúnan los siguientes requisitos: a) ser menor de 65 años y mayor de 45; b) permanecer ininterrumpidamente inscrito en la oficina de colocación un mínimo de 12 meses; c) no tener derecho a prestación o subsidio por desempleo, o a la renta agraria; d) carecer de rentas superiores al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de pagas extras, y computándose como renta, además de las reguladas con carácter general en relación al subsidio de desempleo, cualquier salario social, renta mínima o ayuda análoga de asistencia social concedida por las comunidades autónomas; e) no haber sido beneficiario de la Renta Activa en los 365 días naturales anteriores a la solicitud, salvo los discapacitados en grado igual o superior al 33 % y las víctimas de violencia de género o doméstica; y f) no haber sido beneficiario de 3 derechos al programa de renta activa aunque no se hubieran disfrutado por su periodo máximo de duración. También pueden acceder al programa en determinadas circunstancias especiales los discapacitados en grado igual o superior al 33 % aunque sean menores de 45 años, algunos emigrantes retornados y las víctimas de violencia de género o doméstica.

14. La descripción un tanto panorámica de las últimas reformas en materia de políticas pasivas de empleo no puede ignorar la reciente inclusión en el ámbito de la protección por desempleo de los *cargos públicos y sindicales* llevada a cabo por la *Ley 37/2006, de 7 de diciembre*. Tanto la jurisprudencia social (TS 25-10-2005, R. 3555/04) como la doctrina constitucional (TC 44/2004) habían interpretado que la legalidad anteriormente vigente no les daba derecho al desempleo a pesar de que alguno de tales colectivos se encontraban incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General (los miembros de las Corporaciones Locales que desempeñaban sus cargos con dedicación exclusiva así como los altos car gos no funcionarios de las Administraciones Públicas y los funcionarios de nuevo ingreso de las Comunidades Autónomas: artículo 97.2, apartados *j* y *h*, respectivamente).

En resumen, la Ley 37/06 ha modificado tanto el artículo 97.2 de la LGSS en lo referente a la extensión del campo de aplicación del Régimen General, que ahora incluye a los miembros de las corporaciones locales y a los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares de Baleares que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial (apartado *j*) y a los cargos representativos de los Sindicatos constituidos al amparo de la LOLS que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución (nuevo apartado *l*, pasando el antiguo a denominarse *m*), como los arts. 205 y 208 respecto a esos mismos sujetos protegidos y a su correlativa situación legal de desempleo, que, conforme también prevé un nuevo párrafo añadido a la disposición adicional cuadragésimo segunda de la propia norma, se acreditará mediante la certificación del órgano competente de la respectiva entidad pública o sindical, junto con una declaración del titular del car go cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa, ni en ninguna otra que le permita el reingreso a cualquier puesto de trabajo.

El cese que abre el camino al desempleo ha de ser involuntario y de carácter definitivo, características éstas que igualmente se requieren cuando el afectado sólo pierda la dedicación exclusiva o parcial. Están expresamente excluidos de la protección los car gos de las Administraciones públicas que tengan derecho a percibir retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria como consecuencia del cese.

15. Para terminar de referenciar las últimas reformas anteriores a 2007 que afectan a la prestación por desempleo, sólo dejar constancia de la modificación de la letra c) del apartado 5 del artículo 209 de la LGSS, acordada en la disposición final tercera, dos, de la *Ley de Presupuestos para 2007* (Ley 42/2006), que tiene la siguiente redacción literal: « *c) En los supuestos a que se refieren los artículos 279.2 y 284 de la Ley de Procedimiento Laboral el trabajador comenzará a percibir las prestaciones si no las estuviera percibiendo, a partir del momento en que se declare*

extinguida la relación laboral. En ambos casos, se estará a lo establecido en la letra a) de este apartado respecto a las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral». Constituye una norma muy compleja que mantiene la confusión, ya denunciada con ocasión de la Ley 45/2002 (Cabeza Pereiro), entre situación legal y nacimiento del derecho, ahora con el elemento añadido de la solicitud, en las resoluciones recaídas en procesos de despido o extinción del contrato de trabajo y que seguramente trata de poner remedio a los reajustes, por los hipotéticos solapamientos, entre prestación y salarios de tramitación. No estoy seguro de que resuelva los problemas de delimitación entre la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho, y más bien la entiendo como una muestra más de lo que un sector doctrinal denominó «la obsesión por entrelazar fin de devengo de salarios y prestación» (Cabeza Pereiro). Otros autores (Mercader Uguina y de la Puebla Pinilla) sostienen que la nueva norma es más coherente que la antigua porque ahora remite a la regulación prevista para los supuestos en los que la relación laboral está definitivamente extinguida y no, como ocurría antes, a los supuestos de regularización cuando el trabajador había sido readmitido en la empresa.

III. PROYECCIONES FUTURAS

1. Aunque ya en vigor en su mayor parte, la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (BOE 23/3/2007), en lo que respecta a las novedades que introduce en la LGSS sobre la materia de desempleo, puede inscribirse entre las proyecciones futuras de las políticas pasivas de empleo, posiblemente igual que las últimas y recientes reformas legislativas sobre la propia prestación analizadas con anterioridad, y, en tal sentido, aunque de modo telegráfico, también conviene dejar constancia de su contenido al respecto:

a) El período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de *cotización efectiva* a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (nuevo apartado 6 al artículo 124 LGSS).

b) La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será *asimilada a la de alta* y tendrá esta misma consideración, *con cotización*, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato (art. 125.1 LGSS).

c) En los supuestos de *reducción de jornada* previstos en el artículo 37.4 bis, 5 y 7 del ET, para el cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial; esta modificación también deja sin efecto, lógicamente, la jurisprudencia representada, entre otras, por las sentencias del TS de 2-11-04 (5013/03, 5502/03, 166/04) y 21-02-05, R. 420/04 que, en aplicación de la norma anterior, calculaba la prestación en función de las cotizaciones reales y reducidas del beneficiario. Si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en tales situaciones de reducción de jornada, las cuantías máxima y mínima de la prestación se determinarán teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada (nuevo apartado 5 del artículo 211 LGSS).

d) La cuantía del subsidio de desempleo se aumenta hasta el 80 % del IPREM mensual vigente en cada momento y en el caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial también se percibirá el mismo importe (art 217.1 LGSS).

e) Cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad o de paternidad y se extinga entonces su contrato por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208 de la LGSS, seguirá percibiendo la prestación por maternidad o paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando después a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o de paternidad (art. 222.2 LGSS).

f) Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad o de paternidad, percibirá la prestación por estas últimas contingencias en la cuantía que corresponda. El período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal. Durante dicha situación, la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206 (art. 222.3 LGSS).

g) Si el trabajador pasa a la situación de maternidad o de paternidad, se le suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social, percibiendo la prestación por maternidad o por

paternidad gestionada directamente por su Entidad Gestora. Una vez extinguida la prestación por maternidad o por paternidad, se reanudará la prestación por desempleo por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión (nuevo párrafo 5.º del artículo 222.3 LGSS).

2. Como es sabido, durante la percepción del subsidio para mayores de 52 años, la entidad gestora está obligada a cotizar por la contingencia de jubilación del beneficiario, aunque tales cotizaciones no son eficaces para acreditar la carencia mínima de la jubilación prevista en el artículo 161.1.b) de la LGSS (DA 28 LGSS: que no se opone a las normas comunitarias: STJCE 20-1-2005, Asuntos C-306/03 y C-225/02) ni para demostrar el período de arraigo de un año al que se refiere el artículo 48.1 del Reglamento 1408/1971 (TS 2-6-2005, R. 1708/04), tomándose a tal efecto como base de cotización el tope mínimo vigente en cada momento (art. 218 LGSS).

Pues bien, la reforma prevista al respecto en el *Acuerdo tripartito de 13 julio de 2006*, sobre medidas en materia de Seguridad Social, suscrito por el Gobierno y los interlocutores sociales más representativos, que a su vez trae causa de la Declaración para el Diálogo Social («Competitividad, Empleo estable y Cohesión social») firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004, al objeto de propiciar mayores cotizaciones con el efecto correspondiente en la pensión de jubilación, contemplaba un incremento de la base de cotización durante la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años que pasaría del actual 100% del SMI al 125%, con lo cual, aunque la medida podemos enmarcarla en la mejora de la prestación por desempleo, su repercusión practica sólo se proyectará directamente, cuando se apruebe definitivamente, sobre la de jubilación. El texto del futuro artículo 218.4 de la LGSS, según el Proyecto de Ley publicado ya en el Boletín Oficial de las Cortes dice así: « *4. A efectos de determinar la cotización en los supuestos señalados en los apartados anteriores, se tomará como base de cotización el tope mínimo de cotización vigente en cada momento. No obstante, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación y el beneficiario sea mayor de cincuenta y dos años, se tomará como base de cotización el 125 por ciento del salario mínimo interprofesional*».

3. El mismo Proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, de 23 de febrero de 2007, también pretende dar nueva redacción al apartado 1 del artículo 222 de la LGSS, y simplemente para dejar constancia de ello, y por tratarse de la última novedad relacionada con la situación de desempleo de la que tenemos conocimiento, igualmente transcribimos aquí su contenido:

«*Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo. En tal caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo.*

La entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206, asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuente como consumido.

Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales y durante la misma se extinga su contrato de trabajo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces, en su caso, a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación por desempleo sin que, en este caso, proceda descontar del período de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato o el subsidio por desempleo.»

La mejora prevista en contingencias profesionales respecto a la situación anterior posiblemente también afecte a las situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia natural que, según la reciente Ley Or gánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23/3/07), en la redacción que otor ga a los arts. 134 y 135 de la LGSS, se trata en ambos casos (riesgo durante el embarazo y lactancia natural), por sorprendente que pueda parecer , de contingencias profesionales.

4. Como se advierte en las novedades normativas arriba referenciadas, las políticas de empleo en nuestro país han ido evolucionando en la dirección marcada por la Unión Europea, esto es, otorgando cada vez más protagonismo a las políticas activas, dedicando muchos más recursos que a las simples ayudas económicas a la inclusión de los desempleados en el mercado laboral, fundamentalmente a los colectivos con mayores o es-

peciales dificultades de inserción, como las mujeres en general y a las afectadas por la lacra de la violencia familiar en particular, los discapacitados, los jóvenes o los mayores de 45 años.

Las políticas de bienestar españolas, en línea con las europeas, se dirigen más hacia la potenciación de la reinserción laboral que hacia la mera concesión de subsidios. Para ello, las actuaciones institucionales en pro de fomentar la ocupabilidad se fijan tal vez más en las sanciones por la falta de colaboración con esos objetivos que en los propios incentivos: es decir, favorecen más las obligaciones que los derechos. En este sentido, las reformas producidas esencialmente a partir del año 2002 parecen caminar en dirección de la tendencia denominada *work first*, que podríamos traducir como «lo primero el trabajo», que persigue, sobre todo, la recolocación cuanto antes de los desempleados en el mercado laboral, sin prestar demasiada atención a sus condiciones profesionales, a su historia y experiencia laboral y ni siquiera al tipo de empleo que pretenden alcanzar. Esta significativa tendencia puede apreciarse en el Acuerdo tripartito del 9 de mayo de 2006.

Desde la Ley 45/2002, los beneficiarios, aunque debían acreditar la búsqueda activa de empleo, no estaban obligados a participar en acciones de mejora de la ocupabilidad durante los 100 primeros días de cobro de la prestación (art. 231.1.*i* LGSS). Esa especie de «vacaciones del parado» que, en opinión expresada entonces, ya me pareció que carecía de justificación («no entiendo ni la finalidad ni la filosofía de estas «vacaciones» del desempleado porque, tanto desde el propio punto de vista del afectado como del de la administración de la Seguridad Social, creo que lo lógico es que su situación dure el menor tiempo posible y, por ello, salvo que ni el propio legislador confíe en la eficacia de esas acciones de mejora, lo ideal sería que, desde el mismo momento en que pierde un empleo, todos —administración y trabajador— hicieran lo posible por encontrar otro»), parece rectificarse en el Acuerdo de mayo de 2006 desde el momento en que el Gobierno asume el compromiso de ofertar a los desempleados, en un plazo no superior a 6 meses desde su inscripción en la Oficina de Empleo, alguna de las acciones propias de las políticas activas, es decir, «una oferta de orientación, formación profesional o inserción laboral».

Esta misma tendencia en favor de la actividad se aprecia con claridad en la articulación de los servicios de empleo y en su participación en la elaboración de los llamados «itinerarios de inserción laboral», al igual que sucede con la implicación de los desempleados en la búsqueda activa de ocupación a través de la formalización de los «compromisos de actividad», si bien conviene advertir que ambas medidas afectan exclusivamente a quienes perciban prestación pero no a los desempleados que simplemente permanezcan inscritos como tales en la pertinente oficina de colocación. Y aunque todas las medidas que tratan de reinsertar a los des-

empleados forman parte de las políticas activas de empleo y , por tanto, quedan fuera del objeto de este estudio, no quiero concluir sin llamar la atención sobre los efectos perversos que este tipo de actuaciones pueden llegar a producir en el sistema de protección. Es verdad que la denominada «cultura de la subvención», es decir, aquella que puede hacer disuadir a los desempleados que perciben rentas de sustitución de buscar un nuevo empleo, es un grave riesgo del estado de bienestar; sin embar go, las políticas conocidas como *work first*, que persiguen recolocar a los desempleados «a cualquier precio», esto es, en trabajos con escasa remuneración, en condiciones extremas de precariedad y/o desvinculados por completo de su profesión o de sus intereses laborales, como se ha destacado por algún autor (T orrents Margalef), encierran el peligro de acentuar la exclusión social y de contribuir a crear lo que se ha denominado una clase social de «trabajadores pobres».

BIBLIOGRAFÍA

— «Técnicas modernas de la garantía de empleo». JUAN RIVERO LAMAS. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 33/1988, págs. 25 y ss. Enero-marzo 1988.

— «La protección por desempleo». S ANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA, Relaciones Laborales (RL) Tomo II/1993, págs. 343 y ss.

— «La noción de colocación adecuada ante la reforma de la protección por desempleo». JOSÉ LUJÁN ALCÁZAR. Aranzadi-Social núm. 5/2002.

— «El programa de renta activa de inserción para el año 2002. Comentario a la disp. adic. 1.ª RDL 5/2002, de 24 de mayo». J OSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 1 14/2002, págs. 883 a 926.

— «Modificaciones en materia de prestación y subsidio por desempleo». Ejemplar fotocopiado, J OSÉ LUIS GILOLMO. Jornadas de estudio or ganizadas por CCOO el 11 y 12 de diciembre de 2002 en el Consejo Económico y Social sobre las reformas laborales de 2002.

— «La nueva dimensión de la protección por desempleo». M IGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER. Relaciones Laborales núm. 13/2002.

— «El Nuevo Régimen Jurídico del Desempleo». Ejemplar fotocopiado, J AIME CABEZA PEREIRO. XIV Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Oviedo 2003.

— «El deber de aceptación de la oferta de colocación adecuada»: J ESÚS CRUZ VILLALÓN. Relaciones Laborales núm. 4/2003.

— «Fomento de empleo e intermediación de los beneficiarios de la Renta Activa de Inserción: estudio de su evolución». R ICARDO ESTEBAN LEGARRETA. Temas Laborales núm. 74/2004.

— «Políticas activas y pasivas de empleo. Prestaciones del Fogasa». LOURDES MELÉNDEZ MORILLO-VALVERDE y CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS. En «La Reforma Laboral de 2006» (IV). VVAA. Thomson-Aranzadi 2006 (págs. 187 a 213).

— «El giro copernicano del desempleo actual (presentación)». ANTONIO SANTOS ORTEGA y AMPARO SERRANO PASCUAL. Cuadernos de Relaciones Laborales 2006, 24, núm. 2, págs. 1-19.

— «Protección y prestaciones sociales en la reforma laboral: desempleo y FGS». SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA. Temas Laborales núm. 85/2006 (págs. 141 a 164).

— «Una reforma de ajuste en las prestaciones por desempleo». SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA en «La reforma laboral de 2006». Lex Nova 2006, VVAA. págs. 208 a 213.

— «Medidas recientes de fomento del empleo, actualización de las cuantías del SMI y del IPREM y otras novedades de interés». ROSA PÉREZ YÁÑEZ. RL núm. 7/2006, págs. 59 a 80. Abril 2006.

— «La extraña e insuficiente reforma del Reglamento de Protección por desempleo», JOSÉ LUJÁN ALCARAZ. Aranzadi Social 1-5-2006.

— «Últimas reformas en la gestión de la protección por desempleo Comentario al Real Decreto 200/2006, de 17 de febrero». ANA DE LA PUEBLA PINILLA. RL núm. 9/2006, págs. 51 a 72. Mayo 2006.

— «El Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006, ¿una mínima reforma o una reforma de mínimos?». ANA DE LA PUEBLA PINILLA y ROSA PÉREZ YÁNEZ. RL núm. 12/2006, págs. 33 a 68. Junio 2006.

— «La activación actual de los desempleados en España ante las tendencias selectivas en Europa». JORGE TORRENS MARGALEF. RL núm. 12/2006, págs. 81 a 120. Junio 2006.

— «El acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo: un paso adelante en la protección por desempleo de los fijos discontinuos». ROSARIO GALLARDO MOYA. Revista de Derecho Social (RDS) núm. 35, págs. 35 a 55. Julio-septiembre 2006

— «El acuerdo de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social (luces y sombras)». JUAN LÓPEZ GANDÍA. RDS núm. 35, págs. 233 a 242. Julio-septiembre 2006.

— «Novedades de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y el empleo». FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ. Aranzadi Social núm. 1/2006.

— «La situación legal de desempleo». Ejemplar fotocopiado facilitado por su autor, JAIME CABEZA PEREIRO, en octubre de 2006.

— «El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el diálogo social». ANA DE LA PUEBLA PINILLA y ROSA PÉREZ YÁNEZ. RL núm. 20/2006, págs. 81 a 108. Octubre 2006.

— «Las políticas de fomento del empleo a la luz de las últimas reformas laborales». PURIFICACIÓN MORGADO PANADERO. RL núm. 2/2007, págs. 1 1 a 30. Enero 2007.

— «Comentario de urgencia a las recientes reformas en materia de protección por desempleo. La nueva Renta Activa de Inserción y la extensión de la protección por desempleo a car gos públicos y sindicales». ROSA PÉREZ YÁÑEZ. RL núm. 2/2007, págs. 61 a 75. Febrero 2007.

— «La normalización de la Renta Activa de Inserción». MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER. RL núm. 3/2007, págs. 1 a 12. Febrero 2007.

— «Últimas reformas en materia de Seguridad Social y fomento del empleo» (Ley 42/2006, de Presupuestos para 2007, y Ley 43/2006). M ERCADER UGUINA y DE LA PUEBLA PINILLA. RL núm. 6/2007, págs. 61 a 85. Marzo 2007.

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS TRANSICIONES LABORALES REVERSIBLES: LA –DIFUSA– FRONTERA ENTRE LAS CATEGORÍAS DE TRABAJADOR/A Y PENSIONISTA

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA
Profesora Visitante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.–1. Un prius necesario. 2. Las directrices comunitarias de empleo.—II. EL TRABAJADOR PENSIONISTA: TIPOLOGÍA DE SITUACIONES.–1. La compatibilidad «pensión de incapacidad permanente» «trabajo» pensión. 2. La compatibilidad «pensión de jubilación» «trabajo» pensión.– III. VALORACIONES CRÍTICAS.–1. (In)congruencias del sistema en torno a la compatibilidad. 2. Mecanismos correctores de *lege ferenda*.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Un prius necesario

El sistema de Seguridad Social se diseña, históricamente, como un mecanismo —pretendidamente— congruente, cuya finalidad es la de proteger aquellas situaciones de necesidad previstas legalmente, mediante la concesión, previo cumplimiento de ciertos requisitos, de prestaciones que tienen la finalidad de actuar como rentas de sustitución de las rentas del trabajo. En este esquema, se habrían de destacar dos elementos. En primer lugar , la causa de desencadenamiento de la protección, es decir , la perdida (temporal o definitiva) de una fuente de rentas derivadas del trabajo. El segundo elemento a resaltar es del condicionamiento de la protección, mediante el establecimiento de requisitos de acceso a las prestaciones que se sustentan en una lógica contributiva. Dejando a un lado a las prestaciones por muerte y supervivencia (que mantienen, entre otros elementos distorsionantes, la característica de ser prestaciones por derecho derivado), a las prestaciones ligadas a la maternidad/ paternidad y a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia (que mantienen intrínsecamente lógicas vinculadas a la protección transversal a la familia, en un caso, y en otro caso, lógicas conexas con la prevención de riesgos laborales), se han de tomar aquí como prestaciones de referencia, aquéllas que, en origen y en la actualidad, mantienen esa conexión puramente profesional, a saber , las pensiones de jubilación e invalidez, y los subsidios de incapacidad temporal y de desempleo.

El sistema otorga un tratamiento diferenciado a las distintas situaciones de necesidad protegidas, a pesar de que tiene en común el que se configuran en torno al hecho de haber perdido la fuente laboral de rentas. Tratamiento diferenciado que se observa, no solo en la fase de acceso a la protección (requisitos de acceso), sino en la fase de disfrute de la prestación (calculo y dinámica prestacional). Y a pesar de esa diferencia in-

dividualizada, sí es cierto que se mantiene la congruencia sistémica mediante el establecimiento de reglas de tránsito entre prestaciones [1], y de reglas de (in)compatibilidad [2].

En la fase protectora inicial, esas prestaciones más puramente profesionales, se encontraban estrechamente vinculadas a su propia finalidad: en caso de alteración de la salud que incapacita temporalmente para trabajar/ en caso de perdida involuntaria de empleo/ en caso de cese del empleo por alcanzar una determinada edad/ en caso de una alteración fisiológica o funcional grave que incapacitan totalmente o de un modo relevante para el trabajo con carácter previsiblemente definitivo; en cualesquiera de esos casos, la prestación de incapacidad temporal/desempleo/ jubilación/ incapacidad permanente, tenía el objetivo de proporcionar rentas sustitutivas al sujeto afecto de esa situación protegida.

Dicho en otros términos, estas distintas prestaciones, en origen, atendían a un único fin, y se encontraban libres de cualquier tipo de infiltración de lógicas exógenas. Sin embar go, de la observación de la evolución normativa que han sufrido estos cuatro tipos de prestaciones, se puede concluir que, sucesivamente, se ha producido, en mayor o menor medida, según la prestación, y según el contexto, una contaminación de la lógica estrictamente protectora. De tal manera que, los —inicialmente— mecanismos puros de Seguridad Social, se han convertido progresivamente en instrumentos tributarios de políticas económicas y, muy ligadas a ellas, de políticas de empleo. Respecto de las últimas, baste con observar los contenidos de la Estrategia Europea de Empleo que, a lo que aquí interesa, se encuentran en la base de las ultimas reformas de la pensión de jubilación[3], y de incapacidad permanente [4].

2. Las directrices comunitarias de empleo y otras modernidades

Con anterioridad a la Estrategia de Lisboa (2000), vinculadas a las políticas comunitarias de empleo, resultan relevantes las reglas del Método

---

[1] Barcelon Cobedo, S.: *El tránsito entre prestaciones del sistema de Seguridad Social*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 47 y ss.

[2] Ron Latas, R.: L*a incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Socia*l. Madrid: Civitas, 2000, p. 28 y ss.

[3] Véanse, García Murcia, J.: «La política contemporánea de jubilación: algunos dilemas y algún contrasentido.» En López Cumbre, L. (Coord.): *Tratado de Jubilación,* Madrid: Iustel, 2007, pp. 387 y ss; R ivero Lamas, J.: «La jubilación como medidas de fomento de empleo», *Ibidem,* pp. 1039 y ss.

[4] Evidentemente, el subsidio por desempleo se encontraría en una misma dinámica, pero, dejando a salvo algunas cuestiones referidas a los tránsitos laborales desde activo-pasivo-activo, no es el objetivo ultimo de este trabajo analizar las implicaciones de las políticas comunitarias y nacionales en la regulación de las prestaciones por desempleo.

Abierto de Coordinación [5] (MAC) desarrolladas en torno a la viabilidad de las pensiones. Ya allí, a lo que aquí interesa, se diseña una de las líneas, después insertada en las Directrices de empleo. Se trata de la línea de la prolongación de la vida laboral, que se proyecta en dos sentidos: como desincentivación del abandono prematuro del mercado de trabajo a través de jubilaciones anticipadas, y como la promoción de la prolongación de la vida activa, mediante el retraso de las edades —hasta el momento— ordinarias de jubilación, todo sobre la base de la conservación de la viabilidad financiera de los sistemas de pensiones en un contexto de envejecimiento demográfico, y del aumento de la tasa nacional de empleo [6].

Sin ánimo de hacer un recorrido por la evolución del MAC, actualmente, dejando a un lado las directrices anteriores, se encuentran formalmente vigentes las directrices contenidas en la Decisión del Consejo 2006/544/ CE, de 18 de julio de 2006 [7], que, a su vez, ha mantenido materialmente vigentes las de la Decisión del Consejo 2005/600/CE, de 12 de julio de 2005. En concreto, resulta relevante la Directriz integrada para el empleo núm. 18, que, bajo un titulo que hace referencia a la promoción de un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida, incorpora el concepto del envejecimiento activo, en el que inserta la promoción de las medidas que incentiven el trabajo y disuadan de la jubilación anticipada.

En el ámbito interno, se ha de llamar la atención sobre el modo en que esas directrices han inspirado la política de empleo española [8], y, en lo que aquí

---

[5] Véanse, por todos, R OBLES CARRILLO, M.: «El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea.» *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia,* 2005, núm. 239, p. 3-21; G OETSCHY, J. « L'apport de la méthode ouverte de coordination à l'intégration européenne.» Magnette, P. *La grande Europe*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 143 y ss.; I LIOPOULOU, A.: «La méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l'Union Européenne.» *Cahiers de droit Europeen,* 2006, núm. 3-4, p. 316 y ss.).

[6] Baste acudir al objetivo 5 de la C OMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES DE LA UNIÓN EUROPEA. Proyecto de Informe conjunto de la Comisión y del Consejo sobre la adecuación y la viabilidad de las pensiones COM (2002) 737 final. Bajo la rúbrica «Prolongar la vida activa», contiene los objetivos de: g *arantizar que, a la par de los mercados laborales y las políticas económicas, todas las ramas pertinentes de la protección social, en particular los sistemas de pensiones, incentiven eficazmente la permanencia en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad; no incitar a los trabajadores a jubilarse anticipadamente y no penalizar la prolongación de la vida laboral más allá de la edad normal de jubilación y conseguir que los sistemas de pensiones faciliten la jubilación gradual*. (Páginas 53-63 del documento).

[7] Para 2007, la propuesta de D ECISIÓN DEL CONSEJO relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, de 12 de diciembre de 2006 (COM(2006) 815 final, 2006/0271 (CNS), vuelve a mantener la vigencia material de las directrices de 2005; en el marco de la llamada —Estrategia para el empleo 2005-2008. (véase, L LORENTE PÉREZ, A. «Directrices para las políticas de empleo para los años 2005-2008» *Unión Europea Aranzadi,* 2006, núm. 1, p. 19-22).

[8] TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: «La interacción entre políticas activas de empleo y políticas económicas en la Unión Europea, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos sobre la política de empleo española». *RMTAS,* 2006, núm. 62, pp. 59-78.

interesa, la actual regulación de algunas prestaciones de Seguridad Social. Con carácter previo, es destacable que los agentes sociales del Diálogo en materia de Seguridad Social ha interiorizado esas directrices. Solo hay que observar el contenido del apartado IV, referido a la jubilación flexible, del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001, y el modo en que han quedado plasmados en las novedades que la Ley 35/2002 incorporó al sistema de seguridad social [9]. En suma, vinculadas a estos objetivos comunitarios, se comprenden las reformas legislativas de la Seguridad Social española en orden a dotar de flexibilidad al acceso a la jubilación. Sin embargo, como se verá, a la vista de esos objetivos, no se comprende la actitud conservativa del legislador que mantiene intactos algunos elementos regulativos, aún a costa de provocar situaciones de incongruencia evidente.

Ahora bien, no obstante la *vis expansiva* de las propuestas comunitarias, el Ordenamiento español de Seguridad Social refleja una paradoja inevitable: la prolongación de la vida activa, no puede evitar que el Mercado laboral expulse a los trabajadores de mas edad, valiéndose, en la mayoría de las ocasiones de los mecanismos de anticipación de la edad de jubilación, así como de otros instrumentos del sistema de Seguridad Social. Y, a pesar de las directrices comunitarias, tanto en el Pacto de Toledo de 1995[10], en el Acuerdo de 2001, cuanto en la Ley 35/2002, se incorporaron medidas tendentes a diseñar , bien nuevas formas de jubilación anticipada a los 61 o a los 60 bajo la forma, en este ultimo caso de la jubilación parcial, bien un régimen mejorado para los supuestos de anticipación transitoria. Y de un modo idéntico, en el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 13 de junio de 2006, se mantiene esa paradoja, que planea también en el Proyecto de Ley de medidas en materia de Seguridad Social. Paradoja que se traduce en la tensión entre la incentivación de la vida laboral *versus* la mejora de las garantías de los trabajadores de mas edad expulsados del mercado de trabajo [11].

II. EL TRABAJADOR PENSIONISTA: TIPOLOGÍA DE SITUACIONES

En otras condiciones, salvo algunas nimias excepciones, habría resultado absolutamente incongruente, imposible, emplear el término «trabajador

---

[9] Referidas a la jubilación flexible, a la exoneración de cuotas para trabajadores mayores de 65 años, a la posibilidad de acceder a pensiones de IP mas allá de los 65 años en caso de contingencias profesionales, o la posibilidad de causar pensiones de jubilación equivalentes a mas del 100% de la base reguladora en caso de trabajadores que prolonguen su vida laboral mas allá de los 65 años.

[10] Véase, Camos Victoria, I, Y Fusté Miquela, J. M.: «El tratamiento de la edad de jubilación en la Ley 24/1997, de CRSSS.» *RL*, 1999, T. I, pp. 542 y ss.

[11] Véanse los artículos 3 y 4 del Proyecto, en los que, de un lado, se introducen reglas que propicien el mantenimiento en activo mas allá de los 65 años, y , por otro, se mantiene —y se corrige, bien es cierto— la regulación de la jubilación parcial a partir de los 61 años.

pensionista». Sin embargo, en la actualidad, como consecuencia de una evolución deslabazada del sistema, en la que han intervenido lógicas— y sus correspondientes principios materiales— de reforma, se plantean distintas situaciones de (in)compatibilidad pensión— trabajo, e incluso de (in)compatibilidad pensión-trabajo-nueva/otra pensión. En este sentido, se tratará de visualizar, sucintamente, el panorama de la (in)compatibilidad con el trabajo de las dos grandes pensiones profesionales del sistema: la incapacidad permanente y la jubilación. Solo tangencialmente se traerán a colación las implicaciones en materia de incompatibilidad entre pensiones [12].

1. La (in)compatibilidad «pensión de incapacidad permanente» - «trabajo» - pensión

Por lo que respecta a la incapacidad permanente [13], en primer lugar, se ha de señalar la existencia de reglas de incompatibilidad internas e intrínsecas, que actúan como consecuencia de la relación entre la actividad en la que se provoca inicialmente la situación de incapacidad permanen-

---

[12] Como regla general, central de la congruencia sistémica, se prevé en el artículo 122 LGSS, referida al Régimen General, la incompatibilidad general de pensiones, que se sustenta en el principio de pensión única, y en el principio de opción entre las pensiones concurrentes e incompatibles. Es evidente que, en el propio artículo 122.1 LGSS se permiten excepciones, en aquellos casos en que, legal o reglamentariamente se establezca expresamente. Ahora bien, aun tratándose de una regla de congruencia sistémica, la incompatibilidad no siempre responde a evitación de la sobreprotección de un mismo beneficiario sobre la base de un mismo hecho causante. En ocasiones, se puede mantener que la (in)compatibilidad tiene justificaciones de opción política: en caso de concurrencia de distintas situaciones de necesidad legalmente previstas protegibles y pensionables, se opta legalmente, bien por dar predominancia a una de las situaciones concurrentes respecto de las demás, bien por omitir la concurrencia de medidas protectoras. La primera gran excepción, la constituyen las pensiones, de idéntica o distinta naturaleza, causadas en distintos regímenes, y siempre que se reúnan los requisitos independientemente en uno y otro. En este caso, se respeta la lógica contributiva, y se tratan los regímenes por separado, como si no formaran parte de un mismo sistema, lo que permite las zonas de sobreprotección permitida. Y, más adelante, se va a ir viendo algunas excepciones más, con la finalidad de comprobar si responden a un mismo género de justificaciones, contributivas o no. Regla referida al Régimen General pero que se ha extrapolado en idénticos términos a los distintos Regímenes Especiales (art. 19 Decreto 2123/71, de 23 de julio, aprueba el Texto refundido de las normas reguladoras del Régimen Especial Agrario (REA); artículo 47 Decreto 3772/72, de 23 de diciembre, aprueba el Reglamento General del REA (RGREA); artículo 34 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regula el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA); artículo 66 Orden de 24 de septiembre de 1970, normas para la aplicación y desarrollo del RET A (ORETA); artículo 27 Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regula el Régimen Especial de Servicio Doméstico; artículo 32 Decreto 2864/74, de 30 de agosto, Texto refundido por el que se regula el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (RETM), y 63 Decreto 1867/70, de 9 de julio, aprueba el Reglamento General del RETM (RGRETM)

[13] Véase, Rodríguez Izquierdo, R.: «Régimen jurídico de las prestaciones por incapacidad permanente». En AA. VV. (Monereo Pérez, J. L. y García Ninet, I. (Dir.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*. Granada: Comares, 2004, pp. 487-501.

te, los eventuales grados de incapacidad que se declaren, y , ligado a lo anterior, con la capacidad residual para el trabajo. Resulta evidente que la incapacidad permanente es una prestación de una profusa problemática, en todos sus aspectos. Aquí, simplemente, se van a destacar aquellas cuestiones que mantienen una relación muy directa con la compatibilidad entre pensión y trabajo, y que se podrían sintetizar en las siguientes.

En primer lugar, ha quedado establecida la compatibilidad entre una prestación de incapacidad permanente parcial (IPP) y una pensión de incapacidad total (IPT), en especial en el supuesto de que las profesiones habituales del propio beneficiario a los efectos de las incapacidades reconocidas sean distintas en una y otra situación. Es evidente que las pensiones responden a situaciones distintas y tienden a subvenir distintas situaciones de necesidad originadas por merma en la capacidad laboral. Es dable entender que, las profesiones habituales (respecto de las que se ha producido, en un caso imposibilidad de desempeño y , en otro, la merma trascendente en el rendimiento) son distintas. [14]

En segundo lugar, la Incapacidad Permanente Total (no cualificada) resulta compatible con cualquier actividad laboral, incluso en la misma empresa[15], y siempre que no coincida con las actividades respecto de las que ha sido declarado incapaz, lo que alcanza obviamente, al trabajo por cuenta propia[16]. En este sentido, se han de dejar a un lado las tendencias restrictivas/expansivas que toman/no toman como referencia la profesión habitual[17], el grupo profesional [18], la categoría profesional [19], el puesto de trabajo[20] o las funciones[21]. El legislador pudo haber estimado que, al reconocerse al declarado incapacitado total una pensión vitalicia, tal circunstancia era incompatible con el desempeño de determinados trabajos. Sin embargo, optó por un criterio general de compatibilidad del cobro de la pensión con la retribución correspondiente a la realización de un trabajo distinto, aunque sólo en los términos que reglamentariamente se señalen (art. 141.1.º LGSS y artículo 24.3 de la OM de 15 de abril de 1969).

---

[14] STSud de 21 de junio de 1999 (RJ 5225/1999).

[15] STSJ Castilla y León, Valladolid, de 5 de mayo de 2003 (AS 2054/2003), STSJ Cataluña, 12 de septiembre de 2003 AS 3385/2003)

[16] STSJ Madrid, 20 de junio de 2005 (AS, 1934/2005).

[17] SSTS de 28 de enero de 2002 (RJ 3761/2002, y de 29 de octubre de 2004 (RJ 7612/2004).

[18] La doctrina judicial es oscilante. Se ha mantenido la compatibilidad con la IPT de actividad correspondiente a diferente puesto de trabajo aunque del mismo grupo profesional.(STSJ Cataluña, de 31 de julio de 2003 (AS 2881/2003)), si bien en otros casos no ha sido así y se ha establecido la incompatibilidad derivada del ejercicio de la actividad del mismo grupo profesional (STSJ Cataluña, de 15 de marzo de 2005 (AS 1040/2005)).

[19] STSJ Cataluña, de 15 de abril de 2003 (JUR 2003/138442).

[20] STSJ Cantabria, de 29 de mayo de 2003 (JUR 2004/ 6565), STSJ Castilla y León, Valladolid, de 17 de diciembre de 2004 (JUR 2005/ 14242)

[21] STSJ Cantabria, de 4 de julio de 2006 (AS 2304/2006)).

Podría afirmarse a la vista de lo anterior que, en realidad la justificación de esta compatibilidad se encuentra en la lógica inherente, no ya de la prestación, sino del sistema, es decir la lógica de proteger la perdida de rentas derivadas de esa profesión. Protección que resulta parcial (atendiendo al porcentaje del 50% aplicable a la base reguladora), por cuanto el sistema reconoce la existencia de una —presunta— capacidad laboral residual para otra actividad profesional distinta de aquélla respecto de la cual se ha declarado la incapacidad. Que la pensión de IPT tenga una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual, comporta, pues, su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tiene habilidad o capacidad física, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido de la misma profesión habitual respecto de la que se le ha declarado la invalidez [22].

En consecuencia, manteniendo la compatibilidad entre pensión de IPT con trabajo compatible, nada obstaría por que el sujeto pudiera causar prestaciones derivadas de contingencias relacionadas con dicha actividad laboral (incapacidad temporal, o desempleo) [23]. No obstante, lo anterior, se ha entendido que la IPT para una profesión resultaría incompatible con una segunda IPT[24] referida a la actividad desarrolla con posterioridad en régimen de compatibilidad. Es decir , la IPT es compatible con el trabajo (art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 196), pero no con una pensión de IPT derivada ulteriormente de ese trabajo, sobre la base del artículo 122 LGSS [25]. Algo de una congruencia criticable.

En el caso de la IPT cualificada (art. 139.2.º LGSS), aparece un doble juego de presunciones. Esa —presunta— capacidad laboral remanente en el grado de IPT no existe —también presuntamente [26]— en caso de trabajadores mayores de una determinada edad (55 años), que se encuentran en una determinada situación socio-profesional, en una determinada coyuntura económica. De ahí que el sistema se haya previsto un incre-

---

[22] SSTSJ Cataluña, de 7 de febrero de 2003 AS 1700/2003; de 4 de abril de 2004 (AS 1424/2003).

[23] Véanse, Garrigues Jiménez, A.: «La incapacidad permanente y su relación con otras prestaciones: incapacidad temporal, desempleo y jubilación.». En AA. VV. (Monereo Pérez, J. L y García Ninet, I. (Dir.). *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*. Granada: Comares, 2004, pp. 503-523; J over Ramírez, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 398 y ss.

[24] Véase, García Viña, J.: «El profesiograma laboral y la posible declaración de una segunda incapacidad permanente». En, R ivas Vallejo, P. (Dir.): *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson, 2006, pp. 188-202.

[25] STSud de 28 de julio de 2003 (RJ 7258/2003), aunque ya se habia mantenido esa idea en en suplicación; véase, por ejemplo, STSJ La Rioja, de 4 de marzo de 2003 (AS 826/2003).

[26] Veáse, Areta Martínez, M.: *La presunción en el sistema de Seguridad Social*. Cizur Menor: Aranzadi, 2003, p. 35 y ss.

mento del 20% de la pensión, y , congruentemente, haya establecido (art. 141.1.º LGSS) la incompatibilidad total de ese porcentaje adicional de pensión en caso de desempeño de una actividad compatible [27]. No ha sido inhabitual, sin embargo, estima la posibilidad de compatibilizar el porcentaje suplementario con la percepción de una pensión compatible de otro régimen[28].

En tercer lugar, el artículo 141. 2.º LGSS, en consonancia con el artículo 18.4.º de la OM de 15 de abril de 1969 establece las reglas de compatibilidad entre Incapacidad Permanente en grado Absoluta (IPA) y en grado Gran Invalidez (GI), con el trabajo [29]. Así, se da una situación de compatibilidad cuando el trabajo sea compatible con el trabajo del inválido, sin que en ningún caso perjudique su estado de salud, y el ejercicio de las actividades inherentes a ese trabajo no representen un cambio en la capacidad de trabajo a efectos de revisión. O dicho de otra manera, los trabajos posibles (atendiendo al estado fisiológico del pensionista) no siempre son trabajos compatibles con la percepción de la prestación en ese grado.

De modo expreso, entonces, se consagra la compatibilidad del cobro de una pensión de esa naturaleza con el desempeño de actividades lucrativas; no de todas, ciertamente, sino sólo de aquellas en las que concurra esta doble circunstancia: a) que sean compatibles con el estado del inválido; b) que no revelen un cambio en su capacidad de trabajo, a efectos de revisión. La primera condición —estado de salud— responde a una finalidad de protección de la misma, de tal forma que existirá incompatibilidad cuando el trabajo sea perjudicial para la salud del pensionista. La segunda condición se concreta en la exigencia de que no haya habido cambio en la capacidad de trabajo del inválido (puesta de manifiesto por el trabajo desarrollado), susceptible de dar lugar a una revisión del grado de invalidez reconocido, advirtiéndose fácilmente su razón de ser: no tiene sentido que se siga cobrando una pensión concedida para proteger una limitación en la capacidad laboral que ya no se sufre. En consecuencia, fuera de esos dos supuestos, cabe compatibilizar pensión y trabajo lucrativo.

Esta regla de compatibilidad general entre pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y trabajo lucrativo, parece ser una clara muestra de que el legislador ha querido mantener la capacidad de

---

[27] Presunción esta que se ha extendido a los regimenes especiales, mediante el establecimiento del grado de IPT cualificada, a través de la Ley 52/2003, y el RD 463/2003. véanse los artículo 58.2.º RGREA, artículo 38.1 RETA, artículo 82 ORETA, artículo 36.2 Decreto RETM, y artículo 75.4.º RGRETM.

[28] STSJ Castilla y León, Valladolid, de 27 de marzo de 2006 (AS 1520/2006).

[29] Véase el excelente tratamiento de toda la problemática en estos supuestos en L ÓPEZ-TARUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: *El trabajo del inválido permanente absoluto*. *Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*. Madrid: Civitas, 1991, 163 p.

empleo de ese tipo de trabajadores minusválidos, quizás sobre la base de la integración social de los mismos, a través del trabajo [30].

En general, referido a la prestaciones de incapacidad permanente independientemente de sus grados, y a diferencia de lo que sucede en la pensión de jubilación, se ha considerado que la ocasionalidad o la marginalidad del trabajo no son elementos relevantes a efectos de considerar una situación de actividad profesional como incompatible con el percibo de una pensión[31].

En el caso de la IP , la (in)compatibilidad con el trabajo se proyecta en, bien una revisión del grado o bien, en los casos de incumplimiento de la obligación de comunicación del inicio de actividades a la entidad gestora, en la suspensión o extinción por sanción de la prestación. Habría que introducir una llamada de atención en aquellos casos en los que la contingencia causante de la situación de IP sea una enfermedad profesional. En esos casos, el artículo 24. 1 y 2 del Reglamento general de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social, aprobado por D. 3158/1966, de 23 de diciembre, y el artículo 43.1 y 2 de la Orden de 15 de abril de 1969 establecen que los pensionistas por enfermedad profesional podrán realizar trabajos por cuenta ajena, siempre que hayan obtenido previamente autorización del INSS.

Por último, es necesario tratar una de las cuestiones más polémicas en torno a la incompatibilidad de la pensión de IP , ya no con el trabajo, sino con una pensión de jubilación.

A partir de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización de los recursos del sistema de seguridad social, no cabía causar pensiones de incapacidad permanente a partir de los 65 años, se producía una conversión *ex ante* a la pensión de jubilación (art. 138.1 LGSS). Y por otro lado, las pensiones de IP , al cumplir el beneficiario 65 años, pasarían a denominarse de jubilación, *ex pos*t (art. 143.4 LGSS). Esas dos previsiones, junto a la imposibilidad de revisar el grado de una IP declarada con anterioridad, tras cumplir los 65 años (art. 143.2 LGSS), ponen de manifiesto que hay una asimilación inevitable

[30] En el marco de las implicaciones del derecho al trabajo y de la dignidad de la discapacidad, se ha abierto un resquicio de una nueva directriz/principio vinculado a la promoción de la capacidad dignificadora del trabajo respecto de la discapacidad. Tras la Ley 52/2003,de 10 de diciembre, de medidas de Seguridad Social, se modificó el artículo 144.1.º LGSS en orden a promocionar la inserción profesional del invalido de la modalidad no contributiva. La lógica —inserción de las personas en situación de discapacidad— conlleva la omisión de una regla de incompatibilidad tacita (no superación de un determinado umbral de rentas) en el caso de las pensiones de invalidez no contributivas. Así, se reforma el esquema incompatibilidad con determinadas actividades-suspensión de la pensión no contributiva— recuperación de la pensión, sin que se computen los ingresos obtenidos a efectos de perder la prestación.

[31] (STSJ País Vasco, de 11 de octubre de 2005 (AS 2005/ 2701).

entre edad-incapacidad natural para el trabajo-jubilación. Algo heredado quizás del diseño de la protección de la vejez en la normativa presistémica del Retiro Obrero de 1919.

A partir de la ley 35/2002, de 12 de julio sí es posible acceder, después de los 65 años a pensión de IP, aunque se reúnan los requisitos de la jubilación, cuando la IP deriva de contingencia profesional [32]. Es una de mas manifestaciones de la directriz «favorecer la prolongación de la vida laboral». Se sigue manteniendo la imposibilidad de acceder después de los 65 años a pensión de IP que provenga de continencias comunes. Salvo que no se reúnan los requisitos de la jubilación. En caso de que se reúnan los requisitos, se produce una incompatibilidad *ab initio*, que se resuelve, no en la apertura de un derecho de opción, sino en la causación de una prestación de jubilación. (art. 139.5.º LGSS).

Cuando no se reúnen los requisitos para acceder a prestación de jubilación, sí es posible acceder a una pensión de IP, pero sólo nominalmente. En efecto, no se califica grado alguno a efecto de determinar el régimen de la pensión, sino que, simplemente, se calcula una prestación equivalente al 50% de la base reguladora pertinente. En estos casos, el grado de IP es irrelevante, porque es irrelevante la capacidad laboral residual. Se observa como, una vez más, el sistema entiende que el alcanzar una determinada edad equivale a encontrarse en un grado indeterminado e indeterminable de incapacidad laboral sobrevenida. O dicho de otro modo, la finalidad de esta incompatibilidad parece ser la de que, a partir de los 65 años, se presume que se ha de poner fin a la vida laboral; es la edad de jubilación, y de reconocer una IP se estaría manteniendo que persiste una capacidad para el trabajo, algo que se estima contradictorio con la incapacidad natural derivada de la edad [33].

2. La (in)compatibilidad «pensión de jubilación» - «trabajo» - pensión

La regla general de la incompatibilidad del artículo 122 LGSS también tiene una manifestación específica respecto de la pensión de jubi-

---

[32] Véase, por todos, Lacomba Pérez, F. R.: «La incapacidad permanente de los trabajadores mayores de 65 años, según la Ley de 35/2002, de 12 de julio» *TS,* 2003, núm. 147, pp. 28-39.

[33] En otro sentido distinto, pero con la misma actitud de asimilación, baste ver las previsiones contenidas en el apartado III.2 c) del Acuerdo de 13 de julio de 2006, que se ha proyectado en el Proyecto de Ley de medidas en materia de seguridad social (art. 2. Uno, que modifica el artículo 138.1.º LGSS, en orden a establecer relaciones generales entre ciertas profesiones —facultades inherentes o esenciales de las mismas— y edad, con la finalidad de enervar la posibilidad de acceder a prestaciones de IPT en esos casos. Casos en los que, asimilada edad-incapacidad, no se estima digna de protección la situación en la que un determinado sujeto se ve imposibilitado para mantener su profesión habitual.

lación[34]. Así, se establece (dejando a un lado las incompatibilidades específicas de los apartados segundo y tercero del artículo 165 LGSS) que la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista (art. 165.1.º LGSS)[35] por cuenta propia o ajena que de lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de algunos de los Regímenes Especiales del sistema de Seguridad Social (art. 16.1.º de la Orden de 18 de enero de 1967). Si bien, inmediatamente se habilita al legislador para establecer excepciones a dicha incompatibilidad pensión-trabajo; siendo la primera excepción la compatibilidad entre pensión y trabajo a tiempo parcial. Además, las pensiones de jubilación, con carácter general son únicas para cada beneficiario, lo que entraña que, en caso de pluriempleo, no quepa causar más de una pensión, si bien, en caso de pluriactividad sí resultan compatibles.

En caso de pretender compatibilizar pensión y trabajo sur ge para el pensionista la obligación de comunicación del desarrollo de actividades a la entidad gestora. Que, de considerar incompatibles las actividades aplicará los efectos previsto para los supuestos de incompatibilidad con el trabajo, a saber, la suspensión de la pensión, el renacimiento de la obligación de cotizar, y el cómputo de las nuevas cotizaciones a efecto de mejorar el porcentaje (art. 16.2.º de la Orden de M de 18 de enero de 1967). La efectividad de esos efectos de la incompatibilidad, en realidad, es algo que, de facto, queda a voluntad del beneficiario, so pena de sanción administrativa. O dicho de otro modo, la obligación de comunicación, de facto, que no jurídicamente, resulta potestativa para el trabajador-pensionista, y favorece la existencia de un amplio mar gen para las actividades de economía sumergida. Lo que constituye un problema añadido, salvo que se incentive la comunicación, se proteja la situación prestacional adquirida, y se premie, tanto la comunicación como la reanudación del trabajo.

Legislativamente, con carácter expreso, han quedado exceptuadas de la regla de la incompatibilidad las situaciones de jubilación parcial, y de jubilación flexible (como subcategoría de la anterior). Resultan compatibles con el trabajo, con distintas implicaciones en cada régimen del sis-

---

[34] Véanse, por todos, AA. VV. «Concurrencia de pensiones. Compatibilidad e incompatibilidades.» En AA.VV. (Monereo Pérez, J. L y García Ninet, I (Dir.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*. Granada: Comares, 2004, pp. 157-174; López Gandía, J.: «Compatibilidad e incompatibilidades en la pensión de jubilación en el sistema de seguridad social, En, L opez Cumbre, L. (Coord.), *Tratado de Jubilación,* Madrid: Iustel, 2007, pp. 407-431, F ernández Orrico, F. J.: «Incidencias del contrato compatible con la jubilación en la pensión de jubilación.» *Ibidem,* pp. 1373 y ss.

[35] Idéntica previsión hay en los distintos regímenes especiales. artículo 28.3 REA y artículo 52.2 RGREA; artículo 45.2.º RET A y 93-94 ORETA; artículo 37.3.º in fine RETM, y artículo 76.2.º Decreto 1867/70 RGRETM.

tema[36], y genera una zona de supervivencia/ cohabitación de la categoría de trabajador/a-pensionista.

No es el objetivo aquí volver sobre la regulación de estas dos instituciones, especialmente en la medida en que ya existe una prolija bibliografía[37] Sin embargo sí lo es remarcar algunos aspectos de esta regulación. En el caso de la jubilación parcial[38], si se observa, se trata de mantener el equilibrio entre la anticipación de la edad de jubilación, como instrumento de renovación de los recursos humanos de las empresas, y el mantenimiento del empleo de los trabajadores de mas edad. El resultado de ese equilibrio, es la compatibilidad de la condición de trabajador -pensionista. En lo que se refiere a la jubilación flexible [39], la finalidad explícita y exclusiva es la de romper la frontera entre edad y trabajo, así como deshacer el —anterior— nudo irreversible entre acceso a la pensión de jubilación e incompatibilidad con el trabajo. En realidad, como se ha tratado de esbozar más arriba, el disfrute de la pensión de jubilación no impedía el desarrollo ulterior de una actividad profesional incompatible; simplemente entrañaba que la percepción material de la pensión quedara en suspenso. Con la nueva regulación de la jubilación flexible, quedan activas las dos condiciones subjetivas, la de trabajador (a tiempo parcial) y la pensionista.

En sendos casos, jubilación parcial y jubilación flexible, resulta relevante el tratamiento —favorable— dado a las situaciones de pluriempleo, lo que introduce una nueva sospecha de incongruencia protectora sobrevenida, o al menos una revisión de las lógicas protectoras de la pensión de jubilación: que ya no protege la situación de la perdida de rentas derivada del cese definitivo en la condición de activo al cumplir la edad pensionable. Ahora se protege la perdida parcial de la condición de activo, al margen de la edad. Edad que se convierte en un requisito secundario.

---

[36] En efecto, la jubilación parcial y flexible operan plenamente en el Régimen General de la Seguridad Social; pero en el caso de los Regímenes Especiales, solo operaría la jubilación flexible, ya que la edad ordinaria de jubilación no se ha visto excepcionada, y no cabe cese pensionable con anterioridad al cumplimiento de los 65 años. Póngase en relación el artículo 165.1.º LGSS en relación con la DA 8.ª; dado que en ésta no se hace referencia al artículo 166 LGSS.

[37] Véanse, por todos, AA. VV. Sempere Navarro, A. V. (Dir.): *Pensiones por jubilación o vejez*. Cizur Menor: Aranzadi, 2004, 805 p.; L ópez Gandía, J.: «La jubilación gradual, flexible y anticipada tras las reformas de 2002» *TS,* 2003, núm. 152/153, pp. 7-17; P anizo Robles, J. A.: «De nuevo sobre la jubilación flexible» *RL,* 2003, núm. 1, pp. 81 y ss.; P umar Beltrán, N.: «La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad.» *TL,* 2005, núm. 82, pp. 133-169; Rodríguez-Piñero, M.: «La flexibilidad en la edad de jubilación. (I), (II) y (III)». *RL,* 2002, núm. 18 y 21, y 2003, núm. 1 (respectivamente).

[38] Véase lo previsto en el artículo 166 LGSS, y en el RD 1 131/2002, de 31 de octubre pro el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

[39] Véase su regulación concreta en el RD 1 132/2002, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinado preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

En estos casos, aunque la situación de jubilación es compatible con el trabajo, no siempre lo es con las prestaciones derivadas de ese trabajo a tiempo parcial, como pudieran ser las prestaciones de incapacidad temporal, el desempleo, la maternidad o la incapacidad permanente. En concreto, la jubilación parcial será compatible con la prestación por desempleo y con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones que pudieran derivar del trabajo a tiempo parcial concertado con anterioridad a la situación de jubilación parcial, pero no respecto del trabajo a tiempo parcial que configura el supuesto de hecho de la jubilación parcial (art. 14.1 RD 1 131/2002). En el caso de la jubilación flexible, como incentivo a la prolongación de la vida laboral, sí se permite causar prestaciones por incapacidad temporal o maternidad referidas a la actividad a tiempo parcial compatible con la pensión (art. 7.2 RD 1132/2002). En sendos casos, no se permite compatibilizar pensión de jubilación y pensión de incapacidad permanente derivada de la actividad compatible (art. 14.2 RD 1131/2002 y artículo7.1.º RD 1132/2002). En estos casos de incompatibilidad entre pensiones, se ha de tener en cuenta algo: la incompatibilidad se traduce en necesidad de optar entre pensiones, lo que equivale a renunciar a la nueva o a la anterior . Opción que resulta irreversible.

Junto a esta gran excepción normativa a la regla de la incompatibilidad trabajo-pensión de jubilación, conviven diversas otras situaciones de simultaneidad de la actividad del pensionista-trabajador en sentido amplio. Sirva enumerar algunas, sin carácter exhaustivo, con objeto de tratar de dilucidar si responden a una lógica unívoca.

En primer lugar, de la interpretación *sensu contrario* de la regla genérica de incompatibilidad del artículo 16.1.º de la Orden de 18 de enero de 1967, se puede mantener, con carácter general la compatibilidad de la pensión de jubilación —de cualesquiera regímenes— con las actividades profesionales no encuadradas en ningún régimen. En concreto, de esta posibilidad, sirva destacar la compatibilidad con los trabajos propios de profesiones liberales, no incluidas en el RETA, tras las previsiones de encuadramiento que contuviera la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado [40]. Esta compatibilidad, se ha de hacer extensiva a los supuestos de pensionista-profesional no encuadrado que causa prestaciones en los sistemas previsionales alternativos/sustitutivos ligados a las mutualidades obligatorias de previsión social sustitutoria vinculadas a los colegios profesionales concretos [41].

Compartiendo parte de la lógica del supuesto anterior , en segundo lugar, también resulta compatible la condición de pensionista de jubilación con el desarrollo de una actividad profesional, incluso encuadrable en el sistema de

---

[40] Véase, por todo, M ALDONADO MOLINA, F. J.: *Las mutualidades de previsión social como entidades aseguradoras*. Granada: Comares, 2001, pp. 214 y ss.

[41] Véase, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Las mutualidades voluntarias de prevision social y sus conexiones con el sistema de seguridad social*. León: Universidad de León, 2004, 396 p.

Seguridad Social, en el ámbito de las regulaciones de integración en el sistema de regímenes especiales, o de regímenes no integrado inicialmente vinculados a entidades de previsión social sustitutorias de la Seguridad Social (DT.ª 8.ª LGSS).. En sendos casos, se trata de la compatibilidad permitida en aquellas situaciones —ya marginales como consecuencia de los parámetros puramente demográficos, de agotamiento del sustrato fáctico— en las que los regímenes transitorios mantuvieron la posibilidad de simultanear la percepción de prestaciones de jubilación con el trabajo. Sirva el ejemplo de los trabajadores ferroviarios, o de los trabajadores de la MUNPAL, o de la Mutualidad de Previsión, etc. En las regulaciones originarias de esos regimenes, previamente a su integración, se preveía la regla de la compatibilidad pensión-trabajo. La lógica básica de esa compatibilidad era diversa. En algunos casos estaba claro que se trataba de una lógica sustentada en la conservación de un régimen ultra-protector que permitía la conservación de la pensión causada a edades anticipadas, con independencia de la continuidad en la vida activa [42].

En tercer lugar, también vinculado a la prohibición de simultanear pensión-trabajo que implique encuadramiento en el sistema, resulta compatible la condición de pensionista con la de trabajador, cuando se trate de trabajos marginales, ocasionales o benévolos o de buena vecindad. En este supuesto, cada Régimen del sistema establece los límites cuantitativos para la consideración de la marginalidad de la actividad, así como del carácter benévolo [43].

En cuarto lugar, referido a los pensionistas-trabajadores por cuenta propia, se mantiene la compatibilidad de la pensión con la conservación de la titularidad del negocio y la realización de las tareas inherentes a esa titularidad; algo que, en ningún caso, equivale a la realización de las actividades propias de dicho negocio [44].

---

[42] En el Régimen Especial de Trabajadores Ferroviarios, parece que la jubilación anticipada a los 60 y a los 55 años se fundamentaba en la penosidad inherente y generalizada de la actividad productiva; lo que, en la lógica protectora, no impedía compatibilizar pensión-trabajo no ferroviario (DT 3.ª del Decreto 2824/1974, de 9 de agosto, pro el que se regulaba el RETA; en consecuencia, únicamente se prohibía el ejercicio de actividades que pudiera resultar propia de la competencia). Pues bien, en los regímenes transitorios, se permite que, para aquellos pensionistas que hayan adquirido su pensión de jubilación antes de la integración en el RGSS o en el sistema en general, la pensión mantenga intrínsecamente las reglas de compatibilidad con el trabajo.

[43] Sirva el ejemplo del REA, que, en el artículo 52.2.º RGREA, establece límites cuantitativos para considerar una actividad como esporádica u ocasional. Lo serán cuando el ejercicio de labores agrarias se prolongue o son inferiores a menos de 6 dias de labor consecutivos, o inferiores a un trimestre al año.

[44] Así se prevé en el RETA (art. 93.2 ORETA), que ha debido ser interpretado por la Resolución de 13 de agosto de 1999, de la Dirección General de la Seguridad Social sobre el alcance de la expresión «funciones inherentes a la titularidad del negocio». Véanse, DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I.: *La seguridad social de los trabajadores autónomos*. Valladolid: Lex Nova, 2004, pp. 283 y ss.; y CERVILLA GARZÓN, M. J.: *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el sistema español de Seguridad Social*. Sevilla: Mergablum, 2005, pp. 235-254.

En quinto lugar, se mantiene, de facto, la compatibilidad de la pensión de jubilación no contributiva, con el trabajo. En este caso, por el funcionamiento intrínseco de la protección, el único elemento de incompatibilidad provendría del nivel de ingresos generado por esa actividad.

En penúltimo lugar, como excepción a la regla de incompatibilidad, se presentan los supuestos, mar ginales (pero denotativos de la complejidad del sistema por cuanto se implican algunas lógicas extra-jurídicas que hacen que la jubilación mantenga zonas de incongruencia) de los profesores eméritos de universidad, previstos en la DA 11.ª LGSS[45]. En estos casos, si se observa, la lógica a la excepción parece ser la del otorgamiento de un valor añadido del trabajo de estos sujetos, así como el reconocimiento de la existencia de capacidad —llámese— laboral al mar gen de la edad. Algo que, por otro lado, podría ser extrapolable a otro tipo de situaciones profesionales.

Por último, sirva señalar los casos de compatibilidad, de facto o jurídica, según los estados, entre pensiones causadas en un Estado, bajo la normativa de coordinación comunitaria o bajo convenios bilaterales, y el ejercicio de una actividad profesional en el territorio de otro Estado.

III. VALORACIONES CRÍTICAS

1. (In)congruencias del sistema en torno a la compatibilidad

Si se observa, a la vista del recorrido —apresurado en verdad— por los supuestos de (in)compatibilidad entre pensión (de incapacidad permanente o de jubilación) con el trabajo, se puede formular una primera conclusión general: el régimen de la incompatibilidad y sus excepciones esta afectado por una intensa incongruencia, como consecuencia de las nuevas exigencias del empleo. Incongruencia que, por otro lado, paradójicamente, resulta congruente, bien con las lógicas exógenas ligadas a las directrices comunitarias para el empleo, bien con las lógicas endógenas del principio de protección, en su manifestación de prohibición de la sobreprotección, o del principio contributivo.

En realidad, todo lo anterior es resultado de la ausencia de la percepción del carácter omnicomprensivo del sistema, así como de la permeabilidad del mismo a las exigencias externas al sistema de protección, lo que hace de él un instrumento al servicio de las políticas económicas, y , en concreto a las políticas de empleo. Tal es así que, se produce una contradicción primera: el sistema asimila edad-fin de la carrera profesional,

[45] Véase, Goerlich Peset, J. M.: «Compatibilidad de pensiones de jubilación con la retribución de los profesores eméritos». En, L ópez Cumbre, L. (Coord.), *Tratado de Jubilación,* Madrid: Iustel, 2007, pp. 433 y ss.

aunque mantiene un cierto ámbito para el concepto de «actividad profesional compatible», respecto de algunas prestaciones (IP). Cuando, para otras (jubilación) reconoce la difusa separación entre vida activa y vida de pensionista o vida pasiva.

En segundo lugar, la lógica intrínseca de las prestaciones se diluye cuando, a través de la institución de la compatibilidad, se modifica la situación protegida de las prestaciones, y junto a la finalidad de sustitución de rentas, se insertan otro tipo de finalidades.

2. Mecanismos correctores de *lege ferenda*

Quizás, las transiciones laborales (activo-pasivo-activo-pasivo-etc), en un nuevo contexto político, demográfico, pero, sobre todo, económico, justifican una reformulación de la institución de la (in)compatibilidad.

En primer lugar, cabria reformular la irreversibilidad de algunas situaciones, al estilo de la nueva regulación de la jubilación flexible. De tal forma que se module el concepto de prestación terminal, y quepan tránsitos bidireccionales entre ese tipo de prestaciones[46]. Un ámbito posible para ello es el caso de la relación entre IP-jubilación, respecto de los sujetos mayores de 65 años. Cabría asimilar los regimenes jurídicos de ambas prestaciones, y abrir zonas de flexibilidad, ligadas a la revisión (por mejoría) del grado de IP, que permitiera una vuelta al mercado laboral.

Por otro lado, tanto en el caso de las prestaciones de IP como de jubilación, en la vuelta al mercado, no se puede omitir la realidad, sociológicamente, de que no se va a producir en régimen de trabajador por cuenta ajena (porque la mentalidad empresarial presenta otras predilecciones), sino en régimen por cuenta propia, en sentido estricto, o en régimen de trabajo autónomo dependiente.

Y uno y otro aspecto se han de poner en conexión con una nueva perspectiva: habrá que concebir una nueva relación entre jubilación /incapacidad y edad, especialmente sobre la base de algunas consideraciones referentes a los distintos tipos de actividades así como a consideraciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo [47].

---

[46] Barcelon Cobedo, S.: «La jubilación como prestación de llegada en el tránsito prestacional», En, López Cumbre, L. (Coord.), *Tratado de Jubilación,* Madrid: Iustel, 2007, pp. 513.

[47] Es una idea cuasi-perenne en los planteamientos comunitarios. Así, se ha de tratar de mejorar las condiciones de trabajo en general con el fin de prevenir el estrés y las enfermedades profesionales y mantener las posibilidades de empleo, sobre todo de los trabajadores de más edad, y garantizar unas condiciones de trabajo adaptadas a la edad (apartados 2.2.5, y 2.5 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Calidad de la vida profesional, productividad y empleo en el contexto de la globalización y los cambios demográficos» (2006/C 318/27).

Cumulativamente con lo anterior, referido al régimen de las incompatibilidades pensión de incapacidad - trabajo, se ha de valorar un cambio de contextualización del esquema protector. De esta manera, el referente de la incapacidad puede que no haya de ser tanto la profesión (lo que provoca algunas disonancias), sino la capacidad para el trabajo, en general. La profesionalización que subyace a los grados de incapacidad permanente, y que marca las reglas de relación con la jubilación, se habría de diluir en un nuevo contexto de formación continua, adaptabilidad profesional constante, especialmente referido a las personas de mayor edad[48]. En efecto, esto encaja con las nuevas pinceladas comunitarias, en torno a la *flexiseguridad* del mercado de trabajo, la modernización del Derecho del Trabajo y el papel —incierto— de la Seguridad Social [49]. En la actualidad, el tratamiento de la IP, parece estar históricamente justificado pero exige algunas reformas: porque, a veces no hay tanto una incapacidad para el trabajo, cuanto una imposibilidad del mercado, y de las empresas, para potenciar las capacidades de los trabajadores.

[48] Es un objetivo comunitario el del aumento en el nivel de educación y la adaptación continua de cualificaciones profesionales a los requisitos de una economía basada en el conocimiento son puntos clave para conseguir una mayor tasa de empleo. Se trata tanto de elevar el nivel de educación general como de facilitar el acceso a la formación profesional permanente para cualquier tipo de perfil laboral, tanto del sector público como del privado. En este contexto se debería dar prioridad a los más necesitados, como son las personas menos cualificadas, los trabajadores de más edad (apartado 2.4.2. del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Calidad de la vida profesional, productividad y empleo en el contexto de la globalización y los cambios demográficos» (2006/C 318/27).

[49] Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas « *Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del Siglo XXI*», de 22 de noviembre de 2006 (COM (2006) 708 final).

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA REFORMA EN LOS OBJETIVOS DE LAS POLÍTICAS PASIVAS DE EMPLEO

JOSÉ JAVIER ORCARAY REVIRIEGO
Funcionario del Gobierno de Cantabria
Profesor Asociado del Área de Derecho del
Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Cantabria

SUMARIO:

I. LA REFORMA EN LOS OBJETIVOS DE LAS POLÍTICAS P ASIVAS DE EMPLEO.–1. La cobertura del desempleo y su entronque entre las medidas activas y pasivas. 2. La coordinación entre políticas activas y prestaciones por desempleo en la Ley de Empleo. 3. ¿Un nuevo objeto de la protección? 4. Una vía hacia la asistencialización. 5. La materialización de la disponibilidad del trabajador en la suscripción del compromiso de actividad. 6. La contractualización de las políticas pasivas de empleo.

1. LA COBERTURA DEL DESEMPLEO Y SU ENTRONQUE ENTRE LAS MEDIDAS ACTIVAS [1] Y PASIVAS

Nos encontramos en un momento en el que el mercado de trabajo de trabajo ha adquirido una enorme flexibilidad [2], fruto de los cambios económicos de los últimos tiempos, de la tendencia hacia la globalización y hacia nuevas formas productivas descentralizadas, de la innovación tecnológica y la sociedad de la información y el conocimiento. Todo ello implica una nueva mentalidad empresarial y la paulatina disolución de la relación tradicional empresa-trabajador mediante procesos de intermediación que parecen no tener fin, y , acorde con ello, una distinta forma de enfocar la situación de empleo-desempleo de los trabajadores y los remedios aplicables. Ya no puede hablarse de una típica vida laboral dedicada por el trabajador a un mismo empresario, por el contrario, prevalece un tipo de relaciones de trabajo que se caracteriza, cada vez más, por la escasa duración de los empleos y la rotación de los trabajadores que pueden desempeñar multitud de ocupaciones a lo lar go de su vida profesional; aparece con fuerza la noción de precariedad en el empleo, frente a la cuál los antiguos remedios protectores basados en el seguro social resultan ciertamente inadecuados. Al trabajador desempleado encaminado a la reinserción laboral ya no le bastan solamente medidas económicas pasivas en forma de prestaciones o subsidios, sino que necesita, además, de otras acciones y medidas de asistencia y orientación y formación que supongan nuevas oportunidades de inserción laboral y se combinen y

---

[1] No vamos a hacer referencia al contenido del Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9-5-2006, por cuanto hasta la fecha solo contamos con declaración de intenciones y objetivos difusos y en absoluto con novedades que merezcan destacarse; ver , por ejemplo, a este respecto, F ERNÁNDEZ ORRICO, J.: «Cambios en protección Social y Políticas Activas de Empleo…», Aranzadi Social, núm. 14/2006.

[2] Sobre el fenómeno de la flexibilidad laboral y sus formas puede verse S EMPERE NAVARRO, A. V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Políticas Sociolaborales*, Eunate, Pamplona 2001, págs. 96 y ss. En la misma obra, una referencia a las políticas de empleo activas y pasivas, págs. 53 y ss.

complementen con las prestaciones económicas derivadas de su carrera de seguro [3].

La lucha frente al desempleo, combinando las medidas activas y pasivas, ha estado presente en nuestro ordenamiento, al menos de manera teórica, desde la publicación de la Ley Básica de Empleo de 1980, uno de cuyos títulos estaba referido a la protección por desempleo: la prestación económica por desempleo se regulaba junto con la política de colocación y las medidas de fomento del empleo. Posteriormente, con la Ley de Protección por Desempleo de 1984 y la definitiva reintegración de la protección por desempleo en el TRLGSS de 1994, pareció que las políticas activas y pasivas frente al desempleo seguían caminos diferentes, poco relacionados en la práctica y con una mayor preponderancia de las medidas pasivas en relación a las activas [4]. Pero, a pesar de este distanciamiento en el plano jurídico formal, las prestaciones por desempleo siempre han requerido, aún de manera implícita en muchos casos, de una actitud positiva del beneficiario [5] en orden a la aceptación de aquellas medidas activas que acompañan el acceso y permanencia en el disfrute del derecho [6], es decir, que el mantenimiento de la prestación quedaba sujeto al cumplimiento, por parte del beneficiario, de ciertas obligaciones positivas [7]: no podía permanecer como perceptor de las prestaciones el beneficiario que rechazara la aplicación individual de las políticas activas, tales como las acciones de orientación, formación o reconversión profesionales, o que planteara su negativa a participar en trabajos de colaboración social, o que

---

[3] Se requiere una «combinación adecuada de políticas activas y pasivas de empleo para asegurar la inclusión social mediante el empleo»; R ODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «La revisión de la reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002», Relaciones Laborales núm. 4/2003, pág. 10.

[4] De acuerdo con los datos estadísticos sobre empleo-desempleo del MT AS, el gasto en políticas activas representaba el 10% del total en 1985, pasando al 33'5% en el 2002; las políticas pasivas, por el contrario, consumían el 90% del presupuesto en 1985 y representaban el 66,5% en el año 2002.

[5] La regulación sobre el desempleo ha contenido «una serie de medidas indirectas dirigidas a garantizar que quienes pretendan obtener , con cargo al sistema público de protección social, rentas sustitutorias de la pérdida del empleo, muestren una voluntad de trabajar»; MERCADER UGUINA, J. R.: «El <compromiso de actividad>. significado, contenido y alcance», Relaciones Laborales núm. 4/2003, pág. 1 16. La obligación del desempleado de aceptar las medidas activas de empleo ha estado presente *implícitamente* en el modelo normativo de la protección por desempleo; M OLINA NAVARRETE, C.: «Las <rentas activas de inserción>: un viaje inacabado desde la <mar ginalidad> a la <centralidad> del sistema», Relac. Laborales núm. 4/2003, pág. 162.

[6] Veremos luego como la reforma llevada a cabo en el año 2002 condiciona el derecho a la protección a los requisitos que, si bien podían entenderse <implícitos> en la normativa anterior, se elevan a la «categoría de elementos definitorios del riesgo protegido»; G ETE CASTRILLO, P.: «El régimen jurídico de la prestación por desempleo: reformas», Relaciones Laborales núm. 4/2003, pág. 36.

[7] VALDÉS DAL-RE, F.: «Las políticas de contractualización de las prestaciones sociales», Relaciones Laborales, 2002 tomo II, pág. 68.

rechazara las ofertas adecuadas de empleo que se le propusieren [8]. La no aceptación de estas medidas tenía la consideración de conducta infractora merecedora de sanción que, en último extremo, alcanzaba la extinción de la prestación económica. En todo caso, lo cierto es que el conjunto de medidas activas dispuestas por los poderes públicos, encaminadas a la reinserción laboral del trabajador, quedaban al margen de la propia prestación económica por desempleo, funcionando como accesorias o complementarias y ajenas al objeto mismo de la protección.

La reforma de la prestación por desempleo que se lleva a cabo en el año 2002 (primero con el RDL 5/2002 y posteriormente con la Ley 45/2002), parece tener por objetivo la inserción de una manera más directa de la protección por desempleo en el ámbito general de la política de empleo, participando de sus medios y objetivos y reforzando la idea de unas prestaciones económicas que no constituyen sino un instrumento más que añadir a las medidas activas, que son prioritarias en orden al empleo (recolocación) de los trabajadores desempleados; incluso tras la reforma parece que la protección económica por desempleo no sea más que un instrumento temporal que se ofrece al desempleado para que obtenga de nuevo un empleo, poniéndose al servicio de ese objetivo de recolocación [9] que se asume como prioritario y al que se condicionan todo el resto de medidas, activas y pasivas, que conforman la política de empleo. Así, pudiéramos decir en términos generales que «el <derecho del desempleo> se integra y se coordina con el <derecho del empleo>» [10], quedando sus fronteras mucho más diluidas que hasta ahora. Si, en el nuevo modelo que se dibuja con la reforma, la protección del desempleo debe contribuir a fomentar la búsqueda y obtención de un nuevo empleo, y no solo como sustitución económica de las perdidas rentas salariales del sujeto por la pérdida de la ocupación, o de compensación económica para solventar estados personales o familiares de necesidad, no cabe duda de la integración de las prestaciones en el ámbito de la política de empleo, como una más de sus medidas [11] (en este caso pasiva,

---

[8] Ya la Ley 62/1961, de 22 de julio, como primera norma reguladora del seguro de desempleo, señalaba en su artículo 9 que los beneficiarios perderían el derecho a la prestación si rechazaban una oferta de trabajo adecuada a sus condiciones.

[9] Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La revisión de la reforma de la protección por desempleo», ob. cit., pág. 4, «Ahora las prestaciones sociales de desempleo se ponen al servicio del objetivo fundamental de reinserción laboral del desempleado, como medida <puente> prevista hasta el momento de obtener un empleo».

[10] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La nueva dimensión de la protección por desempleo», Relac. Laborales 2002 tomo II, pág. 7.

[11] A esta opción responde claramente la nueva LE; artículo 1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre (BOE del 17), de Empleo: «la política de empleo es el conjunto de decisiones ... que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo *y a la debida protección en las situaciones de desempleo*».

pero no negativa) tendentes a reingresar al desempleado al mercado de trabajo en un breve plazo de tiempo. Se trataría de facilitar la búsqueda de empleo ofreciendo además al desempleado una renta que atienda a su supervivencia en el tránsito del empleo perdido al nuevo que debe obtener. Y, en todo caso, se respondería a la idea de que todo beneficiario de una prestación económica por desempleo quedaría sujeto a la condición de mostrar una efectiva voluntad de ocupación [12]. Integrando y condicionando la prestación por desempleo a las políticas activas, se pretende igualmente disuadir al beneficiario de su permanencia indefinida en la situación de desempleo, obligándolo a adoptar una actitud positiva que propicie su retorno al mercado laboral [13], a cambio de la «obligación» de los Servicios Públicos de Empleo (SPE) de ofrecerle oportunidades de empleo y formación para su pronta reinserción en el mercado de trabajo[14]. En suma, combinando las medidas activas y pasivas e individualizándolas en la persona del desempleado, con la reforma lo que se ha producido es el «desplazamiento del centro de atención del desempleado como <beneficiario> de una prestación económica o renta, según el paradigma de la protección social <pasiva>, a su consideración como *sujeto formal y activamente comprometido* con su proceso de (re)inserción ocupacional, según el <nuevo> modelo de protección social <activa>[15].

2. LA COORDINACIÓN ENTRE POLÍTICAS ACTIVAS Y PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LA LEY DE EMPLEO

En la nueva regulación de las medidas de política activa que efectúa la LE[16] y partiendo de la idea finalista y genérica de fomento del empleo, se pone un especial acento en dos objetivos que se consideran prioritarios:

---

[12] A este respecto, podemos referirnos a la <cultura de la empleabilidad> propia del Estado del Bienestar <activo> o *Workfare State;* MOLINA NAVARRETE, C.: «Las <rentas activas de inserción>...», ob. cit., pág. 163 .

[13] Se trata de transmitir al beneficiario el «convencimiento de que resulta contraproducente una mera actitud pasiva de estar a la espera y depositar toda su confianza en la labor desplegada por el Servicio Público de Empleo en el encaje de la oferta y demanda de empleo; que debe pasar de la pasividad a la colaboración activa y la participación motivada en cuantas sugerencias de inserción profesional se le hagan por los profesionales de la intermediación laboral»; CRUZ VILLALÓN, J.: «El deber de aceptación de la oferta de colocación adecuada», Relaciones Laborales núm. 4/2003, pág. 84.

[14] La propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2002 parece establecer una correlación entre la actitud activa del desempleado en orden a su reocupación y el deber de los poderes públicos de facilitar ese retorno mediante la adopción de una serie de medidas activas de formación y empleo. Ver al respecto GETE CASTRILLO, P.: «El régimen jurídico de la prestación por desempleo: reformas», ob. cit., pág. 36.

[15] MOLINA NAVARRETE, C.: «Las <rentas activas de inserción>...», ob. cit., pág. 161.

[16] Artículos 23 a 26 LE. En general, sobre esta norma ver LUJÁN ALCARAZ, J.: «La Ley (básica) de empleo de 2003», Revista Aranzadi Social núm. 20/2004, págs. 9 y ss.

la «evitación del paro de larga duración»[17] y la «actuación sobre colectivos que tengan especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo», derivando en riesgo de exclusión social. La LE, además, introduce un instrumento novedoso en la legislación de empleo, cual es el «itinerario de inserción laboral individualizado»[18], que se formulará en colaboración con el demandante de empleo y en atención a sus circunstancias personales y profesionales; dichos itinerarios exigen la participación de los demandantes en las medidas de política activa que en ellos se contemplen a fin de mejorar sus oportunidades de empleo. En relación con las directrices comunitarias, se pone también especial énfasis en el «fomento del espíritu empresarial», como uno de los pilares de la estrategia de empleo. Por otra parte, las políticas activas se extienden a todo el Estado y en su configuración y aplicación deberá tenerse en cuenta la Estrategia Europea de Empleo, las necesidades de los demandantes de empleo y los requerimientos del mercado de trabajo en los diferentes ámbitos territoriales.

Las políticas activas de empleo como parte integrante de la política de empleo, aparecen conformadas por un entramado de programas, acciones y medidas de diversa índole[19] encaminadas a «mejorar las posibilidades de acceso al empleo», que podemos distribuir en cuatro órdenes de actuación:

a) Medidas individualizadas, dirigidas a los desempleados demandantes de empleo, sean o no perceptores de prestaciones por desempleo, entre las que se contemplan: las acciones de información y orientación y acompañamiento encaminadas hacia la búsqueda activa de empleo[20]; los programas de cualificación y formación profesional ocupacional (también programas de formación continua, dirigidos a los trabajadores ocupados)[21]; las medidas que faciliten la práctica profesional de los desempleados.

---

[17] Para lo que deberá adoptarse un «enfoque preventivo», de acuerdo con las directrices comunitarias derivadas de la Estrategia Europea de Empleo (art. 24.1 LE).

[18] Aunque ya estaba previsto en la regulación de las prestaciones por desempleo, primero a través de los Programas de Renta Activa de Inserción y, posteriormente con la reforma del año 2002, aplicable a todas las prestaciones en base al denominado «compromiso de actividad».

[19] En el diseño de estas políticas se tendrá en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación (art. 25.1 *in fine* LE).

[20] A tener en cuenta en este aspecto los Planes de Servicios Integrados para el Empleo (Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, BOE del 8), por el que, mediante la suscripción de convenios, las entidades públicas o privadas participen en la or ganización y articulación de las políticas activas de empleo relativas al proceso completo de acompañamiento del demandante en su búsqueda de empleo, así como a la mejora de su ocupabilidad.

[21] En relación con la LO 5/2002, de 19 de junio (BOE del 20), de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, garantizando la correspondencia entre las cualificaciones profesionales y las necesidades del mercado de trabajo, por cuanto la formación profesional debe estar orientada, además del desarrollo personal, el ejercicio del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, «a la satisfacción de las necesidades del sistema productivo y del empleo» (art. 2.3.a) de esta norma).

b) Programas mixtos de empleo-formación encaminados a facilitar la inserción laboral de los participantes mediante su cualificación y profesionalización, tales como los programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios[22], dirigidos a jóvenes menores de 25 años, y el programa de Talleres de Empleo[23], para desempleados de 25 o más años.

c) Medidas genéricas de intervención en el mercado de trabajo, entre las que figuran: las medidas de creación y fomento del empleo[24]; acciones y medidas que promuevan la creación de actividad generadora de empleo; medidas de fomento del autoempleo (se trate o no de trabajadores desempleados), de la economía social (sociedades cooperativas y laborales) y para el desarrollo de pequeñas y medianas empresas; medidas que faciliten la movilidad geográfica de trabajadores y desempleados.

d) Intervención sobre colectivos considerados de atención prioritaria, a cuyo efecto deberán promoverse las actuaciones de inserción laboral necesarias destinadas a las personas con riesgo de exclusión social o considerados ya como excluidos sociales. En este sentido, se adoptarán programas específicos de fomento de empleo para los jóvenes, las mujeres [25], los parados de lar ga duración mayores de 45 años, los discapacitados y los inmigrantes, así como las víctimas de violencia de género [26]. Para los sujetos incluidos en estos grupos, u otros que puedan determinarse, se diseñarán itinerarios de inserción específicos que contemplen la aplicación de las políticas activas ajustadas al perfil profesional y a las necesidades específicas de estos desempleados. Incluso, cuando sea necesario, se prevé la coordinación de los SPE con los servicios sociales a los efectos de prestar una mejor atención a estos desempleados con dificultades de integración [27].

---

[22] En funcionamiento desde el año 1985 y actualmente regulado por la Orden de 14 de noviembre de 2001 (BOE del 21).

[23] Regulado por el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero (BOE del 23), y la Orden de desarrollo, de 14-1 1-2001.

[24] Especialmente el empleo estable y de calidad, como señala el artículo 25.1.d) LE.

[25] De acuerdo a la DT tercera LE, en tanto subsistan las actuales tasas de ocupación y de paro respecto de la población activa femenina, los poderes públicos deberán or ganizar la gestión de las políticas activas de tal forma que el colectivo femenino se beneficie de la aplicación de tales políticas en una proporción equivalente a su peso en el colectivo de los desempleados.

[26] De acuerdo con la Disposición adicional decimosexta de la LO 1/2004, deberá preverse la necesaria coordinación de los SPE para facilitar el acceso al mercado de trabajo de las víctimas de violencia de género cuando, debido al ejercicio del derecho de movilidad geográfica, se vean obligadas a trasladar su domicilio y el mismo implique cambio de Comunidad Autónoma.

[27] Posiblemente deberá vincularse la política activa con el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social.

La nueva política de protección por desempleo, derivada de la reforma del año 2002, exige una mayor presencia, junto a las prestaciones económicas, de las medidas activas orientadas a que el beneficiario abandone la situación de desempleo y se reintegre, lo antes posible, al mercado de trabajo. Para ello, se introdujo un nuevo requisito de acceso a las prestaciones —la obligatoria suscripción del compromiso de actividad— que actúa de condicionante para su percepción. En ese compromiso, se incluyen las medidas activas de empleo, que el beneficiario deberá aceptar y luego desarrollar, para conseguir el acceso y la permanencia en el disfrute de las prestaciones. De esta forma, la acción protectora por desempleo comprende tanto las prestaciones por desempleo (contributivas, asistenciales y renta activa), como las acciones que integran las políticas activas de empleo[28]; y en este sentido abunda la nueva LE cuando determina que «las políticas activas se complementarán y relacionarán con la protección (económica) por desempleo»[29]. El problema puede sur gir por la dualidad de competencias que resultan de esta regulación, de forma que, el reconocimiento y gestión de las prestaciones económicas quedan atribuidos al SPE Estatal, mientras que las medidas de política activa serán de aplicación por los SPE de las CC.AA. Para evitar en lo posible este problema, la LE ha previsto la puesta en marcha de una serie de mecanismos dirigidos a conseguir la mejor coordinación entre las políticas activas y pasivas en la protección por desempleo y , consecuentemente, la coordinación de los entes gestores de dichas políticas.

Por lo que se refiere a la *coordinación* de las políticas, la LE dispone una serie de medidas que no pueden calificarse de novedosas, pues se limitan a recalcar lo que ya se encuentra regulado en la normativa de aplicación a las prestaciones por desempleo. En este sentido, se dispone la necesaria «inscripción como demandantes» de empleo (en el SPE Autonómico) de los solicitantes y perceptores de prestaciones y subsidios, así como el mantenimiento de la demanda; la exigencia de «plena disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada»; la «obligatoria participación» de los beneficiarios de prestaciones y subsidios en las políticas activas de empleo que se determinen en el itinerario de inserción. En todo caso, corresponderá a los SPE de las CC.AA la verificación del cumplimiento por los beneficiarios de sus obligaciones en materia de inscripción y mantenimiento de la demanda de empleo, así como de la realización de las medidas activas para, en caso de infracción, comunicarlo al SPE Estatal[30] para la adopción por éste de las sanciones correspondientes a la prestación económica por desempleo. Sí resulta novedosa la obli-

[28] Así lo determina el artículo 206 del TRLGSS. El contenido de este precepto siempre hizo alusión a las medidas activas y pasivas, pero es a partir de la reforma de 2002, cuando cobra su verdadera dimensión.

[29] Artículo 23.2 LE.

[30] Cfr. artículo 27.4 LE.

gación que se atribuye a las Administraciones públicas competentes (SPE), en orden a la aplicación de políticas activas a los beneficiarios de prestaciones y subsidios en función de su peso (tasa de cobertura) sobre el conjunto de desempleados en un ámbito territorial. Igualmente resulta necesaria en esta materia, y así se dispone expresamente en la LE, la *cooperación y colaboración* entre los SPE Autonómicos y el SPE Estatal a fin de garantizar la coordinación de las distintas actuaciones de intermediación e inserción laboral y las de solicitud y reconocimiento de las prestaciones por desempleo. A estos efectos, y al margen de otro tipo de medidas[31], se señalan dos posibles instrumentos: 1) los «acuerdos» que puedan adoptarse en la correspondiente Conferencia Sectorial, y 2) los «convenios de colaboración» que se suscriban entre las diferentes Administraciones implicadas, en virtud de lo dispuesto en la Ley 30/1992 LRJAP-PAC[32]. Por último, se prevé en la LE la financiación compartida (que se considera ocasional) de los gastos que se deriven en la red de oficinas de empleo por la gestión dentro, de ellas, de las prestaciones por desempleo[33].

3. ¿UN NUEVO OBJETO DE LA PROTECCIÓN?

Esta nueva configuración de la protección frente al desempleo, coordinando medidas activas y pasivas, ha de tener un reflejo incuestionable en la (re)definición jurídica del objeto de la protección. De esta forma, y deteniéndonos en el supuesto de hecho que da origen a la protección por desempleo en su modalidad contributiva —y por derivación en la asistencial—, advertimos que, de acuerdo con la regulación tradicional en la materia, el dato relevante a tener en cuenta es el de la pérdida de un empleo previo, es decir, que el objeto de la cobertura está constituido precisamente por la pérdida de la ocupación del trabajador . Es esta pérdida el elemento fundamental que determina, por un lado, el objeto de la protección o situación protegida y, de otra parte, sirve como instrumento delimitador de la condición de desempleado[34]. Así pues, la prestación por desempleo, desde el campo de la acción protectora de la Seguridad Social, se establece para proporcionar al trabajador una renta sustitutiva del salario perdido a conse-

---

[31] Tal como dispone el artículo 28.2 LE: la conexión de los procesos de gestión y de los sistemas de información, la colaboración en la ejecución de las actividades, la comunicación de la información necesaria para el ejercicio de las respectivas competencias, la aplicación integrada de servicios a los demandantes de empleo solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, y la aplicación de intermediación, de medidas de inserción laboral y de planes de mejora de la ocupabilidad y de comprobación de la disponibilidad del colectivo.

[32] Cfr. artículo 28.1 LE.

[33] Cfr. Disposición final cuarta LE.

[34] Rodríguez-Piñero, M.: «La revisión de la reforma de la protección por desempleo...», ob. cit., pág. 5.

cuencia de la extinción de su relación laboral y la consiguiente pérdida de su empleo; es decir, una vez ocurrido el riesgo asegurado (pérdida de empleo), se accionan unas medidas sociales protectoras consistentes en dotar de rentas al trabajador que, a consecuencia de la actualización del riesgo, deviene en situación de necesidad. Con estas premisas, la protección se dispensa utilizando la técnica asegurativa contributiva, por la cual el trabajador resulta acreedor de la renta de sustitución en base a las previas aportaciones efectuadas al sistema, actuando el principio contributivo simultáneamente como condición de acceso a la prestación y como condición delimitadora de la duración de la misma [35].

Ahora bien, la situación de paro del trabajador puede entenderse también como un estado transitorio entre la pérdida del empleo anterior y la obtención de uno nuevo y, desde ese punto de vista, el desempleo dejaría de ser una mera contingencia social protegida por una prestación de Seguridad Social, que asegura rentas sustitutivas del salario perdido al acontecer el riesgo cubierto y en base a unas previas cotizaciones, para convertirse, además y fundamentalmente, en un medio o instrumento que facilite el retorno al mercado de trabajo del sujeto beneficiario. En este sentido, la idea sería la de desplazar la protección desde la simple pérdida del empleo hacia la «no obtención de un nuevo empleo y a la ayuda para obtenerlo» [36]. Desde esta óptica, pues, si lo que prima es la pronta vuelta del parado al mercado laboral, no bastaría la mera prestación económica otorgada al desempleado, sino que habría que añadir otra serie de medidas activas que facilitaran su retorno al empleo, tales como las acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, o las acciones de ayuda a la búsqueda de empleo. Si se vincula ahora la contingencia de desempleo no solo a la pérdida del empleo[37] anterior sino a la carencia involuntaria de empleo, se estaría estableciendo una «nueva dialéctica entre desempleo y protección social»[38] que, a la postre, conlleva la revisión del concepto mismo del objeto de la protección o situación protegida [39]. Y no podría ser de otra manera, desde el momento en que las políticas activas de lucha contra el desempleo cobran un renovado auge e incluyen en su seno la prestación

---

[35] Valdés Dal-Ré, F.: «Las tendencias de contractualización en el sistema español de protección social», Revista de Derecho Social núm. 20/2002, pág. 27.

[36] Rodríguez-Piñero, M.: «La revisión de la reforma de la protección por desempleo...», ob. cit., pág. 5.

[37] Como señala Gete Castrillo, P.: «El régimen jurídico de la prestación por desempleo...», ob. cit., pág. 36, «No estamos ya ante una visión estática, en la que, comprobado el acaecimiento del riesgo, se reconoce una prestación sustitutoria de rentas perdidas o compensatoria de un estado de necesidad surgido, hasta tanto el trabajador encuentre nueva ocupación».

[38] Rodríguez-Piñero, M.: «La revisión de la reforma de la protección por desempleo...», ob. cit., pág. 5.

[39] Me permito citar Orcaray Reviriego, J. Javier: «El objeto de la protección por desempleo tras el RD-Ley 5/2002: la involuntariedad en la situación de desempleo», Justicia Laboral núm. 12, págs. 37 y ss.

económica, tal como antes se observó [40]. Por eso ahora, tras la reforma legislativa del año 2002, se ha puesto especial énfasis en la *disponibilidad*[41] del trabajador desempleado para, aceptando las medidas activas que se le propongan y actuando él mismo activamente, conseguir una nueva ocupación y abandonar su situación de paro. En consecuencia, si el objeto de la protección se va desplazando desde la pérdida del empleo a la búsqueda del empleo, y en esa búsqueda se requiere una actitud activa del desempleado, la propia definición de situación protegida se debe redimensionar para que alcance, junto a la pérdida involuntaria del empleo, a la búsqueda activa de empleo[42]. De esta forma, si la calificación de desempleado se identifica con la búsqueda de empleo, la protección por desempleo quedaría basada no solo en el riesgo de la pérdida de trabajo sino en el «riesgo de no conseguir trabajo»[43].

Lo que ocurre es que el desplazamiento de la definición del riesgo desde un dato objetivo, cual es la pérdida del empleo, hacia un elemento subjetivo, cual es el comportamiento activo del desempleado en la búsqueda de ocupación, puede resultar de complicado entendimiento [44], por cuanto aquella disponibilidad del sujeto, como actitud personal y de futuro que es, resulta difícil de acreditar [45]. El refuerzo del control sobre la situación del desempleado, mediante la exigencia de esta nueva obligación de búsqueda activa de empleo, puede ser admisible desde un plano puramente teórico, pero resulta de dudosa eficacia en la práctica, por cuanto nada se indica en

---

[40] Por eso uno de los objetivos de la política de empleo consiste en «mantener un sistema eficaz de protección ante las situaciones de desempleo, que comprende las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo, asegurando la coordinación entre las mismas» (art. 2.b) de la Ley 56/2003, de Empleo).

[41] Tras la reforma de 2002, podemos situarnos ante una remodelación de la contingencia protegida, de manera que «se mira más hacia el ánimo subjetivo del propio sujeto y solo se protege una situación de desempleo en la que se acredite *disponibilidad* para la búsqueda activa y para la aceptación de nueva colocación»; GETE CASTRILLO, P.: «El régimen jurídico de la prestación por desempleo...», ob. cit., pág. 36. «La voluntaria disponibilidad del desempleado para buscar de manera activa un nuevo empleo se convierte ahora en presupuesto del derecho a la prestación»; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las tendencias de contractualización en el sistema español de protección...», ob. cit., pág. 28.

[42] Aunque es cierto que el artículo 203 del TRLGSS, que define el «objeto de la protección», no ha sufrido alteración alguna con los textos legales del año 2002, manteniendo la pérdida del empleo o reducción de la jornada de trabajo como situación protegida en las personas que puedan y quieran trabajar .

[43] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La nueva dimensión de la protección por desempleo», ob. cit., pág. 13.

[44] Claro es que los comportamientos subjetivos son de muy difícil aprehensión, como señala GETE CASTRILLO, P.: «El régimen jurídico de la prestación por desempleo...», ob. cit., pág. 36.

[45] En este sentido, DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La reforma de la protección por desempleo en el Real Decreto-Ley 5/2002», en AA. VV. (Coord. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.), *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo. Nuevo régimen jurídico del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo*, Lex Nova, Valladolid 2002, pág. 25.

la norma sobre las concretas acciones de búsqueda que debe realizar el desempleado beneficiario, ni mucho menos existen instrumentos administrativos de control sobre aquellas actuaciones personales del sujeto encaminadas a dicha búsqueda. Parece claro que ante esta exigencia surge necesariamente el problema de determinar como puede acreditarse expresamente la voluntad de conseguir un empleo y la disponibilidad del sujeto para ello[46], cuestión que nos parece absolutamente intangible porque, sin duda, pertenece al fuero interno de las personas [47]; otra cosa será la necesidad de acreditación —cuando ello sea expresamente requerido por los Servicios de Empleo— de acciones puntuales objetivas encaminadas a la consecución de una ocupación (concurrir a entrevistas de trabajo, formular solicitudes de empleo, etc.), lo cuál sí puede resultar exigible y más fácilmente contrastable. Por tanto, la obligación específica de *buscar activamente empleo*, no deja de ser una obligación indeterminada desde el momento en que nada se indica al respecto de cuáles sean los puestos de trabajo que haya que buscar, de qué categorías, ni se define el ámbito concreto sectorial o territorial de esa búsqueda, ni se precisa el alcance de su intensidad temporal, ni el nivel de insistencia, ni si la ocupación a buscar debe ir cambiando en relación a la adquisición por el sujeto de nuevas competencias; aparte de la complejidad que, en la práctica, puede revestir la acreditación de estas actividades de búsqueda [48].

Tal vez lo que ha pretendido introducir el legislador no sea más que una cláusula de carácter formal (el desempleado reconoce formalmente por escrito su disposición a buscar y aceptar empleo) y general que sirva para conseguir una teórica mayor implicación personal del desempleado beneficiario de prestaciones —en el plano que fuere— en la búsqueda de soluciones efectivas a su problema de inactividad [49], y para fiscalizar, llegado el caso, la actitud de colaboración del desempleado en todas aquellas actuaciones que sir-

---

[46] Como advierten Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F. J.: «Modificaciones en el nivel contributivo por desempleo general u ordinario», en AA. VV. *Empleo, Despido y Desempleo tras las reformas de 2002*..., ob. cit., pág. 168, la expresión *acreditar disponibilidad* resulta algo confusa, pues la misma entraña apelación a un ingrediente volitivo, exigiendo una actitud o aplicación de la voluntad, una disposición de ánimo favorable a la búsqueda de empleo con proyección de futuro».

[47] Además, la voluntad de trabajo es relativa y depende de factores que se relacionan con las circunstancias personales y las condiciones de trabajo, tal como señalan Desdentado Bonete, A. y De la Puebla Pinilla, A.: en AA. VV. (Coord. García-Perrote Escartín, I.), *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo. Nuevo régimen jurídico del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo*, Lex Nova, Valladolid 2001, pág. 24.

[48] Como se preguntan Desdentado Bonete, A. y De la Puebla Pinilla, A.: en *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema…»*, ob. cit., pág. 27, ¿qué estándar de actividad requiere la búsqueda activa de empleo?

[49] Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, J.: «Modificaciones en el nivel contributivo por desempleo general u ordinario», en AA.VV. (Coord. Sempere Navarro, A. V.), *Empleo, Despido y Desempleo tras las Reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, pág. 169.

van para su pronta reincorporación al mercado de trabajo [50] y que de no llevarse a cabo pudieran originar la apertura de procedimientos sancionadores.

4. UNA VÍA HACIA LA ASISTENCIALIZACIÓN

A la vista de la nueva regulación, y dado que la readaptación y empleabilidad del trabajador, en suma, la finalidad de reinserción, de búsqueda y obtención de empleo se han situado en el centro de atención normativa, parece abandonarse la idea del tradicional modelo de protección basado exclusivamente en el elemento asegurador contributivo [aunque se mantiene su importancia en la apertura del derecho y en orden a la determinación de la duración y cuantía de las prestaciones] y se propicia un cambio hacia la asistencialización[51] de la cobertura introduciéndose elementos ajenos a la naturaleza jurídica de la noción de seguro y más cercanos a la protección de la situación de necesidad que representa, en este caso, la carencia y no obtención de un nuevo empleo tras la pérdida del que se tuviera. Por ello se han acentuado, en gran medida, los «aspectos asistenciales de la protección por desempleo en una línea clara de favorecer el reempleo de los desempleados»[52]. Con la reforma, las medidas activas de apoyo a la búsqueda de empleo y su aceptación por el trabajador se han convertido en un requisito o condición para el disfrute de la prestación económica; no son un anexo de la prestación sino que entroncan en la propia noción jurídica de riesgo protegible, con lo que ello supone de abandono de la tradicional idea respecto a la dotación al trabajador de rentas de sustitución del salario perdido con la pérdida de su empleo, para centrarse más firme y específicamente en la cobertura de la situación de penuria originada por la carencia de empleo y la consiguiente necesidad de reinserción en el mercado de trabajo [53]. El modelo protector surgido tras la reforma de 2002 no se basa ya exclusivamen-

---

[50] Torrents Margalef, J.: «El compromiso de actividad», en AA.VV. (Dir. Gete Castrillo, P y Valdés Dal-Ré, F.), *Nuevo Régimen Jurídico del Despido y del Desempleo. Análisis crítico de la Ley 45/2002*. Cinca, Madrid 2003, pág. 65.

[51] Sobre el tema, ver Rodríguez Piñero, M.: «Los elementos asistenciales en la protección por desempleo», ob. cit., págs. 20 y ss.; Luján Alcaraz, J.: «La protección por desempleo», en AA.VV. (Coords. Sempere Navarro, A. V. y Cardenal Carro, M.). *La reforma del despido y el desempleo. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2002*, Laborum, Murcia 2002, págs. 195 y ss.; Desdentado Bonete, A. y De la Puebla Pinilla, A.: «La reforma de la protección por desempleo...», ob. cit., pág. 23 y ss.

[52] Rodríguez-Piñero, M.: «La revisión de la reforma de la protección por desempleo...», ob. cit., pág. 15, pues, como señala el autor, «la recolocación se inserta... en el tratamiento paliativo frente a la situación de desempleo, cuya protección social ya no se reduce a la prestación económica; incluye también la ayuda para encontrar empleo... pasando de una lógica meramente compensadora de la pérdida de empleo a una lógica de compromiso activo social y favorecimiento de la obtención de un nuevo empleo», *Ibídem*, pág. 6.

[53] «La condición de desempleado se define cada vez más respecto al mercado, pero también su protección, acentuándose los elementos asistenciales de solidaridad, vinculados a disfunciones en el mercado de trabajo en cuanto a la posibilidad de obtención de un empleo»; Rodríguez-Piñero, M.: «Los elementos asistenciales en la protección por desempleo», ob. cit., pág. 25.

te en la pérdida del empleo y en la consiguiente situación legal de desempleo tal como era hasta ahora conocida, sino que trae a primer plano la actitud de disponibilidad en el sujeto beneficiario para buscar activamente empleo y para aceptar colocación que se le ofrezca como adecuada, y ello, parece suponer una «muestra más de huida de la técnica del aseguramiento para ensanchar más el difuso ámbito de lo asistencial» [54]. Se ha perdido con la nueva regulación parte del sentido asegurador característico de la prestación, «injertándose en ella notas que la acercan a lo asistencial» [55].

5. LA MATERIALIZACIÓN DE LA DISPONIBILIDAD DEL TRABAJADOR EN LA SUSCRIPCIÓN DEL COMPROMISO DE ACTIVIDAD

En la nueva noción jurídica del desempleo protegido, en cualquiera de sus niveles, el trabajador debe adoptar un compromiso activo de búsqueda de empleo y aceptación de colocación adecuada, sin el cuál, no se integra plenamente la situación protegida. El nuevo deber impuesto al trabajador no solo tiene ya consecuencias *ex post*[56], en cuanto perceptor de prestaciones, sino que funciona como presupuesto habilitante del objeto de la protección, sin el cuál no puede surgir el derecho a las prestaciones[57]: el acceso a la prestación económica queda condicionado al efectivo compromiso del solicitante de buscar y aceptar empleo, así como el resto de medidas activas que se le propongan [58]. Y de ello se deriva que la propia condición de desempleado requiere de la existencia de aquel compromiso, en tanto se presume que el que no lo acepte no manifiesta fehacientemente su voluntad de trabajar, quedando fuera del objeto de la protección del sistema[59]. La exigencia de disponibilidad en el trabajador se ha materializado en el vigente ordenamiento español en el denominado *compromiso de actividad*[60], que el solicitante de la prestación, subsidio o renta ac-

---

[54] Gete Castrillo, P.: «El régimen jurídico de la prestación por desempleo...», ob. cit., pág. 36.

[55] Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, J.: «Modificaciones en el nivel contributivo por desempleo general u ordinario», ob. cit., pág. 172.

[56] En materia de obligaciones, infracciones y sanciones en los casos de incumplimiento.

[57] De ahí que la doctrina haya entendido que este nuevo deber impuesto al trabajador actúa como «presupuesto y como consecuencia de la percepción de la prestación»; Rodríguez-Piñero, M.: «La nueva dimensión de la protección por desempleo», ob. cit., pág. 12.

[58] Dado que en la lógica del nuevo sistema se encuentra «la utilización de las transferencias sociales como mecanismo de retorno al mercado de trabajo, en lugar de como una renta de sustitución de la pérdida del salario» y, al mismo tiempo, «la introducción de una variada serie de compromisos a cargo de los beneficiarios de la prestación, enderezados a procurar su inserción ocupacional o a promover su empleabilidad»; en opinión de Valdés Dal-Ré, F.: «Las políticas de contractualización de las prestaciones sociales», ob. cit., pág. 88.

[59] En este sentido, Torrents Margalef, J.: «El compromiso de actividad», ob. cit., pág. 63.

[60] Si bien esta figura no es nueva, sino que proviene de los Programas de Renta Activa de Inserción. De acuerdo con el artículo 231.2 del TRLGSS, se entenderá por compro-

tiva, debe suscribir como condición específica para la apertura del derecho y su mantenimiento; es decir, que la genérica exigencia de disponibilidad, se singulariza para el sujeto mediante la firma del compromiso. Para ello se ha modificado incluso el artículo 207 TRLGSS, de forma que —para la prestación contributiva, pero por extensión aplicable a todos los niveles— ya no basta con que el sujeto se encuentre en situación legal de desempleo sino que debe, además, «acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada *a través de la suscripción*[61] *del compromiso de actividad, al que se refiere el artículo 231 de esta Ley*»[62]. Pero también ha habido variación en el contenido del artículo 208 TRLGSS: no se consideran ahora en situación legal de desempleo los trabajadores que «no acrediten su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, *a través del compromiso de actividad*»[63]. Con esta modificación legal lo que se ha pretendido es, sencillamente, vincular de manera inexorable la atribución de prestación económica por desempleo —en cualquiera de sus modalidades— al compromiso de actividad, que obligatoriamente deberá suscribir el trabajador solicitante[64] para adquirir la condición legal de desempleado sujeto de la protección. Hasta ahora, la voluntad de trabajar, como elemento de la situación protegida, se mostraba presente en el beneficiario que mantuviera actualizada la inscripción como demandante de empleo, con sus respectivos controles de comparecencia personal ante el SPE Estatal o los SPE de las CC.AA., que estuviera dispuesto a participar en acciones formativas, trabajos de colaboración social, acciones encaminadas a mejorar su empleabilidad, etc., así como en el hecho de no rechazar ofertas de empleo ofrecidas que fueran adecuadas de acuerdo a la definición legal de colocación a estos efectos. Sin embargo, al no parecer todo esto suficiente, se instrumenta ahora el llamado « *compromiso de actividad*»[65],

---

miso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo. Para la aplicación de este compromiso, de acuerdo con la Disposición adicional octava de la Ley Orgánica 1/2004, el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito.

[61] La suscripción significa la materialización por escrito en un documento de aquella disponibilidad exigida al trabajador de buscar activamente empleo y aceptar ofertas adecuadas de colaboración, amén de las otras medidas activas que la norma recoge.

[62] Artículo 207 c) del TRLGSS en la redacción dada por el RDL 5/2002; en cursiva, el añadido que introdujo la Ley 45/2002.

[63] Artículo 208.2.2 del TRLGSS en la redacción dada por el RDL5/2002; en cursiva, el añadido que introdujo la Ley 45/2002.

[64] Y también el que ya fuera beneficiario y, tras un periodo de suspensión del derecho, pretenda reanudar la prestación o el subsidio del que ya fuera acreedor.

[65] Al que se refiere el artículo 231.2 del TRLGSS, en la nueva redacción dada por el RD-Ley 5/2002, que se mantiene literalmente con la Ley 45/2002, en los siguientes términos: «Se

que en realidad no hace sino recoger de manera genérica en un documento las obligaciones anteriormente expuestas[66], ya previstas tradicionalmente en la ley, y que eran exigidas a los beneficiarios de las prestaciones. En definitiva, la introducción del compromiso de actividad, cuya suscripción resulta obligatoria para el acceso [67] y mantenimiento[68] de las prestaciones, subsidios por desempleo y renta activa de inserción, no supone sino un relativo refuerzo de la exigencia de aquella voluntad de trabajar que, desde siempre, ha sido requerida a los beneficiarios de la protección [69], lo que

---

entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad». Dicho compromiso se ha instrumentado a través de un formulario-modelo, que debe ser firmado por el beneficiario, donde se expresa: El trabajador se compromete a cumplir las siguientes obligaciones: —buscar activamente empleo—, presentarse a cubrir ofertas de empleo que se le faciliten y devolver a los Servicios Públicos de Empleo los justificantes de comparecencia en el plazo de cinco días, —aceptar las colocaciones adecuadas—, participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional y en trabajos de colaboración social que le sean ofrecidos por los SPE, —renovar la demanda de empleo en la forma y fechas establecidas—, comparecer ante la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo o los SPE cuando sea requerido.

[66] La idea es la de integrar ese conjunto de obligaciones legales en el compromiso de actividad; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La contractualización de la protección por desempleo», en AA. VV., *Nuevo Régimen Jurídico del Despido*..., ob. cit., pág. 14.

[67] «La firma del compromiso de actividad constituye condición necesaria para el reconocimiento del derecho al disfrute de la prestación»; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La contractualización de la protección por desempleo», ob. cit., pág. 10.

[68] «El cumplimiento del contenido obligacional del compromiso constituye condición necesaria para el mantenimiento de las prestaciones por desempleo»; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La contractualización de la protección por desempleo», ob. cit., pág. 1 1.

[69] A pesar de que en la Exposición de Motivos de la Ley 45/2002 se reconoce que la voluntad de trabajar del sujeto perceptor de prestaciones ha sido una exigencia «implícita» en la normativa española, se introduce ahora el *compromiso de actividad* como un «mecanismo explícito» en orden al cumplimiento de las Directrices comunitarias: «los países de la Unión Europea deben organizar la protección por desempleo de manera que junto con las prestaciones económicas necesarias para afrontar las situaciones de paro, los poderes públicos den oportunidades de formación y empleo que posibiliten que los desempleados puedan encontrar un trabajo en el menor tiempo posible». Sin embar go, esto no resulta cierto, por cuanto en el artículo 231 c) del TRLGSS, con la redacción anterior a la reforma, se contemplaba de manera bien «explícita» la obligación del perceptor de prestaciones de participar en acciones formativas, trabajos de colaboración social, etc. y no rechazar ofertas de colocación. Con la reforma, el contenido del precepto apenas varía, salvo el añadido de *buscar activamente empleo*, expresión que resulta etérea y difícil de aprehender. Por tanto, debemos concluir que aquella voluntad de trabajo exigible al sujeto beneficiario de la prestación, ha estado siempre presente en la regulación de esta materia, no resultando en absoluto novedoso por más que ahora se refuerce formalmente siguiendo las tendencias marcadas en la Unión Europea. A este respecto, ver VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La contractualización de la protección por desempleo», ob. cit., págs. 13-15. Para el autor , «en contra de lo afirmado por el preámbulo de las normas a examen, el ordenamiento español ya venía estableciendo de manera expresa enlaces directos entre prestación económica por desempleo y acciones de mejora de la empleabilidad y de inserción profesional», por lo que ni el RD-Ley 5/2002 ni la Ley 45/2002 «han venido a instituir <mecanismos explícitos> para poner en marcha la estrategia europea de empleo ni, menos aún, esa cualidad debe atribuirse al <compromiso de actividad>»; *Ibídem*, pág. 15.

ocurre es que ahora existe la obligación de materializar el compromiso del trabajador a través de un documento escrito [70].

La reciente reforma legal, que hemos señalado introduce, además, una modificación —bien que por una vía indirecta— en el concepto de involuntariedad como elemento que configura el modelo de protección, y es la relativa a la supresión de la exigencia de reclamar frente al despido —o, genéricamente, frente a la extinción del contrato de trabajo— si éste se produce, razón por la cuál el trabajador quedará en situación legal de desempleo y podrá acceder a la prestación en base exclusivamente a la carta de despido, o la comunicación del empresario dando por extinguida la relación laboral. Y esta idea de no reclamación frente a la extinción del contrato (señaladamente en caso de despido disciplinario, pero no solamente en este caso) choca de manera frontal con el principio de defensa activa del puesto de trabajo, que era uno de los componentes de la condición de «querer trabajar»; la acción de impugnación por parte del trabajador, que no se aquiete frente a aquella decisión extintiva del empresario, tenía la virtualidad de situar al sujeto en una posición real —legal— de paro involuntario si, a pesar de todo, quedaba en situación de desempleo con pérdida de su ocupación (pérdida involuntaria). La reforma, al omitir toda exigencia de aquella reclamación frente al cese en la relación laboral, abre la vía de acceso a las prestaciones por desempleo para los trabajadores aún cuando éstos no hayan demostrado en modo alguno la voluntad de defensa de su empleo, suprimiendo así uno de los pilares en que se basaba la situación de paro involuntario protegible [71].

La tradicional pretensión del sistema de mantener al margen de la protección a los trabajadores que intencionalmente quedan en situación de desempleo (siendo artífices voluntarios de la actualización del riesgo), parece ahora quebrar tras la reforma, no alcanzándose a comprender cuál sea la razón por la que el actual modelo de protección ha optado por acoger en su seno, y otorgar prestaciones, al trabajador que, siendo despedido, no plantea reclamación en defensa de su empleo, lo que supone, de hecho, abrir una ancha vía de acceso a la cobertura exenta de las necesarias garantías de control sobre la causa real del cese en el trabajo y , en definitiva, sobre la involuntariedad —e incluso sobre la imputabilidad— de dicho cese, resultando con ello una casi automática concesión de las prestaciones frente a la pérdida del empleo, ocurrida ésta por la causa que fuese. Si la idea del legislador es la de facilitar sobremanera el acceso a la prestación y, una vez en ella, actuar una fuerte compulsión sobre el beneficiario para que abandone cuanto antes su situación de paro, debería

[70] Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F. J.: «Modificaciones en el nivel contributivo...», ob. cit., pág. 171.

[71] De nuevo me permito Orcaray Reviriego, J. Javier: «El objeto de la protección por desempleo tras el RD-Ley 5/2002: la involuntariedad en la situación de desempleo», Justicia Laboral núm. 12, págs. 37 y ss.

haberse planteado definitivamente la exclusión del requisito de involuntariedad en la pérdida del empleo como constitutivo de la situación protegida. Con ello hubiera actuado de manera más coherente, proporcionando una vía fácil de acceso a la cobertura para los trabajadores con suficientes cotizaciones y exigiendo, a cambio, un mayor compromiso del beneficiario en su salida del ámbito de la protección.

6. LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS PASIVAS DE EMPLEO

Los requisitos para el acceso a las prestaciones sociales han estado definidos legalmente en base a criterios objetivos y universales, por lo que, cumplidas por el individuo las condiciones que delimitan el supuesto protegido, surge el derecho reconocido por el ordenamiento jurídico a la posición de acreedor de la prestación de que se trate. De ahí que en los sistemas clásicos de protección social, fundamentalmente en los de naturaleza contributiva pero también a veces en los asistenciales, el entramado de derechos y obligaciones correspondientes tanto a los beneficiarios como a los entes gestores, se hayan incardinado en un marco estatutario [72]. En el entorno de las políticas pasivas frente al desempleo, es cierto que el disfrute de las prestaciones económicas ha estado permanentemente sujeto al cumplimiento por parte del beneficiario de determinadas obligaciones positivas —cuyo incumplimiento acarrea sanciones sobre la propia prestación—, pero éstas «ni modifican las posiciones jurídicas del beneficiario o de la Entidad Gestora ni mutan su naturaleza estatutaria» [73].

La contractualización, como técnica adoptada en el entorno de la protección social, aparece en el más amplio campo de la protección social de las personas excluidas, para las cuales se articulan unos mecanismos asistenciales que, siguiendo las pautas marcadas por algunos ordenamientos europeos, proporcionan rentas no frente a los clásicos estados de necesidad sino en orden a la integración [74], a cambio de que el beneficiario colabore activamente en su itinerario de inserción social mediante la

---

[72] VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las políticas de contractualización de las prestaciones sociales», ob. cit., pág. 85.

[73] *Ibídem*.

[74] Se sitúan aquí los diversos instrumentos que en el entorno de la Asistencia Social han adoptado las diferentes Comunidades Autónomas (en base a la competencia atribuida constitucionalmente sobre la materia), tales como los salarios sociales, rentas mínimas, rentas de inserción, ingresos mínimos de inserción, etc.; todos ellos como programas de carácter temporal y ofrecidos a los sujetos que se encuentren en estado de necesidad económica y carezcan de otro derecho a prestaciones, contributivas o asistenciales, del sistema de la Seguridad Social. Sobre esta materia y su ordenación en las Comunidades Autónomas, ver GARCÍA ROMERA, M. B.: *Rentas Mínimas Garantizadas en la Unión Europea*, CES, Madrid 1999, págs. 177 y ss.

adopción de un compromiso formal en tal sentido. La suscripción y el cumplimiento de este convenio o compromiso por el beneficiario, tiene la doble virtualidad de permitir el acceso y mantener la prestación económica que se le otorga, por lo que funciona como contrapartida de la obtención de rentas públicas dentro de una lógica que puede calificarse de convencional[75]. En la actualidad, asistimos, además, a un fenómeno de expansión de estas técnicas contractuales más allá del ámbito propio de lo asistencial que alcanza a la gestión de ciertas prestaciones contributivas[76].

En materia de protección por desempleo, la reforma de 2002 ha sido el instrumento por el que el legislador introduce la técnica de la contractualización[77], dado que, tanto en el nivel contributivo como en el asistencial —y, desde luego, en la renta activa—, será exigible al sujeto la suscripción del «compromiso de actividad» para el acceso y mantenimiento de las prestaciones, lo que convierte al beneficiario desempleado en un <contratante>[78] de la Entidad Gestora. Y en esta nueva posición jurídica, el sujeto no puede ya permanecer pasivo en espera de que el propio mecanismo del mercado provea a su reinserción; por el contrario, le será exigible una conducta activa de mejora de su ocupabilidad y de búsqueda de su empleo, so pena de quedar al margen de la protección económica que se materializa en la prestación por desempleo.

Claro que, frente a la conducta exigida al trabajador, traducida en toda una serie de obligaciones adquiridas *ex lege* mediante el compromiso de actividad, si nos encontramos ante una noción convencional pura de las prestaciones, lo lógico es que la contraparte de ese contrato, es de-

---

[75] VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las tendencias de contractualización en el sistema español de protección social», ob. cit., pág. 21.

[76] En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las tendencias de contractualización en el sistema español…», ob. cit., pág. 20.

[77] Técnica que, tratándose de una prestación social que viene en desarrollo de un mandato constitucional (art. 41 CE), supone una novedad no exenta de anomalías, como ha puesto de manifiesto la doctrina; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La nueva dimensión de la protección por desempleo», ob. cit., pág. 13. La contractualización de un derecho social plantea espinosos problemas jurídicos, dado que se modifica radicalmente la naturaleza de la propia prestación; ver, en este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las políticas de contractualización de las prestaciones sociales», ob. cit., págs. 86-87. En línea con la introducción de las ideas contractualistas en el terreno del desempleo, SEMPERE NAVARRO, A.V., en AA. VV. (Coord. SEMPERE), *Empleo, Despido y Desempleo tras las reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003, pág. 32, nota 25; CUENCA ALARCÓN, M.: «La nueva configuración jurídica de la situación legal de desempleo», en AA. VV. (Dir. GETE CASTRILLO y VALDÉS DAL-RÉ, F.:), *Nuevo Régimen Jurídico del Despido y del Desempleo. Análisis crítico de la Ley 45/2002*, Cinca, Madrid 2003, pág. 46, advierte claramente que uno de los grandes objetivos de la reforma de 2002 es la «contractualización del régimen del desempleo»; en el mismo sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La contractualización de la protección por desempleo», en *Nuevo Régimen Jurídico…*, ob. cit., págs 9 y ss.

[78] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La nueva dimensión de la protección por desempleo», ob. cit., pág. 13.

cir, la Administración, asuma su porción de obligaciones en contraprestación de las exigidas al sujeto beneficiario. De este modo estaríamos ante un auténtico convenio bilateral del que emanan derechos y obligaciones para ambas partes, y no solo para el trabajador , quien, además de asumir su posición deudora en cuanto a disponibilidad y actividad, también ostentaría una posición acreedora de exigencia hacia la Administración, que debe proporcionarle los medios necesarios en la búsqueda y obtención de empleo[79]. De esta forma, la asunción de obligaciones simultaneas, por el trabajador y por la gestora, serviría de contrapeso a la nueva noción de desempleo protegido donde, como ya se dijo, el trabajador asume la responsabilidad primera de obtener nuevo empleo y abandonar la situación de paro[80].

Ahora bien, la reforma iniciada por el RD-Ley 5/2002 y apuntalada, en esta materia, por la Ley 45/2002, no articula un modelo contractual puro en el sentido de fijar obligaciones recíprocas y sinalagmáticas como el señalado, por el contrario se limita a imponer obligaciones para una sola de las partes, el trabajador beneficiario de la prestación, desnaturalizando la noción convencional que parecía deducirse en principio de la reforma[81]. No puede hablarse, en puridad, de bilateralidad o reciprocidad cuando el compromiso de actividad solo articula realmente obligaciones y exigencias para el trabajador [82] [a pesar del previsto «derecho» de los desempleados a que los SPE «determinen el mejor itinerario de inserción de acuerdo con sus capacidades profesionales y aptitudes para el trabajo»[83], derecho que no se concreta en modo alguno en el articulado de la norma; pero tampoco en la Ley de Empleo]; y no parece que con ello

---

[79] Ver a este respecto, R odríguez Piñero, M.: «La revisión de la reforma de la protección...», ob. cit., pág. 7.

[80] En este sentido, Valdés Dal-Ré, F.: «Las tendencias de contractualización en el sistema español de protección social», ob. cit., pág. 29.

[81] Existe una clara dificultad en considerar el compromiso de actividad como una obligación contractual propiamente dicha de las partes que lo celebran, por cuanto no se especifica en modo alguno el derecho que asista al beneficiario de exigir una conducta positiva al INEM (SPE) en cuanto a asesoramiento, formación y búsqueda de empleo; en este sentido, Rodríguez Piñero, M.: «La nueva dimensión de la protección por desempleo», ob. cit., pág. 13, quien estima como muy dudoso que el INEM esté en condiciones de ofrecer al beneficiario todas las medidas activas que requiere la reinserción laboral del beneficiario. El propio Consejo de la Unión Europea, en su Recomendación de 23 de junio de 2003, observa como los or ganismos públicos de empleo en España «quizá no dispongan de los recursos organizativos suficientes para administrar unas medidas activas del mercado de trabajo bien orientadas ni de un sistema de prestaciones de desempleo que incite a los parados a buscar activamente empleo.

[82] En la Ley 45/2002, se configura sin ambages la suscripción del compromiso de actividad como un deber categórico del solicitante/perceptor de prestaciones por desempleo, como señalan Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, J.: «Modificaciones en el nivel contributivo por desempleo general u ordinario», ob. cit., pág. 171.

[83] Párrafo a) de la Exposición de Motivos del RD-Ley 5/2002 (con la misma dicción en la Ley 45/2002).

pueda cumplirse el objetivo anunciado de la reforma en cuanto a «facilitar oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo» [84].

La absoluta falta de correspondencia entre el objetivo de la reforma y los medios que se operan, concretamente en cuanto a las casi nulas obligaciones del Servicio Público, no ha servido sino para incidir de nuevo en el endurecimiento de las condiciones asumidas por el beneficiario para mantener el derecho a la prestación. La cuestión radica en determinar si todas las acciones que confluyen en el compromiso de actividad actúan como suplementarias de la propia prestación económica o, por el contrario, representan una parte unida e inseparable de la prestación, idea esta última en la que abunda el hecho de que tales acciones no puedan ser disponibles por el interesado, ya que no tienen carácter facultativo[85]. Sin embargo, dada la falta de reciprocidad en cuanto a las obligaciones asumidas por las partes, la idea contractual del compromiso de actividad decae, pareciendo más lógico incluir la suscripción de este compromiso, y las acciones que conforman su contenido, entre los «actos accesorios» del principal, a saber , el acto administrativo de reconocimiento y concesión de las prestaciones [86]. En todo caso, de lo que no hay duda es del giro que ha supuesto la reforma en relación al anterior régimen de protección, y no tanto por el carácter contractual que pueda atribuirse, en mayor o menor medida, al modelo ahora vigente, sino por la fuerte exigencia material y formal de contrapartidas al beneficiario de las prestaciones, de manera que si anteriormente constituían meras obligaciones (cuyo incumplimiento originaba la correspondiente sanción), ahora han pasado a formar parte inseparable de la propia situación protegida y, por tanto, del acceso y mantenimiento de la prestación económica.

---

[84] *Ibidem*.

[85] En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las tendencias de contractualización en el sistema español de protección social», ob. cit., pág. 34.

[86] En este sentido, resulta «evidente que del <compromiso de actividad> aparece borrado cualquier concierto de voluntades y en el mismo se aprecia, en primer plano, la exigencia imperativa de la Administración con su poder de coerción para requerir su exigencia», como señala MERCADER UGUINA, J. R.: «El <compromiso de actividad>: significado, contenido y alcance», ob. cit., pág. 121; sobre la naturaleza de este compromiso, *ibidem* págs. 118-121.

Comunicación a la Ponencia Temática III

FIJOS DISCONTINUOS Y DESEMPLEO AGRARIO: UN PANORAMA COMPLEJO

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO
Profesor Titular (i) de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO:

I. DESEMPLEO Y DESEMPLEO AGRARIO EN EL PROCESO DE CONCERTACIÓN SOCIAL 2004-2006.—II. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS FIJOS DISCONTINUOS. A) Criterios tradicionales de la TGSS y del INEM y de la doctrina judicial: posicionamientos enfrentados. B) Integración de laguna y período de ocupación cotizada: cuestiones en torno a la equiparación de Regímenes.–1) Integración de la laguna y superación de la doctrina jurisprudencial. 2) Cálculo del período de ocupación cotizada. C) Singularidades para los trabajadores agrarios fijos discontinuos que desarrollen su actividad en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura: hacia la construcción de un sistema integral.—III. A MODO DE REFLEXIÓN.

I. DESEMPLEO Y DESEMPLEO AGRARIO EN EL PROCESO DE CONCERTACIÓN SOCIAL 2004-2006

El Gobierno, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Española de Or ganizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa suscribieron el pasado 8 de julio de 2004 la *Declaración para el diálogo social 2004. Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social*[1], definiéndose en ésta las materias, objetivos y orientaciones generales conforme a las que habría de desarrollarse una nueva etapa del diálogo social en España, ordenada, de manera inmediata, a la consecución por parte de la sociedad española de unos mayores niveles de desarrollo económico, de calidad en el empleo, de bienestar social, de cohesión territorial y de sostenibilidad ambiental.

Entre las distintas materias a abordar en aquel incipiente proceso de diálogo social que se iniciaba, las cuales iban desde el análisis de los diferentes elementos que incidían en la creación de empleo, en su estabilidad y en la utilización no justificada de la contratación temporal, teniendo siempre presentes las nuevas formas de or ganización empresarial del trabajo, hasta la búsqueda de fórmulas más convenientes para propiciar la capacidad de adaptación de la negociación colectiva a las necesidades de empresas y sectores productivos así como para mejorar la productividad, pasando por el estudio de las adaptaciones necesarias del modelo de formación de los trabajadores, la revalorización de algunas instituciones laborales mejorando su funcionamiento y la participación de los agentes sociales…, se encontraba también el análisis de cuál habría de ser el diseño de las políticas de empleo y el papel de los SPEs con vistas a asegurar la eficacia y eficiencia de sus funciones, así como la adecuada protección ante la falta de empleo: prestaciones y políticas activas [2].

---

[1] El acceso electrónico a este documento, entre otros lugares: http://www .tt.mtas.es/periodico/laboral.htm.

[2] Cfr. A. DE LA PUEBLA PINILLA y R. PÉREZ YÁÑEZ: «El Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo ¿una mínima reforma o una reforma de mínimos», *RL,* núm. 12

Con posterioridad, el Informe de la Comisión de expertos para el diálogo social no descartaba tampoco reformas del sistema de protección por desempleo, haciendo referencia expresa, en lo que ahora interesa, a lo que consideraba como poco razonable que el sistema general de protección por desempleo se usase para compensar a los trabajadores fijos discontinuos durante su período de inactividad [3].

En esta línea, el Gobierno entendió que entre los temas que debían ser prioritariamente tratados en este proceso de concertación social, junto a la regulación laboral y el coste de la contratación temporal e indefinida, así como los Servicios Públicos de Empleo, debían incluirse también las políticas activas de empleo y de protección por desempleo [4].

Meses después, entre las medidas y actuaciones propuestas por el Gobierno en su segundo documento para la búsqueda de una reforma del mercado de trabajo coherente, equilibrada y eficaz, se volvió a incidir en la conveniencia de introducir alguna reforma en materia de protección por desempleo, recogiéndose expresamente algunas medidas atinentes a los trabajadores agrarios y a los trabajadores fijos discontinuos [5].

Sin embargo, las cuestiones relativas al colectivo de los trabajadores eventuales agrarios, que si bien fueron propuestas que también las organizaciones sindicales llevaron a la mesa de negociación sobre el mercado de trabajo [6] y que constituían viejas reivindicaciones de aquéllas [7], se apartaron del bloque común y confiaron a una mesa sectorial [8], integra-

---

(2006), pág. 57, quienes indican que la modificación o alteración del régimen de protección por desempleo no constituía, a pesar de esta inclusión expresa entre las materias a abordar, uno de los objetivos prioritarios del diálogo social. En este sentido, cfr. *Planteamientos empresariales para el diálogo social sobre el mercado de trabajo*, Madrid, 25 de octubre de 2005, pág. 19. Este documento, entre otros lugares, en: http://www.negocios.com/extras/noticias/Propuestas globales.doc.

[3] Cfr. Informe de la Comisión de expertos para el diálogo social: *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*, Madrid, 31 de enero de 2005, págs. 144-145. El acceso a este documento, entre otras páginas: http://www.tt.mtas.es/periodico/ministro.htm.

[4] Cfr. *Documento para el diálogo social sobre el mercado de trabajo*, Madrid, 15 de marzo de 2005, págs. 6 a 8. El acceso a este documento, entre otros lugares, se puede realizar a través de la página web: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_602.pdf.

[5] Cfr. *Documento para la mesa de diálogo social sobre mercado de trabajo*, Madrid, 18 de octubre de 2005, págs. 15-16. Este documento, en: http://www.uhu.es/dam/ddtss/jornadas/reforma_laboral_2005.pdf.

[6] Cfr. *Propuestas unitarias para el diálogo social sobre el mercado de trabajo*, Madrid, 19 de abril de 2005, pág. 18. Estas propuestas, en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/35_618.pdf.

[7] Cfr. Documento conjunto Federaciones Agroalimentarias UGT y CCOO: *Integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General y protección social*, págs. 6-7 (http://www.ugt.es/fta/ftahomepage.htm).

[8] Cfr. D. Liceras Ruiz: «Un análisis sindical del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo», *RDS*, núm. 34 (2006), pág. 238 y R. Gallardo Moya: «El Acuerdo para

da sólo por las Federaciones Agroalimentarias de las organizaciones sindicales más representativas y el Gobierno, cuyo fruto fue el *Acuerdo para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios* [9], firmado en Madrid el 15 de diciembre de 2005, con el expreso propósito, de un lado, de sentar las bases de un nuevo sistema de protección por desempleo integral para los trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura, superándose así la complejidad técnica y las imperfecciones introducidas por las reformas del año 2002 y , de otro, de avanzar en el logro de la equiparación entre el REA y el Régimen General. A tal efecto se alcanzaron acuerdos sobre la modificación de la escala de la duración de la prestación contributiva de los eventuales agrarios; la eliminación de los límites temporales de obtención de la renta agraria; la exoneración de manera transitoria del requisito de jornadas reales para acceder al subsidio agrario y a la renta agraria; la implantación de medidas favorecedoras de la movilidad funcional entre Regímenes; acerca de los fondos para el programa de fomento de empleo agrario y , por último, la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos de este sector productivo.

Ante tal concreción, el *Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo*[10], sólo podía disponer como medida al respecto, tal y como recogió, la necesidad por el Gobierno de la adopción, en cumplimiento del Acuerdo de 15 de diciembre de 2005, de las normas o actuaciones que fueran necesarias para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios.

Este hecho tuvo lugar, no mediante el RD-Ley 5/2006, de 9 de junio [11], sino a través de la aprobación de los RRDD 807/2006, de 30 de junio, y 864/2006, de 14 de julio [12], con los que se incorporan las mejoras contempladas en el Acuerdo de 2005, asumiendo uno las relativas a la adecuación

---

la mejora del crecimiento y del empleo: un paso adelante en la protección por desempleo de los fijos discontinuos», *RDS,* núm. 35 (2006), págs. 36-37.

[9] El acceso a este Acuerdo, *AS,* núm. 20 (2006), págs. 1 19 a 122.

[10] Cfr. *Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo,* Madrid, 9 de mayo de 2006, pág. 15. Este documento puede consultarse en: http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/9E838A00-42F9-4C66-90C2-1BF3D5645923/75780/Acuerdoparalamejoradelcrecimientoydelempleo.pdf.

Sobre el proceso de gestación del Acuerdo, cfr. A. Ferrer Sais y otros: «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo. Una clara apuesta por la calidad del empleo», en Vv. Aa.: *La reforma laboral. Comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006,* (F. Pérez de los Cobos Orihuel, coord.), Madrid, 2006, págs. 69 a 87.

[11] Cfr. R. Pérez Yánez y A. de la Puebla Pinilla: «El RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Continuismo y cambio respecto al Acuerdo de 9 de mayo de 2006», *RL,* núm. 17 (2006), pág. 103, quienes sostienen que las ausencias de ciertas previsiones contempladas en el Acuerdo y no mencionadas en el texto del RD-Ley 5/2006 ya estaban previstas.

[12] Cfr. Dictamen del Consejo de Estado: *Proyecto de Real Decreto para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, Exped. 1198/2006, de*

de ciertas técnicas instrumentales en el ámbito de la Seguridad Social y otro los aspectos sustantivos de las reformas, respectivamente [13].

Sin embargo, el objeto del presente trabajo no es el análisis del conjunto de las medidas adoptadas [14], sino el de adentrarse en el régimen jurídico de aquella actuación que constituye una auténtica novedad en el sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios y que presenta un mayor interés y complejidad: la protección por desempleo de los trabajadores agrarios fijos discontinuos.

II. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES AGRARIOS FIJOS DISCONTINUOS

A) Criterios tradicionales de la TGSS y del INEM y de la doctrina judicial: Posicionamientos enfrentados

A lo largo de los años ha sido palpable el contraste de opinión existente entre los distintos servicios administrativos y la propia doctrina judicial en la determinación de cuál habría de ser el sistema de acceso a la protección por desempleo de los trabajadores agrarios de carácter fijo discontinuo[15] y ello porque, a comienzos de la década de los ochenta, fecha de regulación de la protección por desempleo de los trabajadores agropecuarios, éste era un colectivo no contemplado expresamente en ninguna de las disposiciones normativas reguladoras de tal prestación (RD 1469/1981, de 19 de junio, para los trabajadores fijos, y RD 3237/1983, de 28 de diciembre, para los trabajadores eventuales), quizá porque en la normativa tradicional del trabajo en el campo no se contemplaba esta for-

---

29 de junio de 2006, págs. 4-5, afirmando que este RD 864/2006, en vez de tratar de introducir las «mejoras» que pretende establecer en los conjuntos normativos que regulan estas materias, lo hace de forma directa en una nueva disposición de carácter reglamentario autosuficiente y cuyo sentido unitario deriva de su conexión con el mencionado Acuerdo.

[13] Cfr. Dictamen del Consejo de Estado: *Proyecto de Real Decreto para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, Exped. 1198/2006, de 29 de junio de 2006,* págs. 5 y 7, reseñando la deficiente estructura seguida, al no diferenciar claramente las cuestiones atinentes a todo el colectivo de trabajadores agrarios de aquellas materias propias de los trabajadores agrarios que presten sus servicios en Andalucía y Extremadura.

[14] Cfr. F. J. Hierro Hierro y M. Cardenal Carro: «Un nuevo marco normativo para los trabajadores agrarios (los Reales Decretos 807/2006, de 30 de junio, y 864/2006, de 14 de julio). (1.ª y 2.ª Parte)», *AS,* núms. 15 y 16 (2006), págs. 9 a 18 y 9 a 24, respectivamente.

[15] Discrepancias que se han reproducido también en la doctrina científica, cfr . F. Cavas Martínez: *Las relaciones laborales en el sector agrario,* Madrid, 1995, págs. 599-600; J. López Gandía: *La protección por desempleo de los trabajadores del Régimen Especial Agrario,* Valencia, 2003, pág. 37 y M. C ardenal Carro: «A efectos de lo dispuesto en las normas sobre subsidio por desempleo del REA, el fijo-discontinuo es un <<eventual>> y no un <<fijo>>», *AS,* vol. IV (1998), págs. 2595.

ma contractual. Situación que se ha prolongado hasta fechas muy recientes, pese a las reiteradas modificaciones habidas en el régimen jurídico de esta materia y la admisión jurisprudencial de esta forma de contratación en el sector agrario [16].

Así, si bien, de una parte, era tradicional que la Tesorería General de la Seguridad Social —órgano recaudador— considerara a efectos de las cotizaciones por desempleo que los trabajadores agropecuarios fijos que desempeñaban su labor con un carácter intermitente, cíclico y reiterado en el tiempo, eran incluidos en la definición de trabajador fijo por su condición de fijeza en la prestación de servicios [17]; de otra, el INEM —órgano gestor encargado de declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de las prestaciones de protección por desempleo— no sólo no le reconocía a este colectivo las prestaciones recogidas en el RD 1469/1981, en tanto que sólo estaba prevista para los trabajadores fijos, no pudiendo extenderse a los trabajadores fijos discontinuos, ya que la fijeza se había de interpretar restrictivamente por ser una norma de ampliación de prestaciones[18], sino que tampoco le permitía el acceso al subsidio agrario para aquellos trabajadores que desempeñaran su actividad en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura al no gozar tampoco de esta condición [19].

Ante tales discrepancias, los pronunciamientos por parte de la doctrina judicial no se hicieron esperar. Así, en primer lugar, de modo mayoritario aquélla vino negando a los trabajadores agrarios fijos discontinuos el acceso a la protección por desempleo prevista para los trabajadores de ca-

---

[16] Cfr. RRDD 2298/1984, de 26 de diciembre; 2405/1985, de 27 de diciembre; 2697/1986, de 30 de diciembre; 1610/1987, de 23 de diciembre; 1585/1988, de 29 de diciembre; 1387/1990, de 8 de noviembre; 273/1995, de 24 de febrero; 5/1997, de 10 de enero; 73/2000, de 21 de febrero; Ley 45/2002, de 12 de diciembre y RD 426/2003, de 11 de abril.

[17] Cfr. I. Marín Alonso: «Denegación del subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales del campo a los trabajadores fijos discontinuos», *AS,* núm. 19 (2002), pág. 28, quien cita un Informe de la Tesorería General de la Seguridad Social de 5 de agosto de 1997 en este sentido.

Cfr. STSJ Andalucía/ Málaga 23 mayo 1997 (AS 1997, 2160).

[18] Cfr. SSTSJ Andalucía/ Málaga 23 mayo 1997 (AS 1997, 2160), Andalucía/ Granada 30 septiembre 1998 (AS 1998, 4435); Comunidad Valenciana 5 diciembre 2000 (JUR 2001, 164232), 10 mayo, 11 julio, 15 octubre y 8 noviembre 2001 (JUR 2001, 277307, AS 2001, 3286, JUR 2002, 181981 y AS 2002, 3183) y Canarias/ Santa Cruz de Tenerife 30 abril 2003 (JUR 2003, 138928).

Adviértase, sin embargo, que tal y como señalan M. Ruiz Cuesta y A. B. Muñoz Ruiz: «Algunos aspectos pendientes en la reforma: protección por desempleo del fijo-discontinuo agrario y el alcance de la negociación colectiva en la conceptualización del fijo agrario», en Vv.Aa.: *Desempleo,* Madrid, 2004, pág. 1310, el criterio seguido por el INEM en otras partes de la geografía nacional era también el del reconocimiento de la prestación por desempleo a los trabajadores agrarios fijos discontinuos como fijos.

[19] Cfr. SSTSJ Andalucía/ Granada 19 enero 1998 (AS 1998, 389) y Andalucía/ Málaga 22 junio 2001 (AS 2001, 3917).

rácter fijo[20], con un único ar gumento: la derogación del artículo 3.a) del RD 1469/1981[21] por la Ley 31/1984, sobre desempleo, no autoriza el desempleo de los fijos discontinuos agrícolas, al no derogar los arts. 1 y 2 y el resto del artículo 3 del RD mencionado, exigiéndose estar adscrito a la misma explotación agrícola del mismo titular, y al no incluirse mención alguna al fijo discontinuo en el RD de 1981. Sólo se está en situación legal de desempleo bajo una tipicidad o definición legal taxativa y exhaustiva, y en el REA no se incluye al fijo discontinuo.

Interpretación refrendada en unificación de doctrina por la STS 25 septiembre 2002[22], y es que estos trabajadores, por definición «no pierden su ocupación por causas a ellos no imputables», sino que, conforme a lo pactado, se interrumpe la ejecución del contrato una vez finalizada la temporada, reanudándose al comenzar la nueva [23].

En segundo lugar, y respecto al acceso al subsidio especial agrario en Andalucía y Extremadura, también los Tribunales han puesto de manifiesto sus discordancias, sin que sobre esta cuestión llegara a producirse, por el contrario, unificación de doctrina que resolviera la actitud titubeante mostrada. Así, en ocasiones se ha negado el derecho al subsidio agrario al considerarse que el trabajador fijo discontinuo no era equiparable al eventual al gozar aquél del derecho a ser llamado en el tiempo en el que, cíclicamente, se precisaban sus servicios [24]. Frente a ello, otras veces se concluía que su asimilación debía referirse a los trabajadores eventuales, en cuanto que trabajadores contratados por tiempo determinado [25].

---

[20] Cfr. SSTSJ Comunidad Valenciana 3 marzo 1993 (AS 1993, 1643), 4 noviembre 1999 (AS 1999, 7474), 5 diciembre 2000 (JUR 2001, 164232), 10 mayo, 1 1 julio, 15 octubre y 8 noviembre 2001 (JUR 2001, 277307, AS 2001, 3286, JUR 2002, 181981 y AS 2002, 3183).

En sentido contrario, cfr . SSTSJ Andalucía/ Málaga 23 mayo 1997 (AS 1997, 2160); Canarias/ Las Palmas 30 octubre 1998 (AS 1998, 4066) y Canarias/ Santa Cruz de Tenerife 19 septiembre 2002 (JUR 2002, 255515).

[21] artículo 3 RD 1469/1981: *Tendrán derecho a las prestaciones por desempleo los trabajadores por cuenta ajena y de carácter fijo que, estando incluidos en el régimen especial agrario de la Seguridad Social y encontrándose en situación legal de desempleo a tenor del precedente artículo segundo, reúnan, además de las condiciones exigidas para la concesión de dichas prestaciones, las siguientes:*

a) Que durante los doce meses anteriores, en jornada completa, al comienzo del desempleo hayan prestado servicios ininterrumpidos en una o varias explotaciones del mismo titular, no considerándose que exista interrupción cuando las soluciones de continuidad sean inferiores a quince días consecutivos. Si la jornada realizada fuera inferior a la habitual, se computarán las horas trabajadas hasta alcanzar los doce meses de servicios en jornada completa.

b) […].

[22] RJ 2003, 503. Una lectura crítica a esta Sentencia, cfr . J. López Gandía: *La protección por desempleo de los trabajadores agrarios tras las reformas de 2006,* Albacete, 2006, págs. 33-34.

[23] En el mismo sentido, cfr . STS 12 noviembre 2002 (RJ 2003, 1386).

[24] Cfr. SSTSJ Andalucía/Granada 19 enero 1998 (AS 1998, 389) y 19 julio 1999 (AS 1999, 4078) y Andalucía/ Málaga 22 junio 2001 (AS 2001, 3917).

[25] Cfr. SSTSJ Andalucía/ Granada 2 septiembre 1998 (AS 1998, 381 1), 3 febrero 2000 (AS 2000, 1620) y 12 diciembre 2001 (JUR 2001, 1 11389).

B) Integración de laguna y período de ocupación cotizada: Cuestiones en torno a la equiparación de regímenes.

1. Integración de la laguna y superación de la doctrina jurisprudencial

Si bien la situación precedente había concitado la unanimidad en considerar oportuna una regulación expresa, el hecho de que el Acuerdo de 15 de diciembre de 2005, con el objetivo expreso de la consecución del fomento del empleo estable y el afloramiento del trabajo sumergido, así como del avance de la equiparación entre regímenes de la Seguridad Social, resaltara lo beneficioso que podría llegar a resultar el reconocimiento del carácter fijo discontinuo de muchas de las actividades agrarias de carácter estacional, en tanto contribución a la regularización de las relaciones laborales y el alcance de una mayor eficacia en el ejercicio de los derechos de representación colectiva por parte de los trabajadores, ha constituido el acicate necesario para que la regulación de la protección por desempleo contemple la situación de los trabajadores fijos agrarios que desempeñan su actividad con carácter cíclico e intermitente.

Así, el RD 864/2006, ha incluido una disposición, su disp. adic. segunda[26], cuyo contenido, de carácter técnico, aclara la normativa de protección por desempleo aplicable a los trabajadores fijos discontinuos incluidos en el REA[27].

Se establece, en definitiva, que a los trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo discontinuo incluidos en el REA le son de aplicación las normas sobre protección por desempleo establecidas para los trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo incluidos en dicho Régimen Especial, de manera que siempre que reúnan los requisitos exigidos, tendrán derecho a las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial en las mismas situaciones legales de desempleo y con la misma extensión que se determinan para los trabajadores fijos discontinuos en el Título III del Real Decreto Legislativo 1/1994, y en las normas reglamentarias, superándose la restrictiva interpretación del artículo 2 del RD 1469/1981, en cuanto a la determinación de las situaciones legales de desempleo propias de los trabajadores agrarios fijos.

Esta reforma acoge así la tesis mayoritaria defendida por un importante sector de la doctrina científica, el cual abogaba por la equiparación

---

[26] Una crítica a la ubicación de tal precepto, cfr . Dictamen del Consejo de Estado: *Proyecto de Real Decreto para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, Exped. 1198/2006, de 29 de junio de 2006,* cit., pág. 7.

[27] Cfr. B. García Romero: *Seguridad Social Agraria: Acción protectora,* Cizur Menor, 2006, pág. 123, indicando cómo esa disp. adic. segunda ha venido a resolver definitivamente la polémica planteada.

del fijo discontinuo del sector agrario con el fijo en atención a la naturaleza jurídica de sus contratos, celebrados por tiempo indefinido [28].

La nueva regulación prevista permitirá, por tanto, avanzar en el logro de la equiparación del REA al Régimen General, conforme al contenido del Acuerdo de 15 de diciembre de 2005, y también favorecer el acceso a la protección por desempleo de un importante número de trabajadores fijos discontinuos empleados en el sector agrícola que hasta este momento se encontraba desprotegido frente a esta contingencia.

2. *Cálculo del período de ocupación cotizada*

También en aras de esa anhelada equiparación entre el REA y el Régimen General de la Seguridad Social, el artículo 1 del RD 864/2006, acogiendo una tradicional demanda de las or ganizaciones sindicales[29], regula la aplicación de un coeficiente corrector a efectos de la determinación del número de días del período de ocupación cotizada para el acceso a las prestaciones por desempleo, tanto contributivas de los trabajadores fijos, fijos discontinuos y eventuales como asistenciales de los fijos y fijos discontinuos, en la medida que el período de carencia exigido se sigue estableciendo sobre la base de las jornadas reales trabajadas, que es la base de la cotización por desempleo para los trabajadores del REA, a lo que habrían de unirse las dificultades, por la propia naturaleza de la actividad, de la inmensa mayoría de los trabajadores del sector agrario de alcanzar un número suficiente de días trabajados y cotizados.

A efectos de la determinación del número de días que integran el período de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, dato preciso para pronunciarse sobre el derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo y fijar su duración, tanto a los trabajadores agrícolas fijos o fijos discontinuos, como a los eventuales, el número total de jornadas reales cotizadas en el REA se multiplicará por el coeficiente de 1,337, que incluye la parte proporcional de domingos, festivos y vacaciones anuales, con el límite de los días naturales del año, y de los días naturales del período inferior considerado más lo que proporcionalmente corresponda a las vacaciones anuales.

---

[28] Cfr. J. García Murcia: «La protección por desempleo de los trabajadores eventuales del campo», *TL*, núm. 8 (1986), pág. 68 y M.ª E. C asas Baamonde: «Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo. (En torno al artículo 12)», *REDT,* núm. 100, 2000, monográfico: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después,* pág. 441.

[29] Cfr. Documento conjunto Federaciones Agroalimentarias UGT y CCOO: *Integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General y protección social,* pág. 6 (http://www.ugt.es/fta/ftahomepage.htm).

Este coeficiente se aplicará de igual modo para la determinación del período de ocupación cotizada por los trabajadores agrarios fijos o fijos discontinuos, para acceder al subsidio por desempleo establecido en el artículo 215.1.2 LGSS[30].

C) Singularidades para los trabajadores agrarios fijos discontinuos que desarrollen su actividad en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura: Hacia la construcción de un sistema integral

A pesar de esa voluntad inveterada de equiparación entre Regímenes de Seguridad Social, el RD 864/2006, sin poder olvidar en esta materia las especiales singularidades que revisten el desempeño de la actividad agropecuaria en determinadas regiones del territorio nacional (oportunidades reales de empleo, técnicas de explotación de la tierra, notas configuradoras de la población agraria…), ha introducido un particular sistema de protección por desempleo para los trabajadores fijos discontinuos que desarrollan su actividad productiva en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, y ello con un doble objetivo:

a) Adecuar el sistema de protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos a las distintas manifestaciones agrarias vividas en Andalucía y Extremadura (altas tasas de temporalidad, escasa utilización de la figura del trabajador fijo discontinuo…)[31], considerando el volumen y la intensidad del trabajo, en la medida en que en estos ámbitos geográficos la fijeza en el empleo no supone un distanciamiento de necesidades protectoras respecto de los trabajadores eventuales agrarios[32], y

---

[30] Cfr. Dictamen del Consejo de Estado: *Proyecto de Real Decreto para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, Exped. 1198/2006, de 29 de junio de 2006,* cit., pág. 7, indicando que nada hay que objetar a esta previsión, la cual es coherente con el objetivo perseguido.

No obstante, la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía y Hacienda, en su Informe sobre el Proyecto de RD y respecto a la extensión a los fijos discontinuos agrarios de la protección por desempleo establecida para los trabajadores fijos, sostuvo que esta circunstancia podía plantear a nivel nacional un problema análogo al que se planteó con el subsidio agrario en Andalucía y en Extremadura: elevado coste, dificultad de control y generación de desincentivo al trabajo. Por ello, estimó que debería limitarse la aplicación a los fijos discontinuos agrarios de las normas de protección por desempleo contributivas del Régimen de trabajadores fijos.

[31] Cfr. S. González Ortega: «La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo», *RL,* núm. 4 (2003), especial monográfico: *La reforma de la protección de desempleo en la L 45/2002*, págs. 60-61.

[32] En este punto se acepta el posicionamiento de la doctrina científica que venía sosteniendo que en el ámbito de las relaciones agrarias el sistema de protección por desempleo de los fijos discontinuos habría de descansar más sobre la mayor o menor intensidad de las labores a realizar durante la campaña que en la fijeza de la relación laboral, cfr . M. Car-

b) Favorecer tanto el empleo estable como el afloramiento del trabajo sumergido, la reinserción laboral y la estabilidad en el empleo, puesto que el reconocimiento del acceso a los trabajadores fijos discontinuos al subsidio agrario y a la renta agraria permitirá la concertación de este tipo de contratos pese a ser una figura tradicionalmente denostada en estas regiones, significativamente por su falta de protección.

Esta regulación singular, propia y específica para el colectivo de los trabajadores agrarios fijos discontinuos andaluces y extremeños, aun cuando haya que adjetivar sus objetivos finales como loables, ha venido, no obstante, a incorporar un elemento más de complejidad al sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios en estas regiones (prestaciones de desempleo contributivas, subsidio agrario, renta agraria, derechos de opción…).

Como se decía, el RD 864/2006, atendiendo a la necesidad de adecuar el sistema de protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos a la situación real de empleo vivida en las regiones andaluza y extremeña, establece una alternativa para este colectivo. Concretamente, los trabajadores con contrato de fijo discontinuo incluidos en el REA que desarrollen su actividad en las Comunidades Autónomas referenciadas, cuando dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa o cuando se suspenda la actividad por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, o cuando tras esas situaciones cesen involuntariamente en un trabajo eventual agrario, a efectos de la protección por desempleo tendrán la doble consideración de trabajadores fijos discontinuos y de trabajadores eventuales del REA[33]. Por ello, siempre que reúnan el resto de los requisitos exigidos en cada caso podrán optar [34]:

a) Por las prestaciones por desempleo de nivel contributivo, o en su caso, por el subsidio por desempleo que corresponda como trabajador fijo discontinuo conforme lo establecido en el artículo 216.5 LGSS.

DENAL CARRO: «¿Qué es la «eventualidad» como requisito para el acceso al desempleo asistencial en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social? El caso de los trabajadores 'fijos discontinuos'», *AS*, vol. I (1998), págs. 2528 a 2530.

[33] Adviértase que si bien la CEOE propuso algunas precisiones en la tramitación del Proyecto de RD para evitar la afirmación de que un trabajador pudiera ostentar a la vez la condición de fijo discontinuo y de eventual a efectos de la protección por desempleo, el Informe de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía y Hacienda no realizó ninguna observación al respecto, a la vista de que se trata de una realidad de hecho.

[34] Acerca de la eliminación de esta opción, Informe de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía y Hacienda, abogando por la aplicación a los fijos discontinuos agrarios únicamente de las normas de protección por desempleo contributivas del Régimen de trabajadores fijos.

b) Por el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el REA, establecido por el Real Decreto 5/1997, con la excepción del subsidio especial de los trabajadores mayores de 52 años recogido en su artículo 2.2 mientras mantengan el contrato fijo discontinuo [35], o, en su caso, por la renta agraria, en favor de los mismos trabajadores, establecida por Real Decreto 426/2003, considerando al trabajador como eventual agrario para aplicar lo dispuesto en dichos reales decretos.

En el supuesto de que el trabajador opte por el subsidio por desempleo o la renta agraria habrán de tenerse en cuenta determinadas particularidades:

— De una parte, para acreditar el requisito establecido en el artículo 2.1.c) del Real Decreto 5/1997, o, en su caso, el exigido por el artículo 2.1.d) del Real Decreto 426/2003, se tendrán en cuenta todas las jornadas reales cotizadas en el REA, cualquiera que sea su número, como trabajador fijo discontinuo agrario y como trabajador eventual agrario siempre que no hayan sido computadas para obtener un derecho anterior a la prestación por desempleo, a los subsidios por desempleo o a la renta agraria, y se hayan cubierto en los 12 meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo, no pudiéndose computar, por ende, las cotizaciones realizadas al Régimen General con ocasión de los trabajos prestados en obras afectadas al *AEPSA*.

— De otra, no se incluirán en el cómputo de rentas del solicitante o beneficiario las obtenidas por el trabajo agrario como trabajador por cuenta ajena de carácter fijo discontinuo, inferiores a una cuantía equivalente a seis veces el Salario Mínimo Interprofesional mensual, vigente en cada momento [36]. De manera que continuarán siendo de aplicación las reglas establecidas en los arts. 3.4.3.ª RD 5/1997 y 2.1 RD 426/2003, en cuanto a la exclusión en el cómputo de las rentas para acceder al subsidio agrario o a la renta agraria, respectivamente, las obtenidas por el trabajo agrario como trabajador por cuenta ajena de carácter eventual, pero se introduce esta particularidad que rompe con la tradicional exclusión de las rentas obtenidas del desempeño de la actividad agraria en cuanto al acceso de las prestaciones asistenciales propias en Andalucía y Extremadura. Medida ésta que si bien tras su primera lectura pare-

[35] En coherencia con el artículo 216.5 LGSS y como elemento con el que se pretende evitar la desincentivación en la búsqueda de empleo.

[36] Una crítica a la redacción originaria del Proyecto de RD en tanto que no se computaban las rentas percibidas como trabajadores agrarios fijos discontinuos cuando se optara por percibir el subsidio de renta agraria, posteriormente modulada ante la inclusión de un tope respecto a las rentas, Informe de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía y Hacienda. Sobre estas exigencias, cfr. J. López Gandía: *La protección por desempleo de los trabajadores agrarios tras las reformas de 2006*, cit., págs. 60, 63, 75 y 77.

ce contrariar los objetivos perseguidos por la nueva regulación de la protección por desempleo dispensada a los trabajadores agrarios fijos discontinuos de consecución de un aumento del empleo estable, el afloramiento de la economía sumer gida y la regularización de las relaciones laborales en el ámbito geográfico de estas Comunidades Autónomas mediante su reconocimiento como fijas discontinuas y no como eventuales, acrecentando el número de derechos, no sólo en materia de desempleo, de los trabajadores, por cuanto esta circunstancia podría dar lugar a la reticencia de los trabajadores a suscribir contratos de trabajo de carácter fijo discontinuo, y su permanencia como eventuales, la flexibilidad establecida en cuanto a las cuantías de rentas no computables, ante la escasa utilización de la figura del trabajo de carácter fijo discontinuo en estas regiones, sin embar go, no hace previsible por el momento que ello pueda constituir una distorsión del mercado de trabajo agrario.

III. A MODO DE REFLEXIÓN

La reforma de la protección por desempleo de los trabajadores agrarios ahora comentada viene a suponer la superación de una serie amplia de materias ignoradas por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, estableciéndose una regulación propia para los trabajadores agrarios de carácter fijo discontinuo.

En ella se ofrece una respuesta dual que permite adecuar el sistema de protección previsto a las distintas realidades presentes en las diferentes regiones agrarias, de manera que además de resolverse la indeseable inseguridad jurídica existente sobre la materia, equiparando este colectivo a los trabajadores fijos en casi todo el territorio nacional, cuando los trabajadores fijos discontinuos desempeñen su actividad en Andalucía o Extremadura podrán acceder además al subsidio de desempleo agrario y a la renta agraria, con el objetivo de favorecer el empleo estable y el afloramiento del trabajo sumergido, regularizando las relaciones laborales en el sector y prestando especial atención a las situaciones de necesidad real paralela existente entre ambos colectivos.

No obstante, no puede dejar de realizarse si quiera una crítica a esta nueva regulación del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios fijos discontinuos y es que, además de la complejidad técnica añadida por la distinta regulación según el lugar geográfico de la prestación de servicios, ésta constituye un obstáculo a la equiparación de Regímenes de la Seguridad preconizada en el Acuerdo de 2005 al perpetuar las diferencias para los trabajadores agrarios de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura.

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN DISPENSADA A LOS TRABAJADORES EN LOS SUPUESTOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL. REFORMA DE LAS PRESTACIONES DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN LA LEY 43/2006, DE 29 DE DICIEMBRE

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ
Catedrático EU Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN—2. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 33.1 ET. CORRECCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LA EXCLUSIÓN DE LA PARTE PROPORCIONAL DE LAS PAGAS EXTRAORDINARIAS EN LAS CANTIDADES ABONADAS POR EL FOGASA.–2.1. El aumento de la protección de los salarios adeudados a los trabajadores. 2.2. La expresa inclusión de las pagas extraordinarias.—3. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 33.2 ET. MEJORAS Y NUEVAS PRESTACIONES.–3.1. Mejora de la protección en materia de indemnizaciones reconocidas por despido, extinción o finalización de contrato. 3.2. Nuevos supuestos protegidos.—4. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 33.7 ET.—5. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 33.8 ET EN VIRTUD DE LO ESTABLECIDO POR LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL.

1. INTRODUCCIÓN

Entre las diversas opciones posibles para garantizar el pago a los trabajadores de sus salarios en caso de insolvencia empresarial, el ordenamiento español optó por la creación del Fondo de Garantía Salarial como garantía de carácter institucional o «seguro de salarios», convirtiéndolo al tiempo, en un «instrumento para la conservación de la empresa y el mantenimiento del empleo» [1]. Desde su origen normativo [2], a situar en el artículo 31 de la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales, de 8 de abril, y el inicio de sus actividades tras su constitución por RD 317/1977, de 4 de marzo, el FOGASA ha sufrido una larga serie de reformas, reestructuraciones y modificaciones, generadoras de un caos legislativo saldado a través de la unificación normativa en el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial[3], que

---

[1] RAMOS TORRES, M.: «La protección de los créditos laborales en caso de insolvencia empresarial del empleador. A propósito de la entrada en vigor del convenio número 173 de la OIT, 1992», *TS*, núm. 74, 1997, pág. 25.

[2] Sobre los orígenes, creación y evolución normativa del Fondo de Garantía Salarial, entre otros, GARCÍA MURCIA, J.: «El régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial», *RL*, núm. 9, 1985, pág. 11 y ss.; MOLINER TAMBORERO, G.: «La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial», *AL*, núm. 4, 1986, pág. 153 y ss.; OLIET PALÁ, B.: «El Fondo de Garantía Salarial», *DL*, número monográfico, octubre 1987, pág. 323 y ss. ó García Maíquez, J. M.ª: *El régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial*, Madrid (Trivium), 1992, págs. 23-27.

[3] Ante las posibilidades existentes (creación de un organismo público específicamente destinado a tal fin; asunción de las funciones de garantía por el propio Estado; creación de instituciones privadas para asumir tales funciones), el ordenamiento español optó por la figura del organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales [PÉREZ PÉREZ, M.: *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador*, Barcelona (Bosch), 1980, págs. 98 y ss. o GARCÍA MURCIA, J.: *El Fondo de Garantía Salarial*, Madrid (MTSS), 1983, pág. 103], operando como mecanismo de responsabilidad subsidiaria y obligado a abonar parte de la retribución del trabajador en determinados supuestos en los cuales el empresario no puede hacer frente al pago de la deuda salarial o de ciertos conceptos indemnizatorios [ALBIOL MONTESINOS, I.: «Las prestaciones del FOGASA; criterios normativos y jurisprudenciales (I)», *AL*, núm. 39, 1989, págs. 498 y ss. ó «El Fondo de Garantía Salarial», en AA. VV.: *Estudios sobre el salario*, Madrid (ACARL), 1993, págs. 653 y ss.; ROQUETA BUJ, R.: *Las prestaciones del FOGASA*, Valencia (Tirant lo

viene a constituir en la actualidad su fuente jurídica básica [4], al margen de la regulación de distintos aspectos en el Estatuto de los Trabajadores, en la Ley de Procedimiento Laboral o en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), la cual introdujo importantes cambios en su funcionamiento [5], modificaciones que, por otra parte, no han dejado de producirse por distintos medios a lo largo del tiempo y a pesar de la unificación legal reseñada.

Aun cuando no faltan supuestos en los cuales el FOGASA adquiere una responsabilidad principal [6], ésta normalmente «deriva de una obligación ajena, que en principio corresponde al empresario —con la consiguiente facultad de subrogarse en los créditos satisfechos al trabajador para su posterior recuperación—, tratándose de una responsabilidad subsidiaria o sustitutoria de la del empresario, condicionada a la declaración de insolvencia de éste, y limitada en su cuantía» [7], resultando como día

---

Blanch), 1997, págs. 16 y ss. y «Las prestaciones indemnizatorias por despido disciplinario a cargo del FOGASA», *AL*, núm. 24, 1998, págs. 479 y ss. ó García Viña, J. *Guía práctica del Fondo de Garantía Salarial*, Navarra (Thompson/Aranzadi), 2006, 35 y ss.].

[4] Moliner Tamborero, G.: «La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial», cit, pág. 153 y ss.

[5] Montoya Melgar, A.: «Crisis de empresa y contrato de trabajo (panorama tras la Ley Concursal)», *REDT*, núm. 122, 2004, págs. 212 y ss. ó García Viña, J.: «La presencia del Fondo de Garantía Salarial en el procedimiento concursal», en AA.VV.: *XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. *Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de empresas*. *Comunicaciones*, Madrid (AEDTSS), 2005, pág. 2 y ss.

[6] Así, en primer lugar, respecto a la indemnización correspondiente a la extinción del contrato de trabajo a través de los expedientes de regulación de empleo del artículo 51 ET [no siendo precisa la finalización en resolución administrativa, sur giendo también la responsabilidad del FOGASA cuando empresario y trabajadores hayan alcanzado un acuerdo durante el desarrollo del período de consultas, SSTS 27 junio 1992 (RJ 4684) y 1 1 mayo 1994 (RJ 4199)] o de la amortización de puestos de trabajo del artículo 52.c) ET en empresas con menos de veinticinco trabajadores [STSJ Comunidad Valenciana 19 septiembre 1996 (AS 2876)]. Un segundo supuesto viene dado por las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato por fuerza mayor cuando la autoridad laboral acuerde la exoneración del empresario (art. 51.12 ET) sin necesidad de previa declaración de insolvencia (art. 17 RD 505/1985), posiblemente por entender «que para la inmediata implicación del FGS son suficientes los datos que ha podido manejar la autoridad laboral para decidir expresamente» la mencionada exoneración, Albiol Montesinos, I.: «El Fondo de Garantía Salarial», en AA. VV.: *Estudios sobre el salario*, cit., pág. 684.

[7] Roqueta Buj, R.: *Las prestaciones del FOGASA*, cit., pág. 13; García Murcia, J.: *El Fondo de Garantía Salarial*, cit., págs. 164 y ss.; García Maíquez, J. M.ª: *El régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial*, cit., págs. 52-53; Martín Serrano, A. L.: «Las partes en el proceso: referencia al Fondo de Garantía Salarial», en AA. VV.: *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, (CGPJ), 1991, pág. 71; Cruz Villalón, J.: «EL Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral», *RL*, núm. 11, 1993, pág. 11 ó Ramos Torres, M.: «El Fondo de Garantía Salarial en el proceso de ejecución laboral», *RL*, 1997, T. I, pág. 473. En la doctrina jurisdiccional, por todas, STCo 60/1992, de 23 de abril; SSTS 15 enero 1987 (RJ 31), 15 marzo 1989 (RJ 1859), 24 febrero y 28 mayo 1998 (RJ 1957 y 5071). También, SSTSJ Cataluña 5 abril 1991 (AS 3438), Navarra 28 febrero 1992 (AS 629), Andalucía/Málaga 5 marzo 1999 (AS 641), Castilla y León/Bur gos 18 marzo 1999 (AS 638), Aragón 22 marzo 1999 (AS 410), Baleares 24 marzo 1999 (AS 1523) ó Galicia 27 mayo 1999 (AS 1070).

de referencia el de tal declaración [8]. Así, en caso de litigio, la decisión habrá de venir conectada a la calificación de las relaciones del FOGASA con el empresario por quien responde y de los trabajadores cuyos créditos ha de satisfacer. La posición jurídica del ente es la más parecida a «un fiador con responsabilidad subsidiaria» [9]; proximidad conceptual que no permite, en cualquier caso, equiparar totalmente FOGASA con quién asume contractualmente el pago de una obligación en defecto del deudor principal[10].

Pese a encontrarse regulado en el Estatuto de los Trabajadores, el FOGASA es más bien «una institución de Seguridad Social y una operación de seguro social la [por él administrada], en la que los defectos de pago de los créditos salariales serían el riesgo o contingencia objeto de protección; los pagos [realizados] la prestación; el impuesto o cotización sobre los salarios, el precio o prima de aseguramiento; la colectividad de los empresarios el conjunto asegurador, asociado con carácter forzoso…, que deviene así ente público asegurador o entidad gestora; cada empresario el asegurado, su eventual responsabilidad última frente al propio FGS no obstante; y los trabajadores los beneficiarios del seguro» [11].

El *Acuerdo para la mejora y el crecimiento del empleo de 2006* contenía una serie de previsiones particulares en cuanto al FOGASA hace, alterando algunos de los contenidos existentes en el artículo 33 ET y añadiendo nuevas previsiones que vienen a ampliar la protección otorgada por este organismo, circunstancia finalmente plasmada en los artículos 12, apartados Tres, Cuatro, Cinco y Seis del Capítulo II del RD-L 5/2006, de 9 de junio, y de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, norma que, por otra parte, obligará igualmente a alterar sustancialmente algunos de los contenidos del RD 505/1985. Cabe señalar que tanto el *Acuerdo* de reforma inicial como su plasmación normativa final, poseen, en cuanto al FOGASA hace, una doble vertiente íntimamente ligada y conectada de manera inevitable: de un

---

[8] García Murcia, J.: «Responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial y aplicación en el tiempo de las normas laborales», *RL*, núm. 14, 1990, págs. 25 y ss. SSTS 21 marzo y 20 diciembre 1998 (RJ 2328 y 9877). Igualmente, SSTS 6 marzo, 20 julio, 25 y 29 septiembre, 19 octubre y 2 noviembre 1989 (RJ 1792, 5889, 6479, 7536, 7301 y 7992), 8 marzo y 26 abril 1990 (RJ. 2031 y 3502), 12 mayo 1992 (RJ 3545), 24 febrero 1998 (RJ 1957) ó 9 marzo 1999 (RJ 2752).

[9] En tal sentido, por todas, STS 13 febrero 1993 (RJ 1 162).

[10] En este sentido, esta institución no puede ser identificada «con el fiador definido en el artículo 1822 del Código Civil, por más que su posición jurídica, cuando asume el pago de deudas del empleador sea similar a la del fiador en el mismo caso…, [constituyendo más bien] un peculiar ente asegurador que se nutre de determinadas cuotas y , a cambio, asume, dentro de ciertos límites, el riesgo del pago a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que no pudieron hacerse efectivas por el empleador por su carencia patrimonial», STS 22 abril 2002 (RJ 7797).

[11] Alonso Olea, M. Casas Baamonde, M.ª E.: *Derecho del Trabajo*, 23.ª ed., Madrid (Civitas), 2005, pág. 402.

lado, la mejora prestacional que ofrece, evidentemente positiva desde el punto de vista de elevar la protección económica al trabajador y añadir nuevos supuestos de cobertura a los ya existentes; de otro, la económica, habida cuenta, y conforme se podrá apreciar, estos cambios poseen un marcado carácter monetario, no en vano el foco principal de los mismos se centra en el aumento de las cuantías a desembolsar por aquél en los casos previstos por la Ley y en la incorporación de nuevos supuestos de protección.

Tal circunstancia llama poderosamente la atención en cuanto no cabe sino congratularse por la que sin duda resulta ser una excelente situación financiera[12], pues al tiempo de contener el reseñado aumento y mejora de prestaciones, tiene lugar una reducción a la mitad del tipo de cotización empresarial al FOGASA, que venía fijado en un 0,40 % a car go exclusivo de la empresa[13] ya desde el año mil novecientos noventa (continuando así una inicial tendencia a la baja que había sido frenada desde principios de los noventa hasta la actualidad [14]), rebajándose hasta el 0,20 %, la cantidad que deberá abonar la entidad productiva.

2. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 33.1 ET. CORRECCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LA EXCLUSIÓN DE LA PARTE PROPORCIONAL DE LAS PAGAS EXTRAORDINARIAS EN LAS CANTIDADES ABONADAS POR EL FOGASA

Tal y como se ha hecho constar , las nuevas previsiones legales elevan la cuantía de las prestaciones y regulan la inclusión en la normativa de nuevas circunstancias protectoras de los salarios debidos a los cuales el FOGASA deberá responder, modificando para ello el contenido del segundo párrafo del artículo 33.1 ET .

2.1. El aumento de la protección de los salarios adeudados a los trabajadores

Se mejora, en primer y destacado lugar, la protección de los salarios adeudados a los trabajadores en caso de insolvencia empresarial. En tal sentido, y a los efectos anteriores, procederá considerar como tales a las cantidades reconocidas en el acto de conciliación o resolución judicial por todos los concep-

[12] Aspecto que el *Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo 2006* reconoce en su Capítulo III sobre medidas para potenciar las políticas activas y los servicios públicos de empleo y para mejorar la protección de los trabajadores ante la falta de empleo.

[13] Conforme a lo previsto en al artículo 1 10. Nueve. 2.B de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 y en el artículo 27.2.2 de la Orden TAS/29/2006, de 18 de enero, dictada en su desarrollo.

[14] Esta cuota fue del 1,1% entre 1985 y 1987, del 0,80% en 1988 y del 0,50% en 1989.

tos recogidos en el artículo 26.1 ET («la totalidad de las percepciones económicas del los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo»), así como los salarios de tramitación en los supuestos legalmente procedentes, estableciendo un importe máximo que el FOGASA no podrá superar, cantidad hasta ese momento situada en el resultado de multiplicar el duplo del salario mínimo interprofesional diario por el número de días pendiente de pago, fijando la norma el techo en ciento veinte días.

Y es aquí donde aparece insertado el primer gran cambio que afecta a este organismo, al ser ampliada esa cuantía máxima a asumir por el FOGASA desde el duplo del salario mínimo interprofesional diario al triple del mismo, elevándose, a un tiempo, el número de días máximos de salario pendiente de pago a abonar desde los reseñados ciento veinte días hasta los ciento cincuenta a los cuales debe hacer frente desde la entrada en vigor de la reforma, beneficiando así de manera sustancial al trabajador afectado, quien verá incrementadas las cantidades por las cuales el ente va a responder, y obtendrá, en consecuencia, una superior protección frente a la que se había venido disfrutando.

2.2. La expresa inclusión de las pagas extraordinarias

Como segunda novedad introducida respecto al artículo 33.1 ET, se prevé la inclusión en las cantidades que el FOGASA abona de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Cabe en este punto destacar tal innovación por cuanto supone una evidente corrección a la línea jurisprudencial seguida por los Tribunales en esta materia.

Aun cuando el mencionado precepto establece —según ya consta— que tendrán la consideración de salario todos los conceptos retributivos incorporados al apartado primero del artículo 26 ET, y aparentemente procedería entender incluidas, por tanto, las cantidades correspondientes a las pagas extraordinarias como concepto retributivo empresarial, reiterada doctrina del Tribunal Supremo[15], seguida por los Tribunales Superiores de Justicia[16], decantó su parecer por negar la consideración de salario a estas partidas en el cálculo de la prestación debida.

---

[15] Sirvan como ejemplo, SSTS 16 mayo 1995 (RJ 3777), 1 1 junio 1998 (RJ 5200) o ATS 23 noviembre 2000 (RJ 10304).

[16] Entre otras muchas, SSTSJ Castilla-La Mancha 24 noviembre 1995 y 28 noviembre 2000 (AS 4479 y 4410), Cataluña 14 febrero y 11 diciembre 1997 y 8 junio 1998 (AS 1221, 5170 y 5967), Madrid 27 enero, 2 abril y 15 julio 1998 (AS 266, 1333 y 5759), La Rioja 19 mayo 1998 (AS 1408), Castilla y León/Bur gos 9 noviembre 1998 (AS 4568), Murcia 4 febrero 1999 y 4 junio 2001 (AS 5009 y JUR 227486, 227487 y 227488), Aragón 22 marzo 1999 y 10 julio 2000 (AS 410 y 3547), Comunidad Valenciana 11 septiembre y 10 noviembre 2001 (AS 592 y 1382).

En un primer momento, la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo reconoció el pago de la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por cuanto «el año de salario a que es referente el artículo 33.2 ET ha de constar de 14 mensualidades, al deber de incluir las dos pagas extraordinarias que no con carácter eventual sino fijo, reconoce al trabajador con pleno derecho el artículo 31 del propio cuerpo legal, máxime cuando el artículo 3.º del Real Decreto 2299/84, de 26 de diciembre, sobre salarios mínimos establece que: a los salarios mínimos a que se refiere el artículo 1.º se adicionarán, sirviendo los mismos como módulo en su caso... los complementos de vencimiento superior al mes, tales como pagas extraordinarias» [17].

Sin embargo, la interpretación en torno a esta cuestión sufrió un giro radical al modificar su interpretación el Alto Tribunal, sopesando cómo, a pesar de haber entendido anteriormente que el límite del salario mínimo interprofesional debía fijarse añadiendo al establecido en las correspondientes normas el importe de la parte proporcional de las pagas extraordinarias, este criterio debía ser revisado «de conformidad con las orientaciones más recientes de la doctrina unificada, [la cual había venido a establecer] que la expresión salario mínimo se utiliza con diverso alcance en la legislación laboral, ya que con ella se designa tanto el salario mínimo interprofesional en sentido estricto, que define un tope general de este carácter , como los denominados salarios mínimos adicionales, que son los que en cada caso —es decir, de forma variable para cada sector profesional o, incluso, para cada trabajador— surgen como consecuencia de añadir a aquel mínimo los conceptos que enumeran los Decretos anuales de fijación…, entre ellos las pagas extraordinarias. Estos salarios mínimos profesionales o individuales no se confunden con el salario mínimo interprofesional y así se advierte claramente de la redacción de las correspondientes disposiciones cuando establecen que a los salarios mínimos interprofesionales… 'se adicionarán' los conceptos mencionados. Es cierto que el artículo 31 del Estatuto de los Trabajadores establece el derecho de los trabajadores a percibir dos gratificaciones extraordinarias al año. Pero la generalidad de este reconocimiento no es suficiente para entender comprendidas dichas pagas dentro de la noción de salario mínimo interprofesional, ni su garantía de una percepción mínima anual se confunde con éste» [18].

A pesar de que tal doctrina fue inicialmente establecida en relación con la determinación de la cuantía del subsidio asistencial por desempleo, el Tribunal Supremo consideró que «resulta plenamente aplicable en el presente caso, ya que el concepto legal interpretado es el mismo y tam-

[17] STS 13 octubre 1986 (RJ 5455) ó 16 mayo 1995 (RJ 3777). En el mismo sentido STSJ Cataluña 14 febrero 1997 (As. 1221).

[18] Entre otras, SSTS 26 mayo, 2, 5 y 21 octubre, 10 y 1 1 diciembre 1992 (RJ 3604, 7613, 7665, 10070 y 10075), 28 enero 1993 (RJ 373), 16 mayo 1995 (RJ 3777) o 16 marzo y 11 junio 1998 (RJ 2679 y 5200).

bién lo es en lo esencial la función de la norma: establecer el límite aplicable a una prestación pública que ha de tener en cuenta mínimos de ámbito interprofesional»[19].

La línea jurisprudencial analizada resultaba cuando menos cuestionable, no en vano «comporta una interpretación contraria a la que habitualmente se viene aplicando en muchas ramas análogas a la ahora enjuiciada con importantes consecuencias negativas para los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social en múltiples materias en las que también se toma como módulo el SMI» [20].

Los resultados de tal valoración habrían de pasar por la inclusión dentro de los salarios pendientes de pago, y sin duda alguna, de las pagas extraordinarias, que en virtud de los preceptos tantas veces citados y de su propia función retributiva son conceptos de naturaleza salarial, a pesar de ser percibidos con una periodicidad en su abono superior a la mensual. También, por consiguiente, dentro del crédito incluido en la prestación de garantía a cargo del FOGASA, pues tal circunstancia no tiene por qué determinar ninguna duplicidad de pago [21], en tanto, por una parte, si aquél queda referido solamente a salarios ordinarios, la garantía se concreta a éstos sin ningún incremento en función de unas partidas extraordinarias no integradas en la deuda; por otra, y si sólo se adeudan las pagas extraordinarias, la garantía quedaría ceñida únicamente a éstas sin ninguna duplicidad; y , en fin, si la deuda comprende ambos elementos retributivos, los dos conceptos serán garantizados dentro de los límites aplicables de acuerdo con la normativa.

En este sentido, el análisis sistemático de los artículos 33.1 ET y 18 RD 505/1985 conduce a señalar la existencia de dos topes [22]: uno cuantitativo, aludiendo al importe del triple del salario mínimo interprofesional, otro temporal, acudiendo al período de ciento cincuenta días, con una referencia específica al número de días en los cuales los emolumentos aparecen pendientes de pago.

Tal circunstancia, a su vez, determinará la aplicación de diversos límites: en primer lugar , un techo máximo absoluto para la prestación de garantía, en tanto ésta no podrá exceder en ningún caso del importe de

---

[19] STS 11 junio 1998 (RJ 5200).

[20] «Entre otras, para la fijación de salarios y prestaciones, condiciones de acceso y subsistencia de determinadas prestaciones o subsidios, inembar gabilidad o atribución del carácter privilegiado a créditos por salarios, indemnizaciones o prestaciones», Voto particular a la STS 1 1 junio 1998 (RJ 5200).

[21] En este punto, STS 16 mayo 1995 (RJ 3777), de acuerdo con la cual «el problema de la duplicidad podrá suscitarse en caso de créditos sucesivos, pero en tal caso se trata de una aplicación temporal del límite que también se plantea cuando la sucesión se produce en otros créditos salariales. También hay posibilidad de duplicidad cuando en los salarios ordinarios se hayan prorrateado las pagas extraordinarias y se intente también percibir éstas independientemente, lo que tendrá que ponerse de manifiesto a los efectos oportunos».

[22] Al respecto, y en este sentido, SSTS 16 mayo 1995 (RJ 3777) y 16 marzo 1998 (RJ 2679).

ciento cincuenta días del valor del triple del salario mínimo interprofesional; en segundo término, un tope consistente en el resultado de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendiente de pago; y , finalmente, uno último, determinado en función del importe del salario adeudado por el número de días pendiente de pago.

El primer límite resulta de aplicación «en todos los casos, con independencia del vencimiento temporal de los créditos salariales de que se trate. Los otros tienen que ponderarse cuando se trata de créditos garantizados [correspondientes] a retribuciones no periódicas o de periodicidad superior a la mensual. Esto es lo que sucede con las pagas extraordinarias, que no corresponden a un número de días limitado, sino a la totalidad de los días que integran el año, por lo que la aplicación del [tope habrá de] realizarse de forma proporcional, ponderando su repercusión en las pagas extraordinarias»[23].

De este modo, y a pesar de no existir una base temporal de cálculo común para la aplicación del límite por días pendientes de pago cuando la deuda salarial comprende salarios mensuales y pagas extraordinarias, tal circunstancia no justifica la exclusión de la garantía de éstas últimas, pues con ello «se vulnera la norma contenida en el artículo 33.1 ET , que incluye en la garantía todos los conceptos retributivos… [De tal forma], los salarios fijados en esta resolución con el límite de 120 días [ciento cincuenta a partir de la reforma normativa] deben incrementarse con la parte proporcional de las pagas extraordinarias que en la misma se recoge, y ésta será la cantidad objeto de garantía siempre que no exceda del límite del duplo [triple con la entrada en vigor de la reforma] del salario mínimo interprofesional»[24].

En tal sentido, una interpretación literal, sistemática y finalista de las normas aplicables permite alcanzar tal conclusión, pues partiendo del artículo 33 ET, cuando el precepto fija como módulo del cálculo y tope de las prestaciones de garantía el importe del salario mínimo interprofesional diario no indica, en ninguno de sus apartados, que lo será con exclusión del importe proporcional de dos extras. Tampoco lo hace en ninguno de los artículos del Estatuto de los Trabajadores en los cuales se hace referencia al salario mínimo interprofesional, y sabido es que cuando el legislador ha querido que de tal concepto establecido como módulo para

[23] STS 16 mayo 1995 (RJ 3777); en idéntico sentido, en cuanto a la referencia al primero de los límites señalados hace, STS 16 marzo 1998 (RJ 2679).

[24] Por tanto, procede «aplicar el límite temporal para todos los conceptos, para lo que… basta con obtener el valor prorrateado de las pagas extraordinarias, pues el crédito objeto de garantía tanto de éstas… como de los salarios de periodicidad normal supera el límite temporal de 120 días. Ello determina que ese límite de 120 días deba contener la prorrata de las pagas extraordinarias que ha sido excluida por el or ganismo demandado», STS 16 mayo 1995 (RJ 3777).

diversos fines se excluya la parte proporcional de las pagas extraordinarias así lo ha contemplado expresamente [25].

En clara aquiescencia con esta línea, y con el objetivo principal de ampliar el espectro de protección económica del trabajador , la reforma ha eliminado indirectamente cualquier posibilidad de discrepancia doctrinal y judicial (*in claris non fit interpretatio*), dejando una sola vía de interpretación y firmando la fecha de caducidad de la doctrina jurisprudencial en la materia al establecer el pago obligatorio de las cantidades que proporcionalmente correspondieran al trabajador en virtud de las pagas extraordinarias.

3. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 33.2 ET. MEJORAS Y NUEVAS PRESTACIONES

La mejora en las prestaciones del FOGASA alcanza, en segundo término, a la protección que este or ganismo ofrece a las indemnizaciones reconocidas por despido, extinción o finalización de contratos, provocando con ello la modificación del artículo 33.2 ET .

3.1. Mejora de la protección en materia de indemnizaciones reconocidas por despido, extinción o finalización de contrato

De nuevo, y al igual que ocurre en las modificaciones incorporadas respecto al segundo párrafo del artículo 31 ET , el salario diario, convertido en este caso en base de cálculo de la indemnización, quedará ampliado del duplo del salario mínimo interprofesional al triple de éste, incluyendo también la nueva redacción del precepto la parte proporcional de las pagas extraordinarias, pues «la Ley 43/2006 ha optado por establecer un tratamiento análogo al previsto para los salarios» [26].

---

[25] Voto particular a la STS 11 junio 1998 (RJ 5200), el cual gira expresamente sobre una serie de razonamientos concretos en orden a considerar incluidas las cantidades proporcionales de las pagas extras. Así, y al mar gen de lo ya destacado, señala cómo en «los sucesivos Reales Decretos anuales determinadores del SMI… pueden encontrarse también ar gumentos en pro de la tesis que se defiende en esteVoto particular sobre el concepto y contenido del SMI, en especial si se analizan comparativamente… [Asimismo, cabría señalar] la interrelación que habitualmente se ha establecido jurisprudencialmente entre la exigencia de cotización por pagas extraordinarias y el posible cómputo de días cotizados por tal concepto y su repercusión en las bases reguladoras…, [pues] en efecto, no parece congruente que a efectos de las prestaciones de garantía salarial deba cotizarse por pagas extras y se prescinda de éstas a los efectos de determinar el importe de la prestación a percibir».

[26] Cavas Martínez, F.: «Mejoras en la cobertura del FOGASA», en M ontoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J. M.ª ; C avas Martínez, F. y C ámara Botía, A.: *Comentario a la Reforma Laboral de 2006*. *Ley 43/2006, de 9 de diciembre*, Madrid (Thompson-Civitas), 2007, pág. 181.

Por otro lado, respetando el límite máximo de una anualidad, y frente a los veinticinco días anteriormente aplicables, el importe de la indemnización a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 ET, habrá de ser calculado ahora sobre la base de treinta días por año de servicio, aumentando en cinco, por tanto, el período de referencia para proceder al calculo de dicha indemnización, beneficiando así al trabajador afectado, quien verá de tal forma sensiblemente elevada la cantidad a percibir en estos casos.

3.2. Nuevos supuestos protegidos

Estas mejoras en las prestaciones ofrecidas por el FOGASA a los trabajadores vienen acompañadas por la ampliación de supuestos de protección dentro del ámbito propio del artículo 33.2 ET, al incluir entre las indemnizaciones protegidas las siguientes:

a) Las debidas por extinción del contrato por las causas objetivas previstas en el artículo 52 ET. Además de los supuestos de extinción del contrato por voluntad del trabajador regulados en el artículo 50 ET, y aquélla que traiga causa en un supuesto de despido colectivo del artículo 51 ET, la protección otorgada a los supuestos de despido objetivo del artículo 52 ET quedaba limitada a la recogida en su apartado c) [27], referida a la necesidad acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 ET en un número inferior al establecido en el mismo.

La reforma ha venido a cubrir así el importante vacío provocado por la Ley 60/1997, de 19 de diciembre, que añadió el supuesto del artículo 52.c) ET para ampliar el radio de cobertura del FOGASA, pero cuya intervención resultó ciertamente desafortunada, pues como resultado final quedaron literalmente fuera de la protección las indemnizaciones originadas por un despido objetivo, «siendo así que anteriormente podían entenderse incluidas» [28].

La protección del FOGASA viene a comprender ahora, de tal manera, el despido por ineptitud conocida o sobrevenida del trabajador; el re-

---

[27] Entre muchas, SSTS 16 febrero 1998 (RJ 1303), 30 junio 1999 (RJ 5233) ó 24 marzo 2004 (RJ 2047).

[28] Esta norma, en realidad, pareció el resultado «de una situación de penumbra originada por el propio FGS al negarse a cubrir… las indemnizaciones devengadas por despido económico 'menor'…, tal vez por una confusión indebida de los distintos supuestos de responsabilidad», García Murcia, J.: «artículo 33. El Fondo de Garantía Salarial», en AA. VV. (Monereo Pérez, J. L., Dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1998, págs. 435-436, quien ya destacaba cómo «probablemente haya que defender una interpretación 'correctora', con ar gumentos históricos y sistemáticos, mediante la cual se pueda seguir manteniendo la garantía del FGS también en esos supuestos»

alizado por falta de adaptación del operario a las modificaciones técnicas acaecidas en su puesto (con los consabidos límites establecidos por la norma); el que traiga causa en las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen un determinado porcentaje en un concreto espacio temporal y en el marco de unos índices de absentismo general de la plantilla en el mismo período; y , en fin, los supuestos de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento de la relación laboral en cuestión.

Las medidas proteccionistas en este ámbito suponen que la obligación del FOGASA alcanzará, por tanto, a todas las circunstancias a partir de las cuales proceder al despido objetivo. El *Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 2006* excluyó de esta protección el supuesto contemplado en el apartado d) del artículo 52 ET , referido a las faltas de asistencia al trabajo, dejando sin protección —no sin cierta lógica—, el absentismo, considerado como la ausencia de un número excesivo de empleados, habitualmente resultado de la costumbre de dejar ocasional y frecuentemente de trabajar sin un motivo serio [29]. El RDMCE y la Ley 43/2006, sin embar go, y en un giro cuando menos llamativo, amparan tal supuesto entre los cubiertos por el marco protector del or ganismo de garantía.

b) Las debidas por extinción del contrato de conformidad con el artículo 64 de la Ley Concursal. El texto de la reforma optó —no sin cierto retraso— por la actualización y adaptación en materia de prestaciones indemnizatorias del FOGASA a las previsiones contenidas en la Ley 22/2003, habida cuenta los expedientes por despido del artículo 51 ET seguirán un procedimiento específico y particular en los supuestos de sometimiento a concurso de la unidad productiva, tal y como estableció el artículo 57 bis ET (añadido por la disposición final 14.ª del mencionado texto legal) para este tipo de supuestos. Constituye ésta, en cualquier caso, una novedad más formal que real, pues la ausencia de previsión específica parece debida más bien a la desconexión entre la reforma concursal y la legislación laboral [30].

---

[29] Fenómeno «dependiente de factores múltiples y diversos, entre ellos caracteres del individuo, organización y tipo de trabajo, vida familiar, ambiente social», ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 485.

[30] Fruto a su vez «de la improvisación y el descuido de estas materias en aquella polémica ley», MOLINA HERMOSILLA, O.; GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La nueva reforma laboral para la mejora del crecimiento económico y la calidad del empleo: ¿mucho ruido y pocas nueces?», *RTSS* (CEF), núm. 280, 2006, pág. 47.

El procedimiento arbitrado en el artículo 64 LC, al cual se adapta formalmente la nueva normativa en esta materia, comienza señalando la competencia del Juez de lo Mercantil en estos supuestos, pues los expedientes de extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante aquél la solicitud de declaración de concurso, habrán de ser tramitados ante el mismo por el procedimiento y las reglas establecidas en la Ley Concursal.

El tratamiento jurídico en estos casos aparece integrado en un sistema en el cual «juegan principios laborales en contraste con otros criterios y principios diferentes, y donde la instancia pública interviniente es el Juez del concurso», constituyendo «una lógica procedimental y finalista análoga a la del procedimiento de regulación de empleo ordinario», el cual establece al efecto una vía participativa y negocial [31].

En este proceso, entre sus rasgos diferenciales propios, llaman poderosamente la atención la escasa participación de la autoridad laboral, limitando su quehacer a la emisión de un informe[32], y el hecho de que contra el auto resolutorio emitido por el Juez [33] quepa la interposición de recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, los cuales se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, eso sí, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni sobre los incidentes concursales. Situación ésta cuando menos curiosa, pues no deja de ser paradójico que únicamente en dichos supuestos la jurisdicción Social tendrá competencias relacionadas con el artículo 51.1 ET , habida cuenta, fuera de tal concurso, tras la correspondiente resolución administrativa será competente el orden contencioso-administrativo [34].

---

[31] Monereo Pérez, J. L.: «Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas», en AA.VV.: *XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. *Ponencias*, Murcia (Laborum), 2005, pág. 103.

[32] Aun cuando éste hubiera sido emitido fuera de plazo, «podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución» (art. 64.6 LC). Dada la importancia de su actuación y el protagonismo central alcanzado en el artículo 51 ET, probablemente esta es la vía que «se encontró en el debate parlamentario para no dejar completamente fuera del artículo 64 LC a la autoridad laboral», García-Perrote Escartín, I.: «El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de empresas», en AA. VV.: *XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. *Ponencias*, cit., págs. 260-261.

[33] El cual, conforme indica el artículo 64.7 LC, en caso de acordarse la extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo en cuanto al acceso a la situación legal de desempleo respecta.

[34] «Probablemente se haya querido sobre todo asegurar que sea el orden social de la jurisdicción… el que tenga la última palabra y siente jurisprudencia sobre materias que son propiamente laborales», García-Perrote Escartín, I.: «Artículo 64. Contratos de trabajo», en AA. VV. (Sánchez-Calero, J. y Guilarte Gutiérrez, V., Dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid (Lex Nova), 2004, págs. 1202-1203.

En virtud de lo previsto en el artículo 184.1 LC, el FOGASA deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores, circunstancia que supone su presencia en el procedimiento concursal desde el primer momento; eso sí, de carácter precautorio, pues aún no se ha constituido en acreedor al no haber pagado las prestaciones previstas en el artículo 33 ET. La norma ofrece así un espectro más amplio en cuanto a la citación del FOGASA en este tipo de supuestos hace, habida cuenta no basta simplemente con la mera posibilidad, «sino que se tiene la obligación de hacerlo»[35].

Con la aprobación de la Ley Concursal, sin embargo, no tuvo lugar variación alguna de lo previsto en este precepto, cuyo contenido podía haber sido modificado[36], y donde se establece que en este tipo de procedimientos, desde el momento en el cual se tiene conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el Juez citará al FOGASA, sin cuyo requisito éste no habrá de asumir obligación alguna de las impuestas por la norma estatutaria [37]. No obstante, la omisión del emplazamiento como causa denegatoria de las prestaciones resulta ser una circunstancia realmente escasa, en virtud, más que del cumplimiento de la norma, del hecho de la iniciativa de personación del organismo[38]. En esta línea, igualmente, el artículo 23.2 LPL, regula que en los procedimientos de empresas en concurso o ya declaradas insolventes, el Juez, de oficio o a instancia de parte, citará como parte al FOGASA, dándole traslado de la demanda a fin de que éste pueda asumir sus obligaciones legales o alegar lo que a su derecho convenga.

Dicha intervención le otorga la consideración de parte procesal, de forma tal que posee capacidad para formular cuantas alegaciones y excepciones estime oportunas, así como proponer las pruebas que tenga por convenientes en defensa de sus intereses y relativas al debate principal, otorgándole la facultad de interponer, además, todo tipo de recursos. No podrá, empero, ser considerado como parte material, circunstancia que impide su condena en litigio, ni como responsable principal ni como subsidiario[39].

---

[35] Fernández Orrico, F. J.: «El concurso y las obligaciones con la Seguridad Social. El FOGASA», en AA. VV. (Ríos Salmerón, B. y Sempere Navarro, A. V., Dirs): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Murcia (Laborum), 2004, pág. 348.

[36] Cruz Villalón, J.: «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», *RL*, número 23-24, 2003, pág. 142.

[37] Moliner Tamborero, G.: «Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción», en AA. VV.: *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valladolid, (Lex Nova), 2004, pág. 93.

[38] Ramos Torres, M.: *La actividad procesal del Fondo de Garantía Salarial*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pág. 134.

[39] SSTS 7 octubre 1993 (RJ 7578), 22 abril y 22 octubre 2002 (RJ 7797 y 1904/2003) y 24 noviembre 2004 (RJ 1590/2005).

Disfruta, de tal forma, de todas las atribuciones posibles «en su actuación precautoria en defensa de sus intereses en el ámbito laboral; sin que por ello pueda considerarse acreedor o parte material, hecho que no se producirá hasta el pago de las correspondientes prestaciones», quedando facultado así para «desarrollar una actividad precautoria a lo lar go del procedimiento concursal en aquellos casos que se prevean créditos laborales en posición similar a la de cualquier acreedor , aunque *de facto* no lo sea»[40].

Finalmente, cabe destacar cómo quedan enmarcadas también en este bloque —en un significativo fenómeno de atracción hacia el procedimiento concursal de materias de orden social— las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) ET , que tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el Juez por el procedimiento previsto en el artículo 64.10 LC[41]. Eso sí, siempre y cuando tal extinción afecte a un número de trabajadores superior, desde la declaración del concurso, a los siguientes límites: en las empresas de hasta cien empleados, diez trabajadores, entendiendo en todo caso como colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla; en las empresas que cuenten con entre cien y trescientos, el diez por ciento de los trabajadores; y en aquéllas con una plantilla superior a 300 personas, el veinticinco por ciento de los trabajadores.

c) Las debidas por finalización de los contratos temporales. En una nueva ampliación legal de las obligaciones prestacionales del FOGASA, quedan formalmente recogidas bajo su manto protector las indemnizaciones reconocidas por la finalización de contratos temporales. La modificación sólo afectará, en todo caso, a las indemnizaciones legalmente contempladas, y no a las pactadas convencionalmente cuando superen el mínimo legal o se prevea para modalidades de contratación temporal a las cuales la normativa no asigna indemnización por finalización del contrato, pues esto supondría dejar a la institución en manos de la autonomía colectiva [42], habida cuenta que «entender lo contrario y suponer que la obligación del FOGASA alcanza también a las indemnizaciones que, sin respaldo legal, tengan a bien pactar voluntariamente los negociadores en el convenio colectivo, equivaldría a dejar la institución de garantía, su patrimonio, su financiación y, por reflejo, el porcentaje de cotización que corresponde a los empresarios, a disposición de la autonomía colectiva» [43].

---

[40] Actuación precautoria «consecuencia de la atribución al juez del concurso para conocer de materia que en principio son competencia del juez de lo social», G arcía Viña, J.: «La presencia del Fondo de Garantía Salarial en el procedimiento concursal», cit., págs. 3-4 y *Guía práctica del Fondo de Garantía Salarial*, cit., pág. 60.

[41] En torno a esta cuestión, M onereo Pérez, J. L.: «Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas», en AA. VV.: *XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias*, cit., pág. 173.

[42] STS 26 diciembre 2001 (RJ 2205 de 2002).

[43] STS 11 marzo 2002 (RJ 4682).

Por otro lado, cabe destacar que la obligación del empresario de satisfacer al trabajador los salarios de tramitación hasta la notificación de la sentencia, la readmisión o la extinción de la relación laboral, subsiste únicamente en tanto el vínculo de trabajo permanezca en vigor , pero no a partir de la fecha de cumplimiento preestablecida, y ello a pesar de una calificación del despido como improcedente o nulo[44]. De tal forma, el trabajador no tenía derecho al cobro de los salarios de tramitación, ni el FOGASA obligación alguna, por tanto, de asumirlos ni hacerlos efectivos [45], aun cuando éstos aparecieran reconocidos en la sentencia o en el auto declarativo de la extinción de la prestación de servicios [46].

d) Las reconocidas como consecuencia de auto. La reforma del apartado 2 del artículo 33 ET rescata del olvido los autos, ignorados en una redacción legal que hasta ahora únicamente hacía mención expresa a las «indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa», cubriendo así una laguna que, al menos formalmente —habida cuenta éstos se entendían incluidos[47]—, dejaba fuera del precepto tal vía de conclusión de un pleito.

e) En fin, las conciliadas judicialmente. Se presenta ésta como otra medida de respuesta a una doctrina jurisdiccional cuyos pronunciamientos habían venido estableciendo que, en virtud de lo regulado legalmente, el FOGASA abonará a los trabajadores el importe de las retribuciones pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, es decir , las cantidades reconocidas en acto de conciliación o en resolución judicial, incluidos los salarios de tramitación, hasta ciento veinte días [ciento cincuenta ya] y con el límite máximo, a efectos de salario diario, del duplo [triple ahora] del salario mínimo interprofesional de la fecha de declaración de insolvencia de la empresa y las indemnizaciones reconocidas judicial o administrativamente; eso sí, no lo hará respecto de «las convenidas en conciliación administrativa o judicial» [48], aun cuando se ha establecido alguna excepción al respecto cuando la indemnización viniera fijada en auto dictado en ejecución de un acuerdo conciliatorio a partir del cual se declare extinguido el vínculo ante el incumplimiento por el empresario, en su caso, del compromiso de readmisión alcanzado por las partes en conciliación[49].

Por otra parte, y en cuanto a los salarios de tramitación hace, reiterados pronunciamientos han destacado que «sólo serán a car go del Fon-

---

[44] SSTS 30 mayo 1988 (RJ 4669) ó 3 julio 1990 (RJ 6051).

[45] ROQUETA BUJ, R.: *Las prestaciones del FOGASA*, cit., págs. 33-34.

[46] SSTSJ Aragón 10 mayo 1994 (AS 2179) ó Cataluña 2 noviembre 1995 (AS 4416).

[47] Sobre la cuestión, en este sentido, STS 17 enero 2000 (RJ 922).

[48] Entre otras, SSTS 4 julio 1990 (RJ 6052), 18 diciembre 1991 (RJ 9084), 19 julio 1999 (RJ 6837), 17 enero 2000 (RJ 922), 26 diciembre 2002 (RJ 2804) ó 23 abril 2004 (RJ 3699).

[49] Por todas, SSTS 1 junio 1999 (RJ 5062), 28 febrero 2000 (RJ 2244) ó 22 enero y 7 febrero 2001 (RJ 781 y 2149).

do los fijados mediante resolución judicial y no los que lo hubieran sido mediante acto de conciliación» [50]. Destaca la jurisprudencia en su argumentación[51] cómo, en primer lugar, el artículo 33.2 ET es totalmente claro y diáfano, y únicamente establece la responsabilidad del FOGASA en las indemnizaciones reconocidas en virtud de sentencia o resolución administrativa, de lo cual cabe inferir , obviamente, la no inclusión de «las indemnizaciones pactadas en acto de conciliación, sea ante el Juzgado de lo Social sea ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación; este artículo únicamente dispone la existencia de esta responsabilidad del Fondo en los supuestos concretos y específicos que en él se determinan, luego, en consecuencia, no es viable imponer o exigir tal responsabilidad en otros casos diferentes que dicha norma no ha regulado ni previsto». En segundo término, y por otra parte, el acto conciliatorio debe ser considerado como una transacción, es decir , un pacto o contrato, y consiguientemente «no puede ser incluido, de ninguna forma, en las expresiones sentencia o resolución administrativa» del precepto [52]. Además, el enunciado del precepto está evidenciando que el legislador impuso al FOGASA «la responsabilidad referida única y exclusivamente en los casos concretos y estrictos que en él se precisa (indemnizaciones reconocidas por sentencia judicial o por resolución administrativa), y que en cambio exoneró de tal responsabilidad al mismo en cualquier otro supuesto entre los que se encuentran los de las indemnizaciones convenidas en acto conciliatorio».

Tales consideraciones vienen a ser ratificadas y reforzadas de comparar la actual redacción del artículo 33.2 ET con la originaria, habida cuenta con las reformas «se llevó a cabo una mayor concreción y una más estricta delimitación de conceptos, lo que pone de manifiesto que la intención del legislador no fue otra que la de reducir la responsabilidad del Fondo a los supuestos específicos y únicos que en este artículo se puntualizan»[53].

---

[50] STS 22 diciembre 1999 (RJ 1014).

[51] SSTS 4 julio 1990 (RJ 6052) y 23 noviembre 2005 (RJ 1206).

[52] Si bien, «es cierto que el artículo 55 de la Ley de Procedimiento Laboral… establece que «lo acordado en conciliación ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, tendrá fuerza ejecutiva para las partes intervinientes», que el artículo 75 de la misma Ley precisa que lo convenido por las partes en el acto de conciliación se llevará a efecto por los trámites de ejecución de sentencia conteniéndose una disposición semejante en el artículo 476 de la Ley de Enjuiciamiento Civil…, y que el artículo 1816 del Código Civil… ordena que «la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial»; pero nada de esto puede modificar o alterar la conclusión expresada, pues todas estas normas se limitan a regular los efectos que se derivan de la conciliación (que además alcanzan únicamente, como es lógico, a las partes que en ella han intervenido), pero no cambian su naturaleza ni la convierten, en absoluto, en una sentencia judicial, aunque se le otorguen unos efectos semejantes a los de ésta», STS 4 julio 1990 (RJ 6052).

[53] STS 23 noviembre 2005 (RJ 1206).

En fin, y aun cuando el artículo 33.1 ET establece la obligación de asumir el pago de las deudas salariales reconocidas en acto de conciliación, ello no debe significar que esta misma regla deba ser aplicada a las indemnizaciones por despido o extinción del contrato. Antes al contrario, si el legislador «al dar redacción a dos disposiciones legales, muy próximas y conexas entre sí, tanto desde el punto de vista de la materia que regulan como en cuanto a su tratamiento normativo, pues forman parte del mismo artículo en número o apartados seguidos y correlativos, en una de ellas (art. 33.1) ordena explícitamente la responsabilidad del Fondo de Garantía por salarios en los supuestos de acto de conciliación y en cambio en la otra (art. 33.2) la responsabilidad por indemnizaciones se reduce y limita a la sentencia judicial y a la resolución administrativa, ello constituye la mejor evidencia de que el legislador ha querido imponer, consciente y deliberadamente, un trato distinto y separado para cada una de esas situaciones» [54].

La nueva redacción del precepto viene a poner fin a esta doctrina, solucionando cualquier controversia al reconocer entre los créditos garantizados por el FOGASA aquellas indemnizaciones conciliadas judicialmente.

Además, y aun cuando ni el RDMCE ni la Ley 43/2006 realizan ninguna referencia concreta al respecto, el *Acuerdo* previo pretendía promover una mayor participación de sus representantes en los mencionados actos previos, probablemente en una previsión similar a la establecida en el artículo 33.9 ET, el cual establece que tendrá la consideración de parte en la tramitación de los procedimiento arbitrales, a efectos de asumir las obligaciones para este organismo previstas en la Ley. Esta mayor participación requerirá probablemente modificaciones en la Ley de Procedimiento Laboral «al objeto de que dicho organismo pueda oponer en ese acto cuantas excepciones y razonamientos crea oportunos en defensa del interés general que representa» [55].

4. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 33.7 ET

Queda modificado el párrafo primero del apartado 7 del artículo 33 ET con objeto, de nuevo, de incluir los autos en su redacción, quedando

---

[54] «Esta decisión del legislador no es caprichosa ni arbitraria, puesto que existen claras razones que justifican este trato diferenciado; ello es así, en primer lugar por cuanto que, para tener por cierto y real un débito salarial basta con acreditar la relación de trabajo y el mero transcurso del tiempo, salvo prueba en contrario; mientras que la situación es mucho más compleja en lo que respecta a la deudas indemnizatorias que suelen ser más elevadas que aquellos débitos salariales, y, en relación a ellas se producen más frecuentemente actuaciones fraudulentas y además éstas son más difíciles de descubrir o detectar», SSTS 4 julio 1990 (RJ 6052), 18 diciembre 1991 (RJ 9084) y 23 noviembre 2005 (RJ 1206).

[55] Cavas Martínez, F.: «Mejoras en la cobertura del FOGASA», en Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J. M.ª; Cavas Martínez, F.: y Cámara Botía, A.: *Comentario a la Reforma Laboral de 2006*…, cit., pág. 191.

fijado en el texto legal, por tanto, que «el derecho a solicitar del Fondo de Garantía Salarial el pago de las prestaciones que resultan de los apartados anteriores prescribirá al año de la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución de la Autoridad Laboral en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones».

5. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 33.8 ET EN VIRTUD DE LO ESTABLECIDO POR LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

Finalmente, la reforma operada modifica el contenido del artículo 33.8 ET en lo relativo a la protección por el FOGASA en las empresas de menos de veinticinco empleados, al incluir entre las indemnizaciones amparadas las debidas por extinción del contrato de conformidad con el artículo 64 LC. Este precepto contemplaba el abono del cuarenta por ciento de la indemnización legal que a los trabajadores correspondiera cuando sus contratos se hubieran extinguido en virtud de un expediente de regulación de empleo abierto por un proceso de despido colectivo regulado en el artículo 51 ET , o por la amortización de puestos de trabajo por alguna de las causas contempladas en este último precepto, eso sí, en un número inferior de despidos al por éste previsto, tal y como establece el apartado c) del artículo 52. ET, pero sin efectuar, en ningún caso, referencia alguna a los posibles procedimientos concursales en desarrollo en la empresa, como sí hace ahora.

Constituye éste un supuesto de responsabilidad «pura, directa y limitada», cuyo fundamento radica directamente en la pretensión de proteger a la pequeña empresa, y no en la existencia de insolvencia [56], pues «no está sujeta a condición o término, de modo que puede exigirse sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario…; [además], los términos imperativos del precepto, al igual que los del precitado Real Decreto, explícita y exclusivamente referidos al Fondo, ponen de manifiesto que éste tiene el carácter de obligado, directo e inmediato ante los trabajadores… [, y en fin], la significación económica de dicha obligación se traduce en un mínimo, un porcentaje (el cuarenta por ciento[57]) de la indemnización legal, no de la pactada» [58].

---

[56] García Maíquez, J. M.ª: *Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial*, cit., pág. 124. SSTS 27 junio y 24 noviembre 1992 (RJ 4684, 8831) ó STSJ País Vasco 24 junio 1991 (AS 3596).

[57] El sesenta por ciento restante seguirá para su abono el régimen normal, o lo que es lo mismo, pago por el empresario, y en el supuesto de incumplimiento por insolvencia, será el Fondo de Garantía Salarial quien se haga car go dentro de los límites legales. STS 1 1 marzo 1993 (RJ 5760).

[58] SSTS 27 junio, 24 noviembre y 12 diciembre 1992 (RJ 4684, 8831 y 10007), 7 mayo 1997 (RJ 3657), 20 enero 1999 (RJ 957); STCT 29 noviembre 1988 (Ar. 7451); STSJ Andalucía/Málaga 14 mayo 1999 (AS 1603).

El artículo 33.8 ET constituye así, más que una garantía de cobro para el trabajador, una medida de apoyo y protección a las pequeñas unidades productivas que, ya sea por causas económicas o por motivos técnicos, organizativos o productivos, precisan reestructurar su plantilla. Es más, el empresario no tiene obligación alguna de abonar ese cuarenta por ciento, motivo por el cual, de realizar el pago, podrá repetir contra el FOGASA tales cantidades anticipadas[59].

Sin embargo, y a pesar de lo afirmado, no cabe olvidar cómo el trabajador también puede resultar beneficiado, habida cuenta si el empresario es insolvente, «puede obtener del FOGASA una parte de la indemnización sin necesidad de hacerse con un título procesalmente ejecutivo ni de tramitar la declaración judicial de insolvencia» [60].

En cualquier caso, la marcada eventualidad de este beneficio pone de manifiesto que se trata de un efecto indirecto provocado por la norma [61], y ello resulta más claro aún en virtud de la persecución de dos objetivos básicos. De un lado, la ya reiterada protección a la pequeña empresa a través de la reducción de la carga indemnizatoria[62], dada su eficacia como creadora y agilizadora del empleo; de otro, la ayuda en la consecución de unas plantillas lo más operativas posibles, ajustadas a las necesidades del mercado y a los imparables avances productivos, para así aumentar su competitividad y, en consecuencia, su futura viabilidad, con lo que ello supone en orden al mantenimiento del empleo [63].

Cabe así comprender cómo los datos bajo los cuales queda enmarcado el nacimiento de la comentada obligación del FOGASA sean objetivizados, eludiendo con ello cualquier análisis individualizado o particularizado de la situación real y actual de la empresa o de las empresas que, en su caso, pudieran quedar afectadas por la aplicación del precepto [64].

Existen, sin embargo, dos ocasiones en las cuales el organismo no se hará cargo de estas indemnizaciones[65], tal y como viene señalando reite-

---

[59] SSTS 27 junio 1992 (RJ 4684), 1 1 mayo y 9 junio 1994 (RJ 4194 y 5415) ó 27 junio 1995 (RJ 5231).

[60] Roqueta Buj, R.: *Las prestaciones del FOGASA*, cit., págs. 109-1 10.

[61] García Maíquez, J. M.ª: *Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial*, cit., pág. 124.

[62] En esta línea, la Instrucción de 29 de junio de 1994 de la Secretaría del Fondo de Garantía Salarial establecía la necesidad de «valorar la necesidad de reducir costes del despido en pequeñas empresas cuando éstas tengan que reducir empleo por los cambios en su situación económica».

[63] En torno a la cuestión, García Viña, J.: *Guía Práctica del Fondo de Garantía Salarial*, cit., pág. 1 11; Roqueta Buj, R.: *Las prestaciones del FOGASA*, cit., pág. 1 10 ó García Maíquez, J. M.ª: *Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial*, cit., pág. 124.

[64] STS 27 junio 1992 (RJ 4648) ó STSJ País Vasco 24 junio 1991 (As. 3596). En la doctrina, Roqueta Buj, R.: *Las prestaciones del FOGASA*, cit., pág. 1 10.

[65] Al respecto, García Viña, J.: *Guía Práctica del Fondo de Garantía Salarial*, cit., págs. 110-111.

radamente la doctrina jurisprudencial[66]. En concreto, cuando el empresario utilice de manera incorrecta alguno de los procedimientos exigidos por la Ley[67] o en supuestos de resolución del contrato por extinción de la personalidad jurídica del empresario[68], a pesar de no faltar pronunciamientos en sentido contrario, entendiendo que el FOGASA responderá de las indemnizaciones si el fraude no ha sido demostrado[69].

Aun cuando la Ley Concursal se remonta ya al año 2003, la reforma aprovecha nuevamente para actualizar el artículo 33.8 ET, acomodándolo a las previsiones contenidas en la misma, incluyendo una referencia expresa de todo punto necesaria, pues —tal y como ha sido destacado anteriormente— los expedientes por despido del artículo 51 ET han de seguir un procedimiento específico cuando la empresa está sometida a concurso.

---

[66] SSTS 14 diciembre 1999 (RJ 9814), 24 abril y 24 septiembre 2002 (RJ 5679 y 1406/2003) ó 16 noviembre 2004 (RJ 188/2005).

[67] Realizando extinciones en fraude de ley [SSTSJ Cantabria 13 febrero 2002 (AS 3597), Aragón 24 marzo 2003 y 12 julio 2005 (AS 1684 y JUR 222879), Comunidad Valenciana 7 mayo 2004 (AS 3504) ó Cataluña 10 mayo 2005 (AS 2371)], no mediando causa [SSTSJ Andalucía/Granada 1999 (AS 2273) o Comunidad Valenciana 23 junio 2004 (AS 3766)] o existiendo connivencia entre trabajador y empresario para crear una situación de insolvencia, STSJ Cataluña 18 febrero 2002 (AS 1453).

[68] SSTSJ Andalucía/Sevilla 13 septiembre 2002 (AS 866/2003) y Cantabria 13 abril 2005 (AS 673).

[69] En tal sentido, SSTSJ País Vasco 30 marzo 1999 (AS 2934) y Comunidad Valenciana 2 octubre 2001 (AS 2266).

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO A CIERTOS CARGOS PÚBLICOS Y A LOS CARGOS SINDICALES. RAZONES DE UNA INCLUSIÓN

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO
Profesora Contratado Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid

SUMARIO:

I. RESUMEN.—1. INTRODUCCIÓN.—2. EL IMPEDIMENTO LEGAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO. LAS RESPUESTAS JUDICIALES DENEGATORIAS DE LA PRESTACIÓN.—3. LA APERTURA DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL RGSS.—4. UNA OPCIÓN DE POLÍTICA LEGISLATIVA.—5. REFLEXIÓN CRÍTICA. LA INSUFICIENCIA DE LA REFORMA.

I. RESUMEN

El presente trabajo contiene un estudio relativo a la incorporación en la acción protectora por desempleo a determinados cargos políticos y sindicales. La evolución de las relaciones de empleo ha marcado la propia ampliación de la protección por desempleo a distintas prestaciones de servicios vinculadas al desempeño de un trabajo. Pero, también, ha acogido a otro tipo de mandatos que, por su asimilación al trabajo por cuenta ajena, se incluyeron en el RGSS (cargos políticos y cargos públicos) o se han incluido recientemente (cargos sindicales) con el objeto de otorgarles, entre otros, la prestación por desempleo. Sin embargo, durante años la incorporación en el RGSS de los cargos políticos locales no implicaba el reconocimiento de la protección por desempleo. Su inequívoca inclusión se ha producido recientemente con la promulgación de Ley 37/2006, de 7 de diciembre, de forma que las personas que desempeñan determinados cargos públicos o cargos sindicales ya están hoy dentro de la acción protectora por desempleo.

Desde el análisis exegético de las normas se exponen las soluciones jurídicas que a lo largo de los últimos años han dado respuestas a este problema; estudiando, particularmente, los pronunciamientos judiciales que han venido negando el derecho a la prestación por desempleo. Así mismo se recogen las propuestas modificativas de la legislación, que de algún modo han sido ofrecidas por la propia jurisprudencia (incluido el Tribunal Constitucional) y la doctrina científica. Para, finalmente, reflexionar sobre la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, valorando la argumentación que aquella norma contiene para proceder a la definitiva inclusión de ciertos cargos públicos y sindicales en la protección por desempleo.

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como se define en el artículo 204 LGSS el propósito último de la prestación por desempleo es garantizar una renta económica sustituti-

va del salario [1] durante el transcurso que medie entre la pérdida de aquél hasta que se obtenga otro —u otra fuente de ingresos asimilable a aquél, difuminando su originaria concepción de sustitución del salario—. Debido a las limitaciones económico-financieras del modelo público la garantía no resulta plena. Todos conocemos que existen limitaciones temporales en el percibo del desempleo, de forma que, sólo mientras se recibe la prestación (y en su caso el subsidio del nivel asistencial) cumple su finalidad. Ello a pesar de ser el desempleo la única prestación de Seguridad Social que expresamente menciona la Carta Fundamental en el artículo 41 CE, entendida como protección social específica que el Sistema de Seguridad Social ofrece —mediante su cobertura— a los ciudadanos ante situaciones de necesidad.

Las prestaciones sociales por desempleo tradicionalmente se han vinculado al trabajo por cuenta ajena [2]. En sus primeros estadios limitándose a algunos de estos trabajadores (de los sectores de la industria y servicios [3]), después, progresivamente, ampliándose a otras actividades (trabajo en el mar y agricultura). Pero siempre persiguiendo como última *ratio* la protección a todos los trabajadores por cuenta ajena que pudiendo y queriendo trabajar perdieran su empleo e incluso, años más tarde, se incorporará la posibilidad de reconocer el desempleo parcial para quienes vean (sustancialmente) reducida su jornada de trabajo (art. 203 LGSS).

La propia evolución de la acción protectora ha permitido ampliar el círculo de beneficiarios por la contingencia al desempleo, probablemente el último hito importante para el trabajo por cuenta ajena se produce en 2002 cuando todos los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen especial agrario son integrados en la prestación contributiva por desempleo [4], con independencia de cual fuera la parte del territorio nacional en el que prestasen sus servicios. Pero, sin embargo, todavía hoy los derechos nacionales (directa o indirectamente) no reconocen esta protección a ciertos trabajadores. Los ejemplos españoles de falta de protección por desempleo son el de los trabajadores contratados con

---

[1] O, más ampliamente, de los ingresos.

[2] Desde su inicial reconocimiento como un seguro social aislado por Ley de 22 de julio de 1961 hasta la actualidad. Conviene recordar que el desempleo nace tarde ante las dudas de los Estados de poder generar más parados (desincentivando la vuelta al trabajo) que resolver la situación de precariedad en la que se encuentra el desempleado. Ya Beveridge cuando traza el modelo del sistema de Seguridad Social, de entre los cinco gigantes frente a los que el Estado debía combatir, señalaba la vagancia (*idleness*). Su reconocimiento en el plano internacional llegó de la mano del Convenio núm. 44 de la OIT.

[3] Que son las actividades a que atiende el RGSS.

[4] Por Ley 45/2002, de 12 de diciembre. En décadas anteriores también se había ido reconociendo a otros trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes especiales la acción protectora al desempleo, por ejemplo en el RETM a los trabajadores retribuidos a la parte.

contratos para la formación (art. 1 1.2 ET [5]) y el de los empleados de hogar [6].

Al margen de esos fallos del sistema protector , sucesivas decisiones legislativas han superado el obstáculo de la inicial limitación del desempleo sólo al trabajo por cuenta ajena, abriendo el espectro de contingencia por desempleo a otros beneficiarios por razones de *justicia material* (liberados de prisión —por cumplimiento de condena o en libertad condicional—, emigrantes retornados, socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, socios trabajadores de explotación comunitaria o de cooperativas de primer grado…, primeras etapas del personal investigador tras la formación como becarios —aunque en este último caso ya con relación laboral—). La técnica comúnmente utilizada viene siendo la de asimilación de estos últimos grupos a los trabajadores por cuenta ajena y se fundamenta en la necesidad de dar cobertura a quienes están fuera de la dinámica del trabajo subordinado, pero muy próximos a él [7]. Su regulación (su definitiva inclusión) sólo encuentra explicación en la política legislativa de cada momento [8], mostrándonos las sinuosidades de un nuevo desempleo desligado del ámbito aplicativo del trabajo asalariado y por cuenta ajena, tomando como eje para el reconocimiento de la prestación el ejercicio de una actividad remunerada. Desborda de este modo la acción protectora por desempleo las líneas marcadas en su creación, que fueron, durante años, los propios límites del Derecho del Trabajo. A partir de ese momento el desempleo deja de ser privativo de la prestación

---

[5] Reforma que se viene eludiendo tanto por los legisladores como por los agentes sociales que aunque en los últimos 10 años han sido capaces de pactar en repetidas veces reformas laborales no han incorporado en su agenda la desaparición de esta injusta desprotección. La Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo nos anuncia en la DA 10.ª la inminente regulación de nuevas formas de contratación para facilitar el empleo de los jóvenes, ese cambio normativo, a nuestro juicio, ha suponer dar nueva redacción al artículo 1 1 ET. Si así sucede no debería desaprovecharse la ocasión de incluir en los contratos formativos la protección por desempleo. Sin embar go esa carencia continua desatendida, ya que la reciente LO 3/2007, al dar nueva redacción a la DA 6.ª de la LGSS disposición en la que se contempla la protección social de los contratos para la formación, no ha acogido la protección por desempleo de estos trabajadores.

[6] Al no recogerse en la acción protectora del RD 2346/1969, de 25 de septiembre, regulador del RESS del entonces llamado servicio doméstico, hoy de empleados de hogar . Recientemente se ha anunciado la integración de este régimen especial en el RGSS, esperemos que cuando se realice se ofrezca una integración completa en su acción protectora, incluyendo la prestación por desempleo.

[7] La DF 5.ª de la LGSS contiene una autorización al gobierno que permite ampliar la cobertura por desempleo a otros colectivos (no contemplados hasta la fecha).

[8] Sobre esta cuestión vid. H URTADO GONZÁLEZ L.: «Las técnicas de extensión del ámbito subjetivo de protección del sistema español de Seguridad Social: la asimilación a trabajadores por cuenta ajena», en F . Prados Reyes (coor.): VII Jornadas andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL, Sevilla, 1991, págs. 359 y ss. Así como la STC 44/2004, de 23 de marzo, cuando en su FJ 4.º recuerda que en el caso que examinaba (referido a cargos sindicales) corresponde a la expresa determinación legal el reconocimiento del desempleo y, como luego veremos, sugiere posibles formas de inclusión.

de servicios en régimen de laboralidad (cuyas notas aparecen en el artículo 1.1 ET) para producirse una apertura a otros supuestos donde también son necesarias rentas sustitutivas de ingresos diferentes del salario [9] (pero cercanos a él), sirviendo de puente para el tránsito a la realización de una nueva actividad por cuenta ajena, por cuenta propia o para el desempeño de un cargo retribuido.

En este sentido la Ley 37/2006, de 7 de diciembre [10], constituye un ejemplo más de la extensión subjetiva de la acción protectora de la Seguridad Social (incorporando en el RGSS a los cargos sindicales); además de suponer la extensión de prestaciones, concretamente por desempleo, clarificando su percibo para aquellos cargos públicos incluidos en el RGSS y de los altos cargos de la Administración e incorporando, también, a los cargos sindicales. Al dar nueva redacción al artículo 205 LGSS.

2. EL IMPEDIMENTO LEGAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO. LAS RESPUESTAS JUDICIALES DENEGATORIAS DE LA PRESTACIÓN

Tratándose de cargos públicos o sindicales las solicitudes de prestación por desempleo normalmente se producían a la finalización del mandato, tras el cese en el cargo. La entidad gestora vino a negar las prestaciones en sus resoluciones y esa misma práctica fue ratificada por los Tribunales. Para aquéllos la integración en el RGSS con cotización por todas las contingencias o al menos las comunes incluida la de desempleo sólo permite solicitar el reintegro de las cuotas indebidamente satisfechas (conforme a lo que dispone el artículo 23 LGSS [11]). En ningún caso la aceptación de las cotizaciones por la TGSS se entendía que podía ser considerada como derecho a la prestación, ya que (su abono) nunca es consecuencia de la cotización sino del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos (y en estos casos no eran sujetos beneficiarios del desempleo).

El precitado artículo 205 LGSS delimitaba a los titulares de la protección por desempleo y entre ellos no figuraban *expresamente* como beneficiarios ninguno de los sujetos que hoy recoge la Ley 37/2006 (que, en coherencia con la ampliación del beneficio social y del ámbito sujetivo de la protección por desempleo a nuevos sujetos, ha dado nueva re-

---

[9] En claro paralelismo con esta prestación, de todos es sabido, que en *breve* comenzará su senda *la proposición* del gobierno para crear una prestación por cese de actividad del trabajador autónomo, según prevé la DA 4.ª del Proyecto de Ley del Estatuto del Trabajo autónomo (BOCG de 1 de diciembre de 2006), definitivamente convertido en Ley en julio de 2007, Ley 20/2007, de 1 1 de julio (BOE del 12).

[10] BOE de 8 de diciembre.

[11] Por todas STSJ de Andalucía —Granada- de 13 de marzo de 2001 (Ar . 194741).

dacción a aquel precepto). Con anterioridad a la reforma de diciembre de 2006 se negaba la posibilidad de aplicar un criterio de analogía al modelo de prestaciones de la Seguridad Social, basando la negativa de la respuesta en los propios condicionantes económicos del Sistema, siendo sus recursos limitados[12].

Para un análisis más detallado podemos distinguir por separado cada una de las tres situaciones que contempla la nueva legislación:

1) El cargo político local

Desde 1985 y por mandato del artículo 75 de la LBRL [13] se regula la afiliación al RGSS de los políticos municipales, pero ninguna disposición recoge su acceso a la prestación por desempleo como efecto derivado de esta inclusión en el Sistema. Más bien, al contrario, se interpretaba que para su acceso era necesario ser trabajador por cuenta ajena o encontrarse en alguno de los otros supuestos expresamente mencionados en el artículo 205 LGSS, considerando en situaciones asimiladas al alta a quien pasara a excedencia forzosa por ejercicio de cargo público. Al margen de esas circunstancias, los restantes cargos electos —por su condición— quedaban fuera de la protección por desempleo [14], aunque se les retribuyera en caso de dedicación exclusiva y se les asegurase por determinadas contingencias a través de su afiliación al RGSS [15].

El término del mandato de concejales y alcaldes no era considerado como una situación merecedora de prestaciones por desempleo. La justificación de los tribunales ha residido en negar la identificación entre quienes con dedicación exclusiva o plena desarrollaban una función pública en la Administración Local, tras la celebración de una elección (conceja-

---

[12] Con cita de la STC 65/1987, de 21 de mayo. Teoría también mantenida por las SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 44/2004, de 3 de marzo, atendiendo a las circunstancias económicas y sociales del momento sobre las que reside la viabilidad del Sistema de Seguridad Social y su eficacia. Pues es el legislador quien atendiendo a esos criterios modula toda la acción protectora del Sistema de Seguridad Social (sujetos beneficiarios, extensión, intensidad, etc.).

[13] Siguiendo lo dispuesto por el artículo 3.1 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo. La inclusión en el RGSS de los cargos locales se hizo efectiva según las pautas que desarrolla la Orden de 12 de marzo de 1986, cuyo artículo 3 recogía la obligación de cotizar para todas las contingencias y situaciones protegidas.

[14] En ese mismo año se dicta el RD 322/1985, de 20 de febrero, por el que gobierno incluyó dentro de la prestación por desempleo al personal al servicio de la Administración local.

[15] Reproduciendo el argumento de la STSJ de Andalucía —Sevilla—, de 7 de octubre de 1999 (Ar. 6838). La STSJ de Castilla y León de 22 de junio de 1993 (Ar. 2807) explica cómo la exigencia de cotización siendo requisito del disfrute de la acción protectora del Sistema (antiguo artículo 94 LGSS de 1974) no es exclusivo, sino que hay que atender a los particulares exigidos para la respectiva prestación, y, en particular para el desempleo, la Ley (31/1984), por la que entonces se regía, no incluyó entre los beneficiarios a los miembros electos de las corporaciones locales.

les, alcaldes, miembros de diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo, de cabildos y consejos insulares, amparados por los arts. 140 y 141 CE), y el trabajo por cuenta ajena, aun en el sentido más amplio del mismo. Ésta ha sido una interpretación compartida por la Administración y tribunales, corroborada en numerosas resoluciones por los juzgadores de instancia y en suplicación [16].

Para remediar ese tratamiento llegó a invocarse una posible discriminación, prohibida por el artículo 14 CE, o la vulneración del artículo 23 CE o, normalmente, ambas infracciones, sin embargo ninguna resolución llegó a apreciar la existencia de trato discriminatorio por entender que se partía de la errónea premisa de considerar al concejal como trabajador por cuenta ajena, y no siendo esto cierto no se aprecia en sede judicial la lesión del derecho fundamental, ya que no existen, a juicio de los tribunales, situaciones iguales siendo, por lo tanto, posible que las respuestas jurídicas sean soluciones distintas[17] (pues se trata de casos diferentes). Al ser necesaria la homogeneidad para poder establecer aquellas comparaciones. La mayoría de estas decisiones se toman sin tener en cuenta el Derecho internacional, en particular la *Carta europea de autonomía local* de 15 de octubre de 1985[18], cuyo artículo 7.2 exige para el ejercicio de responsabilidades en el ámbito local la cobertura social correspondiente. Todo ello acontecía a pesar de que cuando en 1985 se incluye en el RGSS a los políticos locales, las normas de Seguridad Social no recogieran una exclusión expresa de la prestación por desempleo.

Un supuesto frecuente en las reclamaciones a la entidad gestora del desempleo se refería a quienes, después de desempeñar cargos representativos locales, prestaban servicios en régimen laboral para otras empresas por breves periodos de tiempo y finalizados éstos solicitaban la prestación por desempleo contributiva[19]. Como regla general ya en vía administrativa

---

[16] *Vid*. SS del desaparecido TCT de 18 de enero (Ar. 1208), 8 de febrero y 3 de marzo de 1988 (Ar. 2118) y más recientemente SSTSJ de Andalucía —Granada— de 1 de julio de 1998, 13 de marzo de 2001 (Ar. 194741), de Madrid de 10 de septiembre de 1996 (Ar. 2949), 24 de octubre de 2000 (Ar. 11388), TSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 2001 (Ar. 24339/2002).

[17] Así SSTSJ de Andalucía —Granada— de 24 de marzo de 2000 (Ar. 3409). Anteriormente la STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 1996 (Ar. 2949), también negó la posible desigualdad de trato para situaciones *sustancialmente diferentes*, ya que los concejales no son trabajadores sino elegidos por sufragio universal, libre, directo y secreto por los vecinos del municipio.

[18] Ratificada por España en 1988 (BOE de 24 de febrero de 1989).

[19] Un mes y 18 días STSJ de Asturias de 27 de abril de 2001 (Ar. 159535), 92 días STSJ de Andalucía —Granada— de 24 de marzo de 2000 (Ar. 3409), en la que tras una concesión incorrecta la propia Administración instó en la vía judicial la revocación de sus propios actos; de 6 meses con contrato temporal como medida de fomento al empleo STSJ de Castilla y León, de 22 de junio de 1993 (Ar. 2807). En este último caso con reconocimiento en la instancia de las cotizaciones por desempleo realizadas durante la función de concejal de Ayuntamiento capitalino, que es denegado en vía de recurso. O, quien simultánea la dedicación exclusiva con breves contrataciones laborales, así puede observarse en la

se deniega la misma, al no reunir el requisito mínimo de cotización no computándose en ningún caso las cotizaciones efectuadas al desempleo durante el desempeño del cargo[20]. En estos casos también se niega la aplicación de la teoría del paréntesis durante el plazo que duró el desempeño del cargo representativo no permitiendo acudir a cotizaciones previas efectuadas con anterioridad a la elección como cargo político. Excepcionalmente, alguna sentencia aislada estimó la prestación por desempleo en el nivel contributivo a quien tras su función pública como Alcalde ocupa un puesto como trabajador por término inferior a un mes (28 días concretamente). En este asunto aunque inicialmente el INEM y la instancia denegaron la prestación, ésta es reconocida por la apreciación del Tribunal Superior: al entender que la interpretación conjunta de la *Carta de Estrasburgo de Autonomía Local* y la inclusión en el RGSS que contiene el artículo 75 LBRL obligan a incluir en la contingencia por desempleo a miembros de las corporaciones locales con dedicación exclusiva, aunque no sean (técnicamente) funcionarios de empleo al servicio de las AAPP[21], computando esas cotizaciones para generar el derecho a la prestación por desempleo. La Sentencia fue casada y anulada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina[22], en una interpretación *literal* del artículo 205.1 LGSS, de donde el Alto Tribunal entiende que es clara y rotunda la negativa al reconocimiento de desempleo de acuerdo con la normativa entonces vigente. Negando tanto la condición de trabajadores como de funcionarios de empleo de los miembros de las corporaciones locales. Aunque luego matiza su posición al reconocer que la enumeración del precepto citado no es cerrada sino *genérica*, y permite ampliaciones, pero los sujetos que han de hacerlas son el gobierno o el legislador [23]. Como aclarando que no cabe la ampliación del ámbito subjetivo de la protección por desempleo por vía judicial. Al final concluye que ni la norma europea ni la Ley española (ante su silencio) han incluido expresamente en la prestación por desempleo a quienes no desempeñan un empleo ni perciben salarios.

Si bien, se ha admitido judicialmente la compatibilidad entre el percibo de la prestación contributiva por desempleo y la continuidad en el desempeño del cargo político local (concejal) sin dedicación exclusiva, aun percibiendo por esta función la correspondiente indemnización en con-

---

STSJ de Andalucía —Sevilla—, de 7 de octubre de 1999 (Ar . 6838), que además critica duramente que se denuncie la violación del principio de igualdad por quien comete una ilegalidad (probablemente refiriéndose a la incompatibilidad de los sucesivos trabajos por cuenta ajena y el reconocimiento de dedicación exclusiva en el Ayuntamiento).

[20] En este sentido las resoluciones arriba citadas y otras, como la STSJ de Madrid de 11 de abril de 1997.

[21] STSJ de Castilla y León de 15 de julio de 2004 (Ar . 202728). En respuesta a un recurso de suplicación no impugnado por la parte contraria.

[22] STS de 25 de octubre de 2005 (Ar . 301).

[23] *Ibídem*. Así se deduce del FJ 2.2.º *in fine* o cuando el propio Tribunal concluye «*en definitiva, falta una norma que expresamente reconozca el derecho a la prestación…*», (FJ 2.5.º).

cepto de *indemnizaciones por asistencias* a las sesiones de los plenos[24]. El razonamiento jurídico para admitir la compatibilidad es, precisamente, que la función de concejal no es trabajo por cuenta propia ni por cuenta ajena y la indemnización percibida por compensación de gastos no es salario ni otro concepto de naturaleza análoga o similar al mismo (en clara referencia a la incompatibilidad que señala el artículo 221.1 LGSS). Mientras que, por el contrario, se denegaba el derecho al subsidio por desempleo en una situación similar[25], ya que aunque no se trataba sólo de las indemnizaciones percibidas por asistencia a plenos u otros conceptos legalmente previstos en la normativa del Régimen local [26], ni de *gastos* que eran ocasionados por el ejercicio de su car go (teniente de alcalde y concejal delegada de cultura, educación y festejos) sino de cantidades fijas mensuales que suponen rentas (de cualquier naturaleza) superiores al 75% del *smi* a las que se refiere el artículo 215 LGSS (como requisito inicial para poder ser beneficiario del subsidio). Rentas que el tribunal calificó como retribuciones en compensación a su trabajo y dedicación.

Finalmente, la aprobación de la nueva norma que comentamos, gracias a la aclaración respecto al alcance del reconocimiento de la protección por desempleo a los cargos políticos y sindicales contenida en la DA 2.ª del RD 1 108/2007, de 24 de agosto, permitirá aplicar la doctrina del paréntesis. Pues efectivamente se admite el cómputo de las cotizaciones previas para así poder acceder a la prestación por desempleo o mejorar la duración de su percibo y/o, en su caso, su cuantía. Al ser posible a partir de la Ley 37/2006 retrotraer para los car gos públicos y sindicales el periodo de seis años anteriores a la situación legal de desempleo exigido en el art. 207.b) y 210.1 de la LGSS a periodos anteriores y previos en los que sí hubo cotización al desempleo. Si bien la retroacción operará por el tiempo equivalente al desempeño del car go realizado con dedicación exclusiva o parcial y durante el cual haya recibido una retribución por él.

---

[24] Se trataba de un supuesto en el cual el trabajador primero lo fue de un sindicato más representativo y, tras ser despedido por éste, es contratado por el partido político al que representa en el Ayuntamiento con un contrato temporal por obra o servicio determinado que duró 6 meses, finalizado el mismo solicita ante el INEM el desempleo, que le deniega la prestación por entender que las dietas que le abonaba el Ayuntamiento en su condición de concejal (sin condición de exclusiva) eran incompatibles con la prestación por desempleo, además de negar efectividad a las cotizaciones realizadas durante su etapa en el sindicato por entender que allí desempeñaba responsabilidades sindicales que lo excluían de ser considerada prestación laboral, lo que significaba que carecía de los periodos mínimos de cotización para lucrar la prestación a que se refiere el artículo 210 LGSS en relación con el 207 b), véase la STSJ de Murcia de10 de enero de 2000 (Ar . 16).

[25] STSJ de Murcia de 24 de abril de 1997 (Ar . 1976). Donde se produce la extinción de la prestación tras resolución dictada a causa de una acta de infracción levantada por la inspección de trabajo, en aplicación de los arts. 226.1 y 231 e) LGSS.

[26] En atención al artículo 75.2 LBRL y artículo 13 del anterior ROFRJEL, aprobado por RD 2568/1986.

2) Alto cargo de la Administración que no reúne la condición de funcionario de carrera

Las Leyes reguladoras de la or ganización del Estado[27] así como sus homónimas Leyes Autonómicas recogen esta figura. Cualquier Administración: estatal, autonómica o local pueden designar a este personal llamado *personal eventual*, (idéntica denominación mantienen los arts. 8.2 letra d y 12 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto básico del empleado público[28]).

Con carácter general los funcionarios están fuera de la protección social por desempleo, aplicando el principio de estabilidad en el empleo que rige la prestación de sus servicios. Se trata de una lógica excepción de la cobertura a la contingencia por desempleo que también observan las normas internacionales —artículo 2c) del Convenio de la OIT núm. 44—. No obstante, podemos encontrar —además del funcionario de carrera— otros vínculos que son temporales y, por lo tanto, no siéndoles de aplicación aquel principio (de la estabilidad): contratados administrativos, funcionarios interinos o eventuales, a ellos sí les podría alcanzar la acción protectora del desempleo. El artículo 205 LGSS incluía en el ámbito subjetivo de la protección por desempleo al personal contratado en régimen de derecho administrativo y a los funcionarios de empleo al servicio de las AAPP; sin embar go los altos car gos, a pesar de ser funcionarios de empleo (en una interpretación normativa restrictiva) quedaron fuera de esta inclusión, no estando prevista tampoco su cotización por dicha contingencia (según algunos intérpretes).

La escasez de resoluciones judiciales en el orden social —para este caso— no nos permite conocer en profundidad la situación de los altos cargos. Los excluidos de la protección por desempleo eran los car gos de confianza política, de libre designación, que realizan funciones de confianza o propias de asesoramiento especial y que cesan automáticamente cuando cesa la autoridad para la que presta sus servicios [29], pudiendo

---

[27] En los términos que son definidos por el artículo 6.5 de la LOF AGE (Ley 6/1997, de 14 de abril). Para ver una muy detallada relación de los altos car gos de la AGE puede consultarse el artículo 3.2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, reguladora de de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

[28] El citado artículo 12 de la Ley 7/2007 define al personal eventual como « *el que en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados a este fin*».

[29] En un sentido de provisión de la función pública de corte anglosajón que admite nuestro Derecho de la función pública, aunque no sea el predominante (que es el del funcionario de carrera, heredado del modelo francés). En todo caso ha de tenerse presente que los funcionarios de empleo pueden serlo de dos clases (1) interinos —personal temporal con obligaciones propias del funcionario— y (2) personal eventual —en un puesto de confianza—, la exclusión del ámbito subjetivo de la prestación por desempleo sólo afectaba a estos últimos.

también ser revocados de su cargo con anterioridad a ese momento por quien los nombró. Todo ello en atención a lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

Dos tipos de pronunciamientos se localizaban en los anales de jurisprudencia, en primer término, aquellos que negaron el desempleo a los altos cargos por su condición de tales, ya que de alguna manera les asimilan —y ligan su suerte (hasta en la acción protectora)— a la situación en la que se encuentra el político que les nombró, debido a la confianza en ellos depositada por aquéllos[30] (los políticos). En segundo lugar, cuando son estimadas las reclamaciones en vía judicial, la mayoría lo fundamenta en que se trata de personal eventual (casi siempre son asuntos relativos al enjuiciamiento de causas de personal de la Administración Local). Ya que tras el estudio de su prestación de servicios se llega a la conclusión de que, siendo normativamente considerados *funcionarios de empleo,* aun realizando funciones de asesoramiento especial, de dirección o confianza, es personal incluido en la protección por desempleo. Así se entiende que la provisionalidad que caracteriza al puesto le hace merecedor de la protección por desempleo y que, además, esto lo permite sin necesidad de realizar una interpretación el propio artículo 205.1 LGSS; llamando a la literalidad del precepto y a su claridad en favor del reconocimiento de las prestaciones [31]. Con estas apreciaciones sólo el cargo político de confianza estaba excluido de la cobertura de la prestación por desempleo.

Su derecho al percibo de desempleo se circunscribe, tras la aprobación de la Ley 37/2006, a cuando ejerzan su cargo con dedicación exclusiva y perciban retribuciones, exigiéndose además que no sean funcionarios públicos y no tengan derecho a percibir , como consecuencia de su cese en el cargo, retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria.

3) Cargos sindicales

Se trata de cargos representativos de los Sindicatos constituidos según la Ley Orgánica de Libertad Sindical, Ley 1 1/1985, de 2 de agosto,

[30] En este sentido, SSTSJ de Madrid de 24 de septiembre de 1996 (Ar . 2958), 17 abril 1997 y 8 de mayo de 1997 (Ar . 1576) o de Cantabria —sala de lo contencioso administrativo— de 5 de junio de 2003. Vinculando su suerte a quien lo nombra libremente, que también puede cesarlo y, en todo caso, su cargo se extingue automáticamente *ope legis* cuando cesa la autoridad a la que presta sus servicios.

[31] En este sentido véanse las SSTSJ Cantabria de 9 julio (Ar. 1970), 30 julio (Ar. 2256), 22 septiembre (Ar. 2616), 8 de octubre (Ar . 3871), 25 noviembre (Ar . 3227), 9 diciembre de 2004 (Ar. 3753) y de 2 de febrero de 2005 (Ar . 166). Incluso recogen su conclusión como resultado de una interpretación *a sensu contrario* de lo que dispuso la STC 44/2004 para los cargos sindicales, porque aquí, para los *funcionarios de empleo*, sí existe una norma legal que prevé su inclusión en el ámbito de cobertura de la prestación por desempleo (y, también, a mayor abundamiento, la normativa internacional lo apoya).

siempre y cuando ejerzan funciones de dirección del sindicato, llamados también cargos orgánicos de dirección sindical. Cargos que son el resultado de la democracia interna sindical, al amparo del artículo 7 CE.

La estrategia más comúnmente utilizada en estos supuestos era reclamar por despido ante la jurisdicción social para que así se procediera a analizar si el cargo sindical tenía derecho a la prestación por desempleo[32]. La jurisprudencia vino a negar la existencia de un despido donde no había relación laboral. Mediante la formalización de una relación laboral se buscaba una apariencia laboral que permitiera la protección de Seguridad Social, sin embargo el *nomen iuris* dado por las partes no convierte en contrato de trabajo a un vínculo que no es tal. Otras veces el momento de petición era a la finalización del contrato temporal concertado con el sindicato, cuya duración venía siendo coincidente con la del desempeño del cargo; su término final llegaba con el cese (que acarreaba baja en la Seguridad Social y fin del pago de las retribuciones), entonces se reclamaba al INEM la referida prestación por desempleo. También encontramos otros supuestos, como el caso en el que quien ha obtenido una licencia no retributiva para dedicarse al sindicato en el nivel autonómico se incorpora al ERE de la empresa [33], pretendiendo lucrar la prestación por desempleo con adición de los días en que desempeñaba su cargo sindical (lo que no se le reconoce).

Los juzgadores analizan si bajo la apariencia que ofrece el paraguas formal del contrato de trabajo (casi siempre como personal administrativo) se oculta una relación que no es tal, en atención a las funciones realizadas, ya que un cargo sindical con responsabilidad orgánizativa o directiva no reúne las notas de laboralidad, no se trata de un trabajador por cuenta ajena[34]. Si bien en ciertas ocasiones directamente se celebraba un contrato por obra o servicio determinado con la categoría de sindicalista[35], sin ocultar las funciones efectivamente realizadas como dirigente de-

---

[32] En ciertas ocasiones el acto extintivo viene marcado por el fin del mandato representativo, otras veces el cese proviene de la decisión de órganos sindicales superiores que suspenden en sus funciones a la secretaría general u órgano ejecutivo equivalente y designan una comisión gestora, resoluciones éstas últimas que también —en muchas ocasiones— son declaradas nulas en vía judicial.

[33] STSJ de Canarias —Santa Cruz de Tenerife— de 27 de abril de 1998 (Ar. 867).

[34] Por todas, la resolución del extinto TCT de 14 de noviembre de 1984 (Ar. 8649) y las SSTS 6 de junio de 1984, de 7 de abril de 1987 (Ar. 2364) o, en la doctrina judicial, entre otras muchas, SSTSJ de Cataluña de 21 de junio de 1993 (Ar. 2997), de Murcia de 26 de mayo de 1998 (Ar. 2264) y de 27 de septiembre de 1999 (Ar. 2915), esta última recoge cómo en instancia se deniega la prestación contributiva al desempleo porque las funciones de sindicalista no conllevan las notas de ajenidad y dependencia laborales, no encontrándose el sindicalista en situación legal de desempleo.

[35] Por ejemplo en el caso que examina la STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 2001 (Ar. 496), en virtud de lo que establecen los Estatutos del sindicato, por una duración *intercongresual*, que es la duración a la que se sujetaba la obra (aunque el contrato anterior fue formalizado como administrativo). También se observa que se celebraban contratos de

signado por el sindicato, lo que resultaba más fácil para negar la prestación por desempleo, ya que esas tareas no conllevan las notas de laboralidad, en particular ni dependencia ni ajenidad.

La relación jurídica es calificada como de tipo asociativo, voluntaria, de índole representativa, nacida de la designación por el sindicato; la naturaleza del vínculo es esa, representativa o asociativa, y en todo caso la persona se integra en los órganos de dirección del sindicato lo que le excluye (al dirigente sindical) de poder ser considerado trabajador por cuenta ajena.

Estas personas podían encontrarse en varias circunstancias, tratarse del liberado sindical con cargo a la empresa (por acumulación del crédito horario) o ser un liberado sindical que recibe su peculio del sindicato y en él ejerce funciones como dirigente sindical (que, por cierto, es a este último a quien normalmente se le denomina liberado o liberado permanente). Los Tribunales para el segundo de los supuestos negaron de forma reiterada la existencia de vínculo laboral por no darse la nota de ajenidad, la relación del dirigente con el sindicato carece de la consideración de naturaleza laboral[36]. Porque si efectivamente ejerciera funciones administrativas o prestase otro tipo de servicios sería un trabajador del sindicato [37]. O bien, excepcionalmente, podría coexistir el vínculo asociativo con la relación laboral[38], que permite ser miembro de la comisión ejecutiva y compatibilizarlo con el trabajo de auxiliar administrativo para el sindicato. Siempre que quede demostrado que efectivamente se han compaginado las dos actividades. En este último supuesto se entiende que la actuación extintiva es técnicamente un despido que produce la ruptura de la relación contractual, ello permitirá el acceso a la prestación por desempleo.

---

trabajo temporales como medida de fomento del empleo, así STSJ de Castilla y León —Valladolid— de 18 de septiembre de 2006 (Ar . 251731). En esta última, sin embargo, se reconoce a un periodo del contrato suscrito bajo la denominación (categoría profesional) de sindicalista como una auténtica relación laboral.

[36] Incluso algunos Estatutos de sindicatos así lo corroboraron.

[37] Así se deduce del último periodo que estudia la STSJ de Castilla y León —Valladolid— de 18 de septiembre de 2006 (Ar . 251731), que para el cálculo de la indemnización por despido a efectos de antigüedad sólo toma en cuenta los dos periodos (interrumpidos temporalmente) de relación laboral, negando esa posibilidad al tiempo en el que el afectado fue representante provincial del sindicato, fase en la que para el Tribunal quedó suspendida la relación laboral y no extinguida.

[38] *Vid*. STS de 7 de octubre de 2005 (Rec. núm. 2854/2004, Ar. 8105). Que viene a mantener la doctrina judicial de la STSJ de Galicia de 30 de agosto de 1997 (Ar . 2583), de compatibilidad de la relación laboral y el cargo sindical, siempre que no se ocupen secretarías con específica responsabilidad, y de Baleares de 6 de noviembre de 1998 que admite la simultaneidad entre la actividad sindical y la relación de trabajo. En este sentido también la STSJ de Canarias —Las Palmas— de 24 de enero de 2003 (Ar . 227860), que no permite que, quien dimite de su cargo orgánico y además deja voluntariamente el sindicato, sea cesada por esa causa como trabajadora por cuenta ajena del mismo, realizando el control del pesaje del tomate para una federación estatal agroalimentaria.

Desde muy pronto comienzan a aflorar alegaciones que ven en la denegación de la prestación contributiva por desempleo al cargo sindical una limitación del ejercicio del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), al entender que reconocer o no tras su cese en el cargo la prestación por desempleo supone una violación del derecho fundamental, ya que, de alguna forma, altera o entorpece la actividad sindical (en el reclutamiento de personas dedicadas a ella si no se les permite a su término el percibo del desempleo). Se invoca la garantía de indemnidad del representante sindical (arts. 55.5 ET y 108.2 de la LPL) que impide diferencias de trato por afiliación o actividad sindical. Otros vieron la presencia de una flagrante discriminación (art. 14 CE). Incluso hubo algunos que opinaron que influyen los arts. 7, 35.1 y 41 de la CE (a veces también se ha alegado el artículo 40.1 CE). Con respecto al reconocimiento del *Derecho a* la Seguridad Social, no se acepta que por ser un medio fundamental de vida la actividad desarrollada por el sindicalista tenga necesariamente que tener derecho al percibo de la prestación pública, pues además de ser un derecho de *estricta* configuración legal, en nuestro régimen público —en el actual momento histórico— no se contempla el acceso a esta prestación por desempleo a ciertos sujetos, sin que ello suponga lesión de aquel derecho. La justicia ordinaria [39] y la constitucional[40] llegan a la conclusión de que no se produce lesión de ninguno de los derechos arriba recogidos y que, al final, las propuestas que se formulan son más bien de *lege ferenda*[41] que derecho vigente. Los propios textos judiciales vienen a decir de manera repetitiva cómo la solución está en manos del legislador ordinario, que puede configurar si así lo considera oportuno el reconocimiento a la prestación por desempleo del cargo sindical (o del político).

En aquellas resoluciones se nos indicaba que en ningún caso se puede incorporar al contenido adicional de la libertad sindical el derecho al percibo del desempleo[42], ni hay norma internacional que así lo exija (ni en el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, ni el Pacto de de-

---

[39] Que en ningún momento plantea una cuestión de inconstitucionalidad, al tener clara su argumentación y no dudarse de que no había exigencia constitucional alguna para el reconocimiento del desempleo.

[40] SSTC 44/2004, de 23 de marzo y 234/2005, de 26 de septiembre; ambas son recursos de amparo. La denegación del amparo es contraria a la opinión del Ministerio Fiscal que en ambos supuestos apreció una posible lesión del principio de igualdad y una clara vulneración de la libertad sindical (por no considerar como periodo neutro el que duró el desempeño del cargo de sindicalista). No entendía que si cabían posturas flexibilizadoras para el reconocimiento de situaciones asimiladas al alta en la prestación por desempleo, éstas no se hubieran tenido en cuenta para favorecer la actividad sindical.

[41] O de *iure condendo*, en STSJ de Murcia de 26 de mayo de 1998 (Ar. 2264). Calificándose de *deseable* para evitar el perjuicio en la carrera del seguro social de quien asume responsabilidades como dirigente sindical, en SSTC 44/2004 y 234/2005.

[42] Quedando en lo que algún Tribunal ha denominado *el entorno periférico* que está extramuros del contenido esencial (art. 28.1 Ce y artículo 2 LOLS) y adicional de la libertad sindical y que, por ello, permite tratamientos jurídicos distintos que están al margen del derecho fundamental, en el sentido de que quedan fuera de su protección como tal derecho fundamental.

rechos civiles y políticos de 1977, ni tampoco se contraría el Convenio núm. 87 de la OIT sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, ni el Convenio núm. 98 sobre el Derecho de sindicación y de negociación colectiva). Tampoco se aprecia discriminación en el hecho de no equiparar como situación asimilada al alta la del car go sindical sin reconocimiento de excedente a diferencia de lo que sucede con el trabajador que sí se encuentra en excedencia forzosa [43] (al que sí se le incluye en las situaciones asimiladas al alta). El último es un trabajador por cuenta ajena el primero no; el trato diferenciado otorgado por la norma se aprecia como criterio válido, no arbitrario, y que cuenta con una motivación objetiva y razonable en función de que el sujeto se encuentre o no en situación de excedencia forzosa [44].

Otras argumentaciones sustentadas en diversas leyes que regulan la excedencia forzosa, artículo 9.1.b) LOLS y artículo 46.4 ET, buscaron la equiparación del cargo sindical a la del trabajador por cuenta ajena. En este supuesto hay que recordar que la LOLS se refiere al caso de car gos electivos en el nivel provincial, autonómico o estatal de un sindicato más representativo ofreciendo mayor garantía (o privilegio) a estos sujetos en atención a su representatividad, cuestión que no precisa el articulo del Estatuto de las Trabajadores por lo que se ha interpretado que es de aplicación para otras organizaciones sindicales. Pero se trata de una causa de suspensión del contrato de trabajo que durará mientras se esté en el ejercicio del cargo representativo, no siendo extrapolable a otros vínculos jurídicos.

En una interpretación extensiva de la norma que contiene excepciones a la retroacción del periodo de ocupación previsto en el último de los artículos mencionado[45], mediante diversas circulares de la Dirección General del INEM —e Instrucciones del or ganismo— se incluye a la excedencia forzosa por cargo sindical como situación asimilada al alta, en los términos del artículo 2.1.a) del RD de la prestación por desempleo, aplicándose a este periodo la doctrina del paréntesis para el cómputo de las cotizaciones, retrotrayéndose a las cotizaciones anteriores [46] (retroacción

[43] Con lo que ello supondría de permitir la retroacción del periodo de cotizaciones. Contemplan como situación asimilada al alta en estos casos de la excedencia forzosa tanto el artículo 36.1.2.º del Reglamento General de sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social aprobado por RD 84/1986 como, ya en concreto referido a la prestación por desempleo, el artículo 2.1.a) del RD 625/1985 que regula la protección por desempleo. En este sentido se dictó la Circular de 16 de marzo de 1993 de de la subdirección general de servicios técnicos del INEM (que reconocía como de ocupación cotizada la situación de excedencia forzosa en que el contrato de trabajo se encuentra suspendido para el reconocimiento, cuantía y duración de la prestación contributiva o subsidio).

[44] STC 44/2004.

[45] Incluso considerando computables los periodos cotizados al desempleo de quien está en excedencia laboral forzosa durante el ejercicio del car go representativo.

[46] Circular de la DG del INEM de 24 de julio de 1992 e Instrucción de la SG de prestaciones de 30 de marzo de 1993, complementadas por los Informes jurídicos de 12 de febrero de 1996 y 24 de noviembre de 1998.

que se produce por el tiempo equivalente al que el trabajador permaneció en la situación asimilada al alta del artículo 3.5 RD 625/1985, de 2 de abril). Pero se exige en este supuesto el reingreso del excedente forzoso y que para la lucrar la prestación éstos vean extinguida su relación laboral por las circunstancias que colocan al trabajador en situación legal de desempleo o fuera imposible el reingreso (por ejemplo por desaparición de la empresa). Sin embargo, para quienes no estuvieran en esa situación de excedencia forzosa no se les aplicaba la teoría del paréntesis, impidiéndose el percibo de la prestación si se carecía de los periodos mínimos de carencia que señala el artículo 210 de la LGSS en el momento de solicitar la prestación contributiva [47], o reconociéndose una prestación ajustada a las cotizaciones correctamente efectuadas sin tomar en cuenta el periodo en el desempeño del cargo de sindicalista, ni permitiendo interpretar como neutro aquél —en el sentido de posibilitar el disfrute de derechos generados por cotizaciones a la contingencia del desempleo en el trabajo anterior [48]—. Para computar el periodo de ocupación cotizada la doctrina judicial entendía que no se puede tomar en cuenta el tiempo en el que se prestan servicios para el sindicato sin existir relación laboral. Ni cabe el reconocimiento (art. 208 LGSS), ni tampoco la reanudación de la prestación interrumpida pues quien lo solicita tras el cese en un cargo sindical no se encontraba en situación legal de desempleo [49] (art. 212.3 LGSS), no cumpliéndose el requisito del alta o situación asimilada al alta del artículo 207.a) LGSS.

Tampoco se admite la posibilidad de lucrar el desempleo cuando el trabajador no reanuda la actividad laboral en su trabajo, retomando su situación laboral anterior como trabajador del mismo sindicato —que era el empleo previo a la dedicación como sindicalista [50]—, ni consiguientemente acontece una causa extintiva que permita considerar a la persona en situación legal de desempleo. En este concreto supuesto se aprecia la falta de la exigencia de la reincorporación del artículo 48.3 ET , que no se produjo ni su aspecto formal (solicitud), ni en el material (reincorporación).

Como ha quedado dicho en las páginas precedentes la incorporación en el disfrute de la prestación por desempleo de ciertos car gos políticos y sindicales en combinación con la precisión clarificadora de la DA 2.ª del RD 1108/2007, de 24 de agosto, permite aplicar la doctrina del paréntesis y tomar en cuenta las cotizaciones al desempleo efectuadas en periodos previos al desempeño del cargo. Lo que supone la posibilidad del recono-

---

[47] Así STSJ de Valencia de 19 de julio de 2001 (Ar . 3184).

[48] En este sentido STC 44/2004, de 23 de marzo.

[49] Así STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 2001 (Ar . 496), que tampoco permite su equiparación con la situación suspensiva del trabajo por cuenta propia de duración inferior a un número de meses (negando la aplicación paralela a lo dispuesto en el artículo 212.3 b en relación con la letra d del apartado primero).

[50] STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2005 (Ar . 39580/2006).

cimiento del desempleo para quienes inmediatamente tras la aprobación de la reforma legal lo soliciten siempre que efectivamente hubieran cotizado a esta contingencia, aunque fuera en periodos anteriores al desempeño del cargo sindical o político. Con esta solución el legislador da su contestación a aquellas respuestas judiciales que durante años impidieron el acceso a la prestación por desempleo de los mencionados cargos e impide que en el *ínterin* hasta que transcurran periodos máximos y/o completos de cotización por desempleo cuando se desempeñan aquellos cargos político o sindicales (2.160 días) pudiera darse nuevamente la respuesta negativa de concesión de la prestación o el reconocimiento de su duración fuera menor.

3. LA APERTURA DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL RGSS

De todos es sobradamente conocido cómo el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) se convirtió muy pronto en régimen de acogida para proveer la protección ante situaciones de necesidad. Lo hizo mediante su apertura a relaciones carentes de las notas que definen el trabajo por cuenta de otro, permitiendo así que los sujetos protegidos por el mismo no fueran sólo aquellos trabajadores por cuenta ajena sino también otros. La técnica jurídica utilizada fue la de inclusiones puntuales realizada a favor de sujetos a los que se ha venido denominando *asimilados a trabajadores*. La lista de inclusiones por el proceso de asimilación es larga, normalmente se realizaba a través de disposiciones reglamentarias si bien algunas veces, como el caso que nos ocupa, se ha preferido utilizar normas con rango de Ley. Por otro lado, no en todo caso se producirá un inclusión en el RGSS ya que si se trata de funcionarios incluidos por los Regímenes especiales de funcionarios públicos continúan en ellos y también hay que tener presente la exclusión de la prestación por desempleo de ciertos funcionarios está amparada en el Convenio núm. 168 de la OIT, que la permite siempre que gocen de estabilidad en el empleo. Eso significa que si el cargo político municipal, el alto cargo de la administración o el cargo sindical es un funcionario público de carrera no se deberá cotizar por él al desempleo —aunque la nueva Ley silencia este particular— y al finalizar esas situaciones regresara a su puesto funcionarial.

Hemos de recordar que la inclusión en el RGSS de los cargos políticos se habilitó por medio de dos canales, el primero por la vía de suscripción de un Convenio Especial con la Seguridad Social (para Diputados nacionales y de los Parlamentos autonómicos), el segundo, para los representantes en entes locales (art. 75 de la Ley de Bases de Régimen local). Esta última incorporación se ve alterada recientemente (pero se trata tan sólo de un ajuste de armonización normativa) al ampliarse con la Ley 37/2006, de un lado, el sentir literal de la norma más allá de los miembros de las corporaciones locales citando expresamente en la letra

j) del artículo 97.2 LGSS a miembros de las juntas generales de los territorios históricos forales, cabildos insulares canarios y consejos insulares baleares, de otro, en su extensión, ya que ahora acoge no sólo a quienes allí desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva sino también a los políticos locales con dedicación parcial (lo que ya figuraba en el texto de la LBRL desde su versión de 1991 [51]).

Mientras que para los altos cargos de designación política, cuando no eran funcionarios de carrera, se les incluyó en el RGSS por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en su DA 3.ª 2, inclusión que paralelamente reconocía el artículo 97.2 h) LGSS, por la cual se asimilaban al trabajador por cuenta ajena.

La última de las asimilaciones opera al incorporar —con la nueva letra l) del artículo 97.2 LGSS introducida en 2006 por la Ley que comentamos— a los cargos representativos de los sindicatos constituidos al amparo de la Ley orgánica de Libertad Sindical siempre que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y lo hagan percibiendo por ello una retribución. La anterior normativa no regulaba la inclusión de los cargos orgánicos sindicales en el sistema de Seguridad Social[52]. La Administración de Seguridad Social entendió que se producía cierta similitud entre los consejeros de empresas y los cargos sindicales, considerando que éstos últimos habían de quedar fuera de la protección por desempleo. Como hemos tenido ocasión de comentar las sentencias judiciales no sólo apuntalaron esa posición del INEM sino que, además, dejaron claro que los cargos sindicales estaban fuera del RGSS, siendo irrelevante la afiliación o alta realizada (incorrectamente) a la Seguridad Social, si bien ninguna resolución alude a la situación que ello suponía para el Sistema, ni se negaba por laTGSS el acto de encuadramiento y el alta de quien no era sujeto protegido por el RGSS.

La STC 44/2004 puso sobre el tapete posibles vías de integración en la protección del sistema de Seguridad Social [53], con inclusión de la prestación por desempleo: 1.— expresa determinación legal, 2.— vía reglamentaria según lo que prevé el (anterior) artículo 97.2 l) LGSS, mediante Real Decreto que los asimilara a trabajadores por cuenta ajena, 3.— siguiendo el artículo 125.1 LGSS regulándolo a través de un convenio especial, 4.— con el criterio de la DF 5.ª 1 LGSS, inclusión en la cobertura de desempleo a través de Real Decreto o 5.— por otro cauce que el le-

---

[51] Introducido inicialmente por la reforma de la Ley 1 1/1991, de 21 de abril, redacción que fue mejorada y clarificada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

[52] Las SSTC 44/2004 (en su FJ 4.º) y 234/2005 (FJ 2.º) lo recordaban, ni « *a efectos de la protección por desempleo ni del resto de contingencias protegidas»*.

[53] Después reproducidas por la STC 234/2005 que reitera la doctrina de aquella primera resolución.

gislador estime oportuno. Finalmente el legislador ha optado por una Ley que incorpora en el RGSS al cargo sindical representativo, dicha inclusión en el RGSS se configura en *presupuesto necesario* para poderlos introducir como sujetos beneficiarios de la prestación por desempleo. La afiliación es válida desde la aprobación de la nueva Ley (sin perjuicio del amplio reconocimiento que la propia norma hace para las situaciones anteriores a su entrada en vigor [54]).

Lo que sí conviene apuntar con relación a la inclusión en el RGSS de los cargos públicos (políticos municipales o altos cargos) y cargos sindicales, mediante las distintas vías del artículo 97.2 LGSS —letras h), j) y nueva l)—, es que su incorporación a la acción protectora es en régimen de *asimilados* y no permite el cobijo de un contrato de trabajo porque sigue faltando el requisito de la ajenidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 ET [55].

---

[54] La realidad judicial ha venido recogiendo situaciones, relativas a car gos sindicales que a pesar de no ser trabajadores en el sentido laboral del término, ni encontrarse legalmente equiparados a los trabajadores por cuenta ajena e integrados en el RGSS, eran incluidos en él y por ellos se cotizaba, entre otras acciones protectoras, a la prestación por desempleo. Las resoluciones judiciales son precisas en este aspecto. Esto ha sido en la práctica así, hasta el punto que la DT única de la Ley 37/2006 otor ga validez a las cotizaciones por desempleo (apartado 2.º) que, aunque no lo dice la norma, fueron indebidamente realizadas en beneficio de quienes ni se les reconocía la prestación por desempleo ni siquiera podían estar incluidos en el RGSS por carecer de la condición de trabajadores y tampoco habían sido asimilados a aquéllos. La misma idea aparece de soslayo en la DA 2.ª del RD 1108/2007.

Volviendo a aquella DT única no sólo reconoce validez a las cotizaciones por desempleo sino que alumbra un reconocimiento retroactivo de cotizaciones que no podían ser —legalmente— pero se producían en la realidad, reconociendo validez a todas las cotizaciones efectuadas al RGSS por los car gos representativos de los sindicatos constituidos al amparo de la LOLS. Yendo más allá, se llega a otor gar validez también a las prestaciones que hubieran podido percibir o estén actualmente percibiendo sin ceñirse a la protección por desempleo sino a todas las que reconoce el citado Régimen. Esto supone alentar el percibo de prestaciones que antes eran indebidas (pero la DT única, párr 3.º *in fine* de la Ley 37/2006 valida*)*. Esta forma de validar algo más que meras irregularidades de inclusión en el RGSS plantea el grave problema, presumiendo el legislador que todos los car gos sindicales han estado durante años indebidamente integrados en el RGSS. Por lo que decide premiar a quien utiliza el Sistema de Seguridad Social a su «libre arbitrio», pero no sólo eso sino, lo que desde el punto de vista de la seguridad jurídica parece más grave, al castigar a quienes —conocedores y respetuosos con la Ley— no optaron por realizar una indebida inclusión en el RGSS, ya que por no haber cometido la indebida inclusión en el Régimen no disfrutarán de los beneficios que contiene la DT única de la Ley 37/2006. A quienes tampoco se les ofrece la posibilidad de realizar una cotización capitalizada por el tiempo que con carácter previo a la aprobación de la Ley que aquí se comenta desempeñaron dichos cargos sindicales, haciendo extensiva de alguna manera la regla de la DA única de la Ley 37/2006 (aunque limitada a la percepción de la pensión de jubilación) para concejales que ejercieron funciones con dedicación exclusiva con anterioridad a 1985, fecha de la inclusión de estos políticos en el Sistema de Seguridad Social.

[55] Lo que dificulta que se reconozcan prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales.

4. UNA OPCIÓN DE POLÍTICA LEGISLATIVA

La iniciativa legislativa que propicia la aprobación de la Ley 37/2006 parte de una Proposición de Ley a la que se adhieren todos los grupos políticos [56]. Como hemos tenido ocasión de analizar con detenimiento en estas páginas apartar a los cargos representativos locales y sindicales de la prestación por desempleo respondía a que se trataba de relaciones ajenas a la relación de trabajo o empleo en el sentido técnico jurídico que fijaba el artículo 205 LGSS para designar los sujetos beneficiarios protegidos ante esta contingencia. Para el legislador la causa de la exclusión era más debida a razones formales que materiales[57], por ello ahora también reconoce su similitud con el trabajo por cuenta ajena, pudiendo consiguientemente ser *plenamente* equiparados en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social (en su RGSS). Por eso la Ley 37/2006 modifica aquel precepto (remueve los obstáculo legales), incorporando un nuevo apartado 4.º al artículo 205 LGSS en el que incluye como sujetos beneficiarios del desempleo a (1) los cargos electos de las corporaciones locales con dedicación exclusiva o parcial (siempre que perciban retribución), (2) los altos cargos de las AAPP que no sean funcionarios y tengan dedicación exclusiva —salvo que a la finalización de su cargo perciban ingresos vía retribuciones, indemnizaciones u otra compensación— y (3) cargos sindicales representativos que ejerzan funciones de dirección en régimen de dedicación exclusiva o parcial y perciban una retribución.

Se protege el desempleo en los casos de pérdida del cargo pero también cuando manteniendo aquél se pierda definitivamente la dedicación exclusiva o parcial del mismo. Por ello, en coherencia con los presupuestos que informan la prestación por desempleo se exige bien que el cese en el cargo sea involuntario y de carácter definitivo o que —cumpliendo el requisito de la involuntariedad— suponga la pérdida de la dedicación exclusiva o parcial[58] (nuevo artículo 208.6 LGSS). En todo caso el reco-

[56] Su embrión se remonta a una demanda histórica de la FEMP , y su antecedente como impulso final a la llegada a las Cortes Generales proviene de la proposición redactada en el Parlamento catalán para el reconocimiento del desempleo a los miembros de las corporaciones locales, finalmente se presenta como una proposición de Ley signada por todos los grupos parlamentarios el pasado 17 de marzo de 2005, la aprobación definitiva se produjo el 29 de noviembre de 2006, su tramitación y enmiendas puede ser consultada en el BOCG *serie B* y los Diarios de sesiones del Congreso y Senado.

[57] Así aparece el la Exposición de Motivos de la Ley 37/2006, apartado II.

[58] La aplicación práctica nos mostrará hasta qué punto es posible el reconocimiento de una prestación de desempleo parcial para estos cargos (políticos y sindicales) suponiendo una reducción de la jornada que sea *temporal* y siempre que la reducción consista en, al menos, una tercera parte, lo que parece difícil. Esto sin duda generará problemas en los casos de cargos políticos o sindicales con dedicación a tiempo parcial para el reconocimiento de la prestación por desempleo al finalizar el mandato (que ateniéndonos a la letra de la Ley no les será reconocido) pero también hemos de preguntarnos si se permitirá el acceso al desempleo en caso de pasar de la dedicación exclusiva a la parcial —con carácter definitivo— o de una parcial a otra también parcial con disminución de la anterior exigiendo menores horas (como contempla el artículo 203.3 LGSS).

nocimiento de esta prestación hace que quien lo reciba se inserte en la mecánica de las técnicas pasivas-activas del desempleo [59] (estén obligados a la búsqueda de trabajo, se hayan visto reconducidos a su situación de forma involuntaria, etc.).

La norma completa su tratamiento recogiendo aspectos formales relativos a la acreditación de la situación legal de desempleo (que añade un párrafo segundo a la DA 42.ª LGSS) y a la cotización, mencionando los sujetos obligados y el tipo (art. 2 de la Ley 37/2006 [60]).

En referencia a los sujetos protegidos hemos de señalar que la protección abarca a los políticos municipales integrando en esta categoría también a aquellas personas que entren a formar parte del ejecutivo municipal en los municipios de gran población —quienes vienen denominándose por algunos Ayuntamientos *consejeros*—. Posibilidad que nace con la Ley de modernización del gobierno local (Ley 57/2003, de 16 de diciembre). En referencia a los cargos sindicales a nuestro entender no se debe limitar al cargo electivo[61], pues, para quien suscribe estas páginas la democracia sindical interna no se puede circunscribir a la elección pudiendo alcanzar la medida de la de inclusión en el RGSS aprobada en diciembre de 2006 y la posibilidad de lucrar, en su caso, las prestaciones por desempleo tanto al electo (en urnas) como al cargo designado por

---

[59] La inclusión supone el reconocimiento en los términos que con carácter general regula el Título III de la LGSS (arts. 203 a 234) y normas concordantes, obligaciones del perceptor, así como la propia dinámica de la prestación referida al nacimiento, duración, suspensión o extinción, siempre teniendo en cuenta que la pérdida involuntaria de empleo se refiere a la pérdida del cargo, en aplicación de la Ley 37/2006. En este momento la persona se situará en la situación legal de desempleo, siempre que el cese sea involuntario bien por extinción del mandato/designación o bien debido a la pérdida *ante tempus* de la condición representativa. Dicha situación se acredita mediante certificación del órgano competente (de la Corporación Local, Junta General, Cabildo o Consejo Insular, Administración Pública o Sindicato) siendo también necesario adjuntar una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa, ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo.

[60] Que dispone para la cotización por la contingencia por desempleo: (1) quiénes son los obligados a cotizar por la contingencia de desempleo, recogiendo las reglas generales de reparto entre persona incluida en la protección y quien es la entidad que la acoge y donde desempeñan sus cargos —entidad local, administración Pública o sindicato— (2) el tipo de cotización aplicable. En armonía con esa reforma legislativa la Orden de cotización para 2007, incorpora un apartado en el que recoge que los tipos de cotización por desempleo de cargos públicos y sindicales será la correspondiente a la contratación de duración determinada, según sea la dedicación exclusiva a tiempo completo a tiempo parcial. Véase el artículo 31. 2.1.9.º de la Orden TAS 31/2007, de 16 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional (BOE de 19 de enero) Norma que es dictada en desarrollo del artículo 1 15 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007.

[61] La mayoría de la doctrina entiende que sólo se refiere al cargo sindical electivo, armonizando la Ley 37/2006 con las disposiciones de la LOLS, al considerar que por su naturaleza (representativa) los cargos sindicales sólo pueden ser electivos.

quien fue electo para formar parte de las ejecutivas (como sucede entre el político electo y el alto car go). Aunque ello no sea una práctica sindical habitual. Además, debe recordarse que la Ley 37/2006 de alguna manera supera los encorsetamientos de la LOLS y ET, no se limita a los cargos de ámbito provincial o superior sino a todos los car gos en cualquier territorio, pudiendo ser unidades locales o comarcales, ni sólo se refiere al sindicato más representativo. La interpretación coherente de una norma que reconoce el desempleo a los car gos políticos municipales (hayan salido de las urnas o no) así como a los altos car gos de la Administración, que por su propia naturaleza lo son por designación, no permite optar por una interpretación restrictiva cuando se trata del car go sindical (donde la Ley no distingue el intérprete tampoco debe hacerlo, la norma se refiere a éstos como *cargos representativos* de los Sindicatos).

5. REFLEXIÓN CRÍTICA. LA INSUFICIENCIA DE LA REFORMA

La nueva regulación normativa aprobada sí permite acceder sin trabas a cargos sindicales y a ciertos car gos públicos. El anterior reconocimiento, que sólo protegía a quienes gozaban de un empleo estable (laboral o funcionarial) podría suponer para otros sujetos (trabajadores temporales, no asalariados, inactivos, etc.) un auténtico desincentivo para su dedicación a la vida política o sindical. Con la Ley 37/2006 han desaparecido parte de los impedimentos legales que colocaban en diferente posición a las personas que decidían acceder a desempeñar funciones públicas y sindicales. Podemos afirmar que se ha producido una mejora de la acción protectora de nuestro sistema de Seguridad Social y como efecto colateral '(in)directamente' se promueve el desarrollo de los arts. 6 y 7, 23 y 28.1 CE. Desde la óptica del artículo 41 de la CE ha dejado de ocasionarse un perjuicio sobre la protección individual que dispensa el sistema público de Seguridad Social para las carreras de los seguros de aquellas personas que, por su situación personal o contractual, no gozaban del *privilegio* de la excedencia forzosa, ni tampoco ostentaban un empleo público como funcionarios de carrera. La regulación precedente suponía una importante retracción para el ejercicio de funciones que encuentran su soporte en Derechos Fundamentales (arts. 23 y 28 CE), las decisiones legislativas no deberían apartar o disuadir del ejercicio de derechos fundamentales sino que están llamadas a todo lo contrario a fomentar su acción por los ciudadanos, siempre en la medida de sus posibilidades.

El momento de la aprobación de la Ley 37/2006 es oportunista, ya que en mayo de 2007 más de 8.100 municipios españoles verán renovadas a las corporaciones que componen sus Ayuntamientos así como los miembros de los restantes entes locales. Algunos de los miembros de esos entes locales, aquellos que por su entidad hayan tenido car gos con dedi-

cación exclusiva o parcial, se postulan como las primeras grandes cohortes de beneficiarios del cambio legal, pudiendo solicitar la prestación por desempleo siempre que, cesados en sus cargos, se encuentren en una situación legal de desempleo. Lo mismo acontecerá con los altos cargos que sean cesados tanto de entes locales como de los ejecutivos de las CCAA que están llamadas a las próximas elecciones.

Por otro lado, en lo que respecta a los cargos sindicales, tomando como referente la valoración que ha merecido la Ley desde la propia perspectiva sindical ésta ha sido dispar en atención al índice de representatividad del sindicato, ya que la mayoría de sindicatos que no ostentan la condición de más representativos ni de simplemente representativos han calificado la medida como una ayuda más al sindicato legalmente privilegiado, calificándolo de otro beneficio adicional a los que ya poseen. Aunque la verdad es que se trata de una norma que, a diferencia de otras regulaciones previas, no hace distingos en atención a la representatividad sindical. El reconocimiento de la inclusión en el RGSS y de la prestación por desempleo es para todos los cargos representativos de sindicatos e incluso no exige siquiera que el desempeño del cargo lo sea en un nivel provincial o superior[62], incluyendo también a los cargos del ámbito local (mejorando su condición). En este punto la valoración debe ser positiva en tanto en cuanto supone una corrección de una medida que (injustamente) diferenciaba a los cargos sindicales en atención a si tenían el soporte de un contrato de trabajo en suspenso pudiendo pasar a la excedencia forzosa o no.

Hemos de señalar que se detecta una clara ausencia en la regulación normativa en lo que afecta a diputados del Congreso o senadores nacionales[63] o de los Parlamentos Regionales[64] ya que el Convenio especial habilitado (en cada caso) al efecto deja fuera de su cobertura la prestación por desempleo[65]. Esta cuestión será una de las que en el futuro inmediato deba retomar el legislador (que él decidió excluir de esta norma), pues, si es importante el reconocimiento de la prestación al político municipalista en paralelo lo es también la del parlamentario autonómico, nacional [66] o

---

[62] Sin embargo la realidad nos muestra que sólo el sindicato que dispone de fondos públicos puede permitirse cargos retribuidos, mientras que el sindicato que no recibe importantes recursos del Estado (situándose en la financiación propia) no puede retribuir a sus cargos y por lo tanto viene manifestando públicamente que le interesa poco esta medida que reconoce el derecho al percibo de la prestación por desempleo, hasta el punto de criticarla.

[63] En virtud de lo dispuesto en las Órdenes de 29 de julio de 1982 y de 1 de junio de 1988.

[64] Orden de 7 de diciembre de 1981 y RD 705/1999, de 30 de abril (art. 2.2).

[65] Tal y como disponen el arts. 1.2, 9 y artículo 1 1.4 de la Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre, modificada por Orden TAS/3862/2004, de 22 de noviembre.

[66] El argumento tomado por la STS de 25 de octubre de 2005 (Ar . 301) al comparar, entonces para denegar el percibo del desempleo, a concejales con diputados, senadores y miembros de los Parlamentos autonómicos (FJ 2.4.º) hace que sea preciso urgir una reforma normativa que reconozca la prestación por desempleo de estos últimos.

europeo. No se observan razones para dejar fuera de la extensión a estos políticos[67]. La llamada *profesionalización* de la política (que es hoy una realidad innegable) hace necesario reconocer la prestación por desempleo a todos los sujetos que se dedican a la *res publica* en régimen de exclusividad o con dedicación parcial, sin importar el nivel territorial en el que operan. Aunque la técnica de inclusión en el Sistema de Seguridad Social de estos otros políticos mediante Convenio especial dificulte el reconocimiento del desempleo, ya que hasta la fecha esa técnica de inclusión dejaba extramuros del aseguramiento a la contingencia por desempleo. Pero ello no es un obstáculo insuperable, quizá se deban aprobar otras herramientas o incluir una excepción en el Convenio especial de aquellos políticos.

Para finalizar, una vez que se ha abierto el acceso al desempleo de aquellos sujetos cuyo vínculo es de carácter electivo o son designados para car gos con responsabilidad directiva de los órganos políticos y sindicales respectivos, la protección por desempleo ofrece nuevos perfiles, ya bastante alejados de una relación laboral, que permiten presagiar cuáles sean los siguientes pasos a dar en esta misma dirección de extensión de la contingencia al desempleo. El más inmediato sería abordar por parte del legislador el estudio de la posibilidad de incluir en la acción protectora por desempleo a quienes son dirigentes de carácter electivo o representativo de diversas asociaciones u or ganizaciones (ONG, asociaciones sin fines lucrativos u otras asociaciones, incluidos los partidos políticos[68]), federaciones deportivas, etc. y, por supuesto, también a quienes ostentan car gos representativos en las asociaciones empresariales —a los que injustamente olvida la norma— o cualquier actividad (no laboral) pública o privada al servicio de una or ganización (ocupando sus cargos de dirección). Eso sí, siempre que ejerciten sus funciones en régimen de exclusividad o a tiempo parcial y efectivamente fueran retribuidos por ellas (más allá del simple reembolso de los gastos ocasionados).

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER LAGUNA F.: (a) La extensión de la protección por desempleo a los car gos sindicales, RGTSS núm. 13, febrero de 2007, págs. 1 a 16, en www .iustel.com
(b) La extensión de la protección por desempleo a los car gos sindicales, CEF - Rev. de Trabajo y Seguridad Social, núm. 289, 2007, págs. 51 a 64.

ESCUDERO ALONSO L. J.: «Relación laboral y desempleo de los car gos políticos y sindicales», web. Rev. Graduados Sociales.

[67] Estando ahora en un momento histórico diferente a los pronunciamientos de las SSTS de 2 y 12 de noviembre de 1982 (Ars. 6469 y 6690), 1 1 de julio (Ar. 4154), que negaban a los cargos políticos de Comunidad Autónoma esta acción protectora.

[68] Cuando sólo se desempeñen funciones ejecutivas *ad intra* sin poseer, al tiempo, representación pública.

IGLESIAS CAVERO M.: «Estatuto jurídico de los cargos municipales de elección popular. Aspectos laborales y de Seguridad Social», Poder Judicial, núm. 62, 2001, págs.455 a 471.

PANIZO ROBLES J. A.: «Novedades de Seguridad Social al inicio de 2007», Rev . De Trabajo y Seguridad Social CEF, núm. 287, 2007, págs. 62 a 66.

PÉREZ YÁÑEZ R.: Comentario de urgencia a las recientes reformas en materia de protección por desempleo. La nueva Renta Activa de Inserción y la extensión de la protección por desempleo a cargos públicos y sindicales, Relaciones Laborales núm. 2, enero, 2007, versión electrónica.

RAMOS MARTÍN R. D.: «El derecho a la protección por desempleo de los car gos públicos cesantes», Información Laboral, núm. 5, 1999, págs. 3 a 14.

TÁRRAGA POVEDA J.: «El derecho a desempleo de los liberados sindicales y la garantía de indemnidad. Comentario de la STC 44/2004, de 23 de marzo», RDS, núm. 26, abril-junio, 2004, págs. 1 15 a 125.

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA CAPITALIZACIÓN POR DESEMPLEO Y EL TRABAJADOR AUTÓNOMO: BALANCE HISTÓRICO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

FERNANDO MORENO DE VEGA Y LOMO
PTEU. Doctor en Derecho
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. BALANCE HISTÓRICO.—3. PREVISIONES DE FUTURO.—4. UN APUNTE ESTADÍSTICO.—5. EPÍLOGO.

1. INTRODUCCIÓN

No ofrece duda el hecho de que la tutela frente a la contingencia que representa el desempleo es una de las más enraizadas en nuestro sistema de protección social; ahora bien, aun contando con la certeza de esta afirmación, todavía hoy en día se ciernen notables dudas sobre cuál es verdaderamente el tipo de desempleo a proteger y , lo que es más importante, cuál es la finalidad última de este instrumento de cobertura. Recordemos brevemente los aspectos más destacables que subyacen en el abordaje de estas cuestiones.

En lo que concierne a la modalidad de paro cubierta, la misma viene identificada en el paro forzoso que no en el de carácter voluntario, es decir, quedan cobijados bajo el manto de cobertura quienes ya accedieron al mercado de trabajo aunque, como regla clásica, han visto extinguida su relación laboral, pero no quienes aún no han traspasado las fronteras de ingreso en el mismo y buscan, por ende, una primera ocupación.

Por otro lado y en lo que atiende al espíritu de la protección, creo que desde siempre el mismo se ha basado en una acometida por hacer más sugerente la pronta reincorporación a la situación de activo, obviando en consecuencia aunque sin por ello dejar de reconocer un cierto postulado por recompensar, siquiera sea parcialmente, el salario dejado de percibir desde el preciso instante en que llega a término la relación laboral.

Estas dos reflexiones, indubitadas con mayor o menor grado de influencia o tecnicismos legales con el paso de las décadas, plantean un singular juego interpretativo cuando se ponen en contacto con un peculiar elemento subjetivo a efectos de su consideración como posible sujeto beneficiario de tales prestaciones: el trabajador autónomo. La explicación podría canalizarse en que, de una parte, los trabajadores por cuenta propia han sido tradicionalmente exceptuados de la titularidad de esta prestación debido a la ausencia de esa necesaria y previa relación asalariada y dependiente a la cual circunscribir el ya mencionado paro forzo-

so; ahora bien, postulando ese objetivo último de proteger pensando más en una probabilidad de empleo futuro que de contingencia pasada, no acierto a comprender el por qué no intentar al menos la vertebración de un mecanismo de tutela de similares parámetros operativos en aras del trabajador autónomo.

El testigo de esta iniciativa, lo recoge ya el legislador en el nuevo proyecto de Estatuto a favor del trabajo autónomo; no obstante y más allá de elucubraciones futuras al respecto y sobre las que habrá ocasión de reflexionar y pronunciarse más adelante, conviene en el presente instante centrar nuestra atención en el que desde el comienzo de los tiempos, coloquialmente hablando, ha sido el punto de conexión más claro entre el desempleo y los autónomos: la capitalización (pago único) de la prestación por desempleo, como símbolo evidente de una de las principales relaciones de amor y odio en el ámbito del sistema institucional de la Seguridad Social.

2. BALANCE HISTÓRICO

El punto de partida de nuestra visión retrospectiva, adopta como base el Real Decreto 1044/1985 por el que se desarrolla la modalidad de pago único en desempleo, el cual, en su exposición de motivos, es firmemente ilustrativo sobre la finalidad de esta prerrogativa por promover la iniciativa de autoempleo tanto en lo que concierne al trabajo por cuenta propia como en relación a la posible incorporación a algún régimen societario [1]. Así las cosas y como es fácilmente apreciable, en el mismo origen de la habilitación normativa del pago único está el nexo de conexión respecto al trabajador autónomo, y no tanto por esa expresa referencia a la iniciativa de autoempleo —en mi opinión predicable más bien del *modus operandi* para obtener ocupación que de la tipología de la misma una vez que se entra en la *praxis*— sino por esa mención, en primer término además como se reitera en el texto del artículo 1.1, al trabajador por cuenta propia como posible sujeto beneficiario[2]. Ciertamente, no cabe apreciar un carácter excluyente sino puramente alternativo respecto a la operatividad en regímenes societarios; eso sí, su mera ubicación formal ya parece una declaración

[1] «*La disposición mencionada fundamenta la elaboración de la presente norma, que tiene por finalidad propiciar la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados, facilitando la realización de un trabajo por cuenta propia o la incorporación como socios a cooperativas de trabajo asociado o a sociedades laborales, a aquellas personas que hubieran perdido su trabajo anterior*» (párrafo segundo). No obstante, hay sectores doctrinales que discrepan con esta naturaleza jurídica; a modo de ejemplo, *vid*., J. LUJÁN ALCARAZ: «Los incentivos del autoempleo», *Aranzadi Social*, 2000, núm. 8.

[2] «*(…) podrán recibir de una sola vez, el valor actual del importe de la que pudiera corresponderles en función de las cotizaciones efectuadas, cuando acrediten ante el INEM que van a realizar una actividad profesional como trabajadores autónomos o socios trabajadores (…)*».

de intenciones en torno a las opciones de acceso y su correspondiente reflejo en la vertiente activa de la política de empleo.

El segundo estadio evolutivo toma como referencia temporal, si bien siempre en términos aproximativos, el comienzo de la década de los noventa (s. XX). Atraviesa por aquel entonces el país una difícil situación de desequilibrio financiero básicamente asentada en un alto nivel de desempleo en ciertos grupos de población que lleva aparejado un evidente sobrepeso en la asignación presupuestaria para la cobertura de tal situación de paro [3]. En este orden de cosas y ante la práctica imposibilidad del Estado para inyectar las cifras de población activa, se ve obligado éste a obrar un vuelco en el estado de la cuestión mediante la articulación de medidas de choque entre las que destaca, normativamente hablando, la Ley 22/1992 de « *medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo»* que, en materia de capitalización, suprime las opciones de repercusión a favor de autónomos[4] bajo el único presupuesto acreditativo de favorecer la economía social [5]. En mi opinión, esta circunstancia merece dos reflexiones críticas.

La primera, toma cuerpo en el hecho de afirmar que la exclusión de los autónomos bajo el objetivo ficticio y encubierto de favorecer con ello a otros hipotéticos beneficiarios de esta medida —léase los partícipes de actividades en régimen de economía social— en vez de referirse al cometido real de disminuir el número de posibles beneficiarios [6], no sólo impregna los actos del legislador de un cierto cinismo sino que, además y muy posiblemente, no logre los resultados perseguidos puesto que, por poner un ejemplo simple, el Estado se vería obligado a consignar idéntica cuantía si todos los potenciales autónomos pasaran a ser finalmente aspirantes a un modelo de trabajo en régimen societario [7].

---

[3] A mayor abundamiento sobre este genérico panorama socioeconómico, *vid*., J. Arango Fernández: *La protección por desempleo en España*, CES, Madrid, 1999 y P. Tobes Portillo: «Evolución del gasto en protección al desempleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2000, núm. 21.

[4] «*Quedan suprimidas las referencias a trabajadores autónomos y la promoción del trabajador autónomo del número 1 del artículo primero y artículo sexto, respectivamente, del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento del empleo»* (disposición adicional segunda).

[5] «*El abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único que regula el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, con el fin de potenciar la economía social, se mantiene vigente para quienes pretendan realizar una actividad profesional como socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado o sociedad anónima laboral, y se suprime para el resto de los colectivos»* (exposición de motivos, apartado 4, primer párrafo).

[6] En similar línea interpretativa en orden a resaltar el objetivo de diferir el gasto que este medio de protección conlleva, *vid*., I. Cebrián López (y otros): *Protección social y acceso al empleo,* CES, Madrid, 1996.

[7] En tónica igualmente crítica con esta opción legal, *vid*., C. Navarro Gallel y S. Castán Asensio: «Principales innovaciones introducidas por el Real Decreto Ley 1/1992 en materia de fomento del empleo y protección por desempleo», *Actualidad Laboral,* 1992-2, págs. 432-433.

En segundo lugar, ¿interpreta el legislador que sólo es trabajo productivo el desarrollado en régimen de economía social pero no el ejecutado por cuenta propia? Realmente no es así si tenemos en cuenta que los autónomos crean puestos de trabajo, pagan impuestos, cotizan a la Seguridad Social, etc. Por ello, una cosa es entender que la difícil tesitura de la época exigiera medidas drásticas para equilibrar el panorama económico social y otra muy distinta concebir , por un error de juicio, que una medida de acción claramente productiva se convierte en *contra natura* desde el punto de vista de la realidad empírica; para muestra y presentado en términos interrogativos: ¿cuántas veces el legislador se preocupó de poner en una balanza estos ingredientes y así calibrar la proporcionalidad entre el acto jurídico de capitalizar una prestación por desempleo y la productividad que ello puede suponer en un posterior trabajo autónomo que quizá dure toda una vida?

El tercer paso en este proceso evolutivo, viene informado en términos de Derecho objetivo por la Ley 50/1998 de *acompañamiento* a la de Presupuestos Generales del Estado para 1999, en cuya exposición de motivos[8], ulteriormente desarrollada a los efectos de la materia que nos ocupa en el artículo 31 de la propia norma [9], destaca una escueta referencia que posibilita lo que, a mi juicio, es una vuelta parcial a los orígenes en el sentido de legalizar esta prerrogativa de capitalización a favor de ciertos trabajadores autónomos, concretamente aquellos que formalmente acrediten la condición de minusválidos [10].

Nos hallamos, así las cosas, ante un nuevo exponente de reforma articulado sobre la base de un presupuesto de discriminación positiva cuyo objetivo último parece más que claro: favorecer el autoempleo. Ahora bien, con todo y con ello creo que es una propuesta criticable no tanto desde el punto de vista de su loable sentido finalista sino más bien desde la perspectiva de la ar gucia temática sobre la que trata de institucionalizarse, esto es, el concepto o condición de minusválido; ¿acaso pien-

---

[8] «*En el orden social, se adoptan en el Título II medidas relativas al procedimiento de la Seguridad Social y a la acción protectora de la misma (…). En relación con la acción protectora y respecto de la protección por desempleo, se adoptan medidas de fomento del autoempleo de los trabajadores minusválidos*» (apartado III).

[9] «*Se incluye a los trabajadores minusválidos que se conviertan en trabajadores autónomos en el ámbito de aplicación del número 1 del artículo 1 y artículo 6 del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único como medida de fomento del empleo*».

[10] Esta circunstancia conlleva la problemática añadida que genera la ausencia de un concepto unívoco en torno a tal condicionante; *vid*., C. Viqueira Pérez y F. Ballester Laguna: «El pago único de la prestación por desempleo. Puntos críticos», *Revista de Derecho Social*, 1999, núm. 8, pág. 62. A este respecto, la doctrina parece decantarse a favor de su interpretación no meramente condicionada por una afección a la capacidad laboral sino más bien ensancharla hasta los límites de la integración social; *vid*., B. Alonso García: *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Cívitas, Madrid, 1997, págs. 54 y ss.

sa el legislador que la actividad por cuenta propia sólo será productiva cuando su protagonista venga personalmente informado por la condición de minusválido? Una respuesta positiva, sería el gran detonante para hablar de una meridiana discriminación *contra legem* y *contra natura*.

En consecuencia y a modo de reflexión personal, este intento por retomar las opciones de beneficio por los autónomos minusválidos de una hipotética capitalización viene indebidamente presentada en 1998, pues trata de enmendar el error forzado por la norma anterior pero sólo parcialmente, como una especie de acometida por escurrir el bulto; además, ¿por qué no haber mantenido este mismo trato de favor en 1992 si la causa es tan noble que merece ser mantenida siempre sin pensar en sacrificios económicos?

El cuarto pilar temporal en el *iter* histórico de esta singular opción legislativa, fija sus cimientos en el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, sobre «*medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad*». En su exposición de motivos, queda fiel constancia que los países de la Unión Europea deben articular la protección por desempleo no sólo mediante prestaciones económicas que vengan a compensar el lucro cesante que origina una tesitura de paro forzoso sino también a través de la puesta en marcha de procesos formativos que ayuden a los desempleados en su objetivo de lograr rápidamente una nueva actividad; la pregunta sería: ¿qué aporte debe tener en esta sana declaración de intenciones un supuesto de capitalización en beneficio de los trabajadores autónomos?

La respuesta a este interrogante, queda materializada en una nueva opción para el disfrute de esta medida que, objetivamente, se presenta como una modalidad de pagos parciales de la cuantía que legalmente corresponda y cuyo objetivo es hacer frente a las cotizaciones que, sin embargo, se mantienen en base a la titularidad de la prestación y que, subjetivamente, amplía su ámbito de influencia a los autónomos no minusválidos [11].

Con independencia de las dudas que genera, incluso desde un plano estrictamente formal, la presentación de esta medida como un nuevo exponente de *capitalización*[12], lo cierto es que sobre este novedoso planteamiento legal son aplicables, en términos coloquiales, tres cuartas partes de los errores que sobre política operativa eran ya apreciables en las reformas previas ya comentadas, y ello porque esta nueva iniciativa en or-

[11] «*Lo previsto en la regla segunda también será de aplicación a los beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo, que pretendan constituirse como trabajadores autónomos y no se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33 por 100*» (disposición transitoria 4.ª, apartado 1, regla tercera del Real Decreto Ley 5/2002).

[12] A modo de ejemplo, *vid*., I. Albiol Montesinos y A. Blasco Pellicer: *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto Ley 5/2002,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pg. 38.

den a la extensión del campo subjetivo de la capitalización se apoya en condicionantes personales, no estrictamente laborales, que dejan al descubierto una total ausencia de justificación respecto a su exclusión —para los no minusválidos, cabe insistir— de la vertiente típica del pago único.

Ciertamente y como tesis a defender —sirva ya de paso como crítica a este postulado recién comentado— cualquier intento de discriminación positiva en orden a los beneficios de una determinada figura legal debe fundamentarse directamente en aspectos de la actividad productiva o, como mucho, en motivos personales que a ciencia cierta tendrán una repercusión *a posteriori* sobre el plano puramente laboral; lo contrario, como deja traslucir precisamente este supuesto, supone que el entramado jurídico degenere en un error por exceso que conduce a una verdadera discriminación contraria a la legalidad al tratar con desigualdad situaciones que en sí mismas son iguales, pues los requisitos jurídicos para la práctica de una actividad por cuenta propia son idénticos para cualquier sujeto potencialmente protagonista, sea minusválido o no. Esta circunstancia *in fine* conlleva una evidente trasgresión de los postulados del Tribunal Constitucional en la materia [13].

El quinto y último segmento temporal en la evolución histórica que conecta precisamente con la situación actual, queda normativamente institucionalizado en la convalidación del ya mencionado Real Decreto Ley 5/2002 mediante Ley 45/2002, de 12 de diciembre, con presentación general bajo idéntico epígrafe. El paso adelante que la misma oferta en materia de extensión del elemento subjetivo de beneficio, queda fijado en que también los autónomos no minusválidos pueden acceder a la opción primaria de capitalización informada por los patrones de un pago único de carácter material y monetario si bien limitado a un tope máximo del 20 por 100 del importe de la prestación que reste por percibirse [14].

Sea como fuere, parece obvio que no desde el punto de vista formal sino más bien desde la perspectiva finalista del logro a obtener , nos movemos en una dinámica parecida de la que, en términos de exégesis, quizá haya que extraer que el legislador no quiere llegar a dar el paso definitivo que equipare el régimen de cualquier autónomo en sus opciones de acceso a una capitalización del desempleo, aseveración que en última instancia supone una antítesis respecto al objetivo último de fomento de la actividad productiva, sea asalariada o autónoma, en su caso.

---

[13] A modo de ejemplo y entre otras muchas, *vid*., STC 3/1983, de 25 de enero.

[14] «*Lo previsto en las reglas 1.ª y 2.ª también será de aplicación a los beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo, que pretendan constituirse como trabajadores autónomos y no se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33 por 100*.

En el caso de la regla 1.ª, el abono de una sola vez se realizará por el importe que corresponde a la inversión necesaria para desarrollar la actividad, incluído el importe por las cargas tributarias para el inicio de la actividad, con el límite máximo del 20 por 100 del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo pendiente por percibir» (disposición transitoria 4.ª, apartado 1, regla 3.ª Ley 45/2002).

En conclusión, y como reflexión personal, la evolución de los grandes acontecimientos históricos en materia de capitalización queda plasmado en el siguiente cosido de argumentaciones: con el inicial reconocimiento de esta prerrogativa legal, se incorpora abiertamente como posible beneficiario el trabajador autónomo en un claro exponente de responder a los dictados de la política activa de fomento del empleo, sin embargo y consecuencia del desequilibrio económico de comienzos de los noventa, se suprime tajantemente tal opción al objeto de centrar los esfuerzos en el plano hipotéticamente más interesante de la economía social. A partir de aquí, se suceden continuas reformas que tratan de enmendar este error , basándose en unos casos en circunstancias personales del sujeto (minusvalía) o bien materiales de la protección (pagos parciales o cuantía única limitada a los no minusválidos) que como denominador común no llegan en ningún caso a una reposición absoluta del estado de la cuestión en los términos originariamente planteados allá por el año 1985 y aun cuando tal opción, debo insistir , es claramente viable si se pone el acento en el fomento del empleo y, por ende, de los futuros niveles de productividad. Llegados a este punto, la pregunta es ¿qué puede ocurrir en el futuro?

3. PREVISIONES DE FUTURO

Resulta un hecho cierto el comprobar que, tanto desde el punto de vista económico como social, la figura del trabajador autónomo no coincide con la institucionalizada algunas décadas atrás. Históricamente, la actividad por cuenta propia se circunscribe al pequeño comercio mientras que, en la actualidad y a buen seguro de cara al futuro, amplia sus horizontes en actividades de un novedoso y provechoso valor añadido que progresivamente parecen querer apartarse del retrógrado canon *fordista* en la concepción de la relación de trabajo en favor de una dinámica mucho más abierta y progresista[15]. Sea como fuere, la gran conclusión pero que al tiempo opera como punto de partida de cara a las expectativas que cabe esperar del trabajo autónomo es que, hoy en día, cualquier ciudadano puede valorar , y llegado el caso optar, por su autodeterminación, aspecto que si efectivamente se confirma a corto-medio plazo en términos estadísticos, les otor ga el derecho a convertirse en auténticos acreedores de un Derecho y nivel de protección social cuando menos semejante al de los asalariados [16].

---

[15] A mayor abundamiento sobre esta reflexión, *vid*., M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: «El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, 2000, núm.s 7 y 8.

[16] « *Aunque es cierto que los autónomos son empresarios (…) no es menos cierto que también son trabajadores (…) en tanto que aportan su personal trabajo, y demandan un nivel de protección que tienda a converger, o al menos aproximarse, con el de los asalariados o trabajadores por cuenta ajena»* (J. I. GARCÍA NINET: «A modo de avance de un proyecto de ley esperado, novedoso y problemático: la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo», *Tribuna Social,* 2006, núm. 190). Tal idea, queda textualmente reflejada en la exposición de motivos (apartado II) del mencionado proyecto de Ley .

Llegados a este punto ¿cómo encaja en este nuevo contexto regulador la opción de capitalizar la prestación por desempleo en tanto posible vía para la promoción del trabajo autónomo?

Inicialmente, en el marco normativo que representa esta pionera iniciativa enmarcada en la Unión Europea [17], no aparecen con carácter específico referencias expresas sobre tal prerrogativa, aspecto que, en cualquier caso, no conlleva con carácter necesario la total ausencia de ingredientes interpretativos que posibiliten una reflexión sobre el estado de la cuestión. Así las cosas, en mi opinión hay tres enclaves normativos que, en mayor o menor medida, conectan con nuestro postulado temático; a saber: la política de fomento del trabajo autónomo, el apoyo financiero a diferentes iniciativas económicas y la prestación por cese de actividad.

La primera variable temática tiene cabida a través del más específico objetivo a favor de «*facilitar y apoyar las diversas iniciativas de trabajo autónomo*»[18]. Aunque no se hace constar expresamente el tenor de dichas medidas de apoyo, los dictados de la lógica mandan que un importante calado de las mismas sea en términos financieros y , en este contexto, resulta indudable que la modalidad de pago único para la prestación por desempleo puede y debe interpretarse como una importante inyección de los poderes públicos [19] en aras del fomento de la productividad.

Conectando precisamente con el espíritu finalista de esta inicial previsión, se postula en segundo término de *lege ferenda* una referencia específica de apoyo a las iniciativas económicas que, aunque prioritariamente se materializan en programas de ayuda financiera, ello no obsta el pensar que, como una ramificación de las mismas, puedan operar las expectativas de capitalización en la cobertura por desempleo; así lo demuestra sin ir más lejos su común objetivo de garantizar la viabilidad futura de proyectos probadamente beneficiosos en términos de productividad[20].

---

[17] *Vid*., S. Del Rey Guanter: «Algunas características esenciales del proyecto de Estatuto del trabajo autónomo», *Documentación Laboral,* 2006, núm. 77, pg. 9. Véase igualmente la referencia textual de la exposición de motivos (apartado I).

[18] *Vid*., artículo 27.2.b) proyecto de Estatuto a favor del trabajo autónomo.

[19] «*El compromiso personal e individual con la sociedad que, sin duda, supone el emprendimiento exige y merece el compromiso recíproco de la Administración para promover y facilitar el desarrollo de la actividad económica*» (S. Reyna: «Políticas para el fomento y la promoción del autoempleo individual», *Documentación Laboral,* 2006, núm. 77, pg. 40). No obstante, valga en este punto el dato de que los autónomos han sido tradicionalmente muy críticos con la acción de la Administración para el impulso y regulación de las actividades por cuenta propia; a mayor abundamiento, *vid*., A. Zurdo Alaguero: «El trabajo autónomo: una aproximación cualitativa. Avance de resultados», *Documentación Laboral,* 2006, núm. 77, págs. 66-68.

[20] *Vid*., artículo 29 proyecto de Estatuto a favor del trabajo autónomo.

Finalmente, la prestación por cese de actividad. Como se recordará, no es la primera vez que en este trabajo se trae a colación esta novedosa opción de política legislativa pues ya fue aludida en términos introductorios como un primer gran exponente de conexión entre cobertura por desempleo y trabajador autónomo; no obstante, ahora es el momento de incidir con un tenor más expreso en su propuesta de futuro, especialmente en aquello que pueda arbitrar una ligazón con la modalidad de pago único para el abono de tal prestación.

Desde la perspectiva que enmarca la esencia o espíritu protector , la medida contenida en la disposición adicional cuarta del proyecto de Estatuto a favor del trabajo autónomo [21] es de una evidente notoriedad, pues si pionera es la iniciativa por crear una norma de estas características, originaria es también la opción que el mismo proclama para una hipotética tutela frente a la contingencia materializada por el paro forzoso a favor de los trabajadores autónomos [22]. El problema, es que la misma queda reconocida en su versión restrictiva de mirada hacia el pasado y cobertura, en consecuencia, ante el lucro cesante que conlleva el término de una actividad, autónoma para el caso que nos ocupa, pero se olvida del a mi juicio más poderoso objetivo último de promover el empleo. Sinceramente, me parece una tendencia claramente criticable pero que, midiendo el peso del otro platillo de la balanza y quedándonos en consecuencia con la lectura positiva, realmente lo que supone es un refuerzo de la idea según la cual la capitalización del desempleo sí que refleja un marcado espíritu de productividad abiertamente vinculable con la esencia del trabajo autónomo.

Así las cosas y como reflexión final en torno a los visos de operatividad de esta práctica legal de aquí en adelante, es cierto que la nueva norma jurídica que trata de amparar una cierta independencia en la institucionalización del trabajo autónomo no contiene referencias a la capitalización del desempleo como vía de apertura a nuevas —tanto en términos de cantidad como, por qué no, de calidad— propuestas de labor por cuenta propia, por ende productivas, sin embargo sí que hace constar una variedad de centros de imputación temáticos, ya sea por el canal específico de la protección social ante desempleo ya por la más genérica concepción del estí-

---

[21] «*El Gobierno, siempre que estén garantizados los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera y ello responda a las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos, propondrá a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad para los mismos, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida*».

[22] Opere ello en respuesta a una de las principales críticas tradicionalmente formuladas por la doctrina en relación a la política del ordenamiento laboral de diferenciar entre *insiders* (asalariados en activo) y *outsiders* (desempleados, precarios y autónomos, básicamente). *Vid*., a este respecto, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.ª E. CASAS BAAMONDE: «El Trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, 2000, núm.s 7 y 8, págs. 75 y 76.

mulo económico para la ocupación, en los que claramente se puede ver reflejado el ideal de esta singular premisa, un dato que, sin duda, permite subrayar la tesis interpretativa a favor de su impulso futuro. Expresado quizá en términos más contundentes, si el intento por promover una regulación independiente del trabajo autónomo persigue, entre otros factores de mayor o menor calado, un impulso en su práctica como exponente nítido de productividad, paralelamente hay que proyectar el recurso a la capitalización del desempleo, pues idéntica es en esencia su finalidad; lo contrario, implicaría no sólo un retroceso al pasado en términos puramente normativos sino también, y esto es lo más grave, una toma de posición *contra natura* de una realidad socio-económica y laboral actual como es el fomento de la productividad. Nunca olvidemos, a este respecto, que el Derecho no es en exclusiva la fría norma jurídica sino también, y antes que nada, la candente y actualizable realidad social que la misma trata de acotar .

4. UN APUNTE ESTADÍSTICO

Siempre resulta de interés, si ello es factible, aportar un fiel reflejo de lo que acontece en la realidad empírica sobre todas estas reflexiones vertidas en páginas anteriores. Así las cosas, desde el punto de vista estadístico llaman poderosamente la atención los siguientes datos [23].

1.º Tomando como referencia la horquilla que materializa la década que transita entre los años 1996-2006, se advierte un notorio incremento en el recurso a la capitalización del desempleo que queda identificado, en términos porcentuales, en un aumento del 93,5 por 100, pues salta de 7.541 capitalizaciones en el año 1996 a 1 15.524 concedidas hasta el mes de octubre de 2006. Este dato habla por sí solo y bien a las claras sobre los parabienes de esta figura con independencia, por el momento, de cuál sea la vía de acceso a la misma, esto es, el impulso en la partida de una actividad autónoma[24] o la incorporación a un régimen societario.

2.º Centrando ya el análisis en la influencia de la prerrogativa sobre el sector de autónomos, se advierte que en 1996 tan sólo el 1,23 por 100 de las capitalizaciones tenían como destino la puesta en marcha de una tarea por cuenta propia[25]. Se trata de un dato *a priori* llamativo pero absolutamente lógico si se tiene en cuenta, recordando con ello el periplo histórico antes presentado, que estamos en un segmento temporal de exclusión

[23] Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (www.mtas.es).

[24] Económicamente, este dato contribuye a explicar por qué el incremento de autónomos discurre en términos paralelos y equivalentes al aumento económico en general, no quedando limitado, por ende, a situaciones de crisis estacionales del mercado laboral ordinario; *vid.,* a este respecto, S. R EYNA: «Políticas para el fomento y la promoción del autoempleo individual», pág. 38.

[25] El montante ordinal se cifra en 93 capitalizaciones de un total de 7.541.

de tales sujetos autónomos respecto al posible beneficio de tal figura, por lo que los expedientes concedidos a tal fin en dicha anualidad han de provenir de la vía jurisdiccional del recurso frente a procedimientos iniciados años atrás en los que lógicamente no tenían vetada tal opción.

Por el contrario y saltando en el tiempo hasta 2006, la conexión entre el pago único en desempleo y el trabajador autónomo se incrementa hasta el 91,22 por 100 [26], materializándose así una diferencia porcentual que expresa un incremento en el recurso a esta figura del 90 por 100.

En el intento de aportar una visión más detallada sobre el análisis estadístico que informa este tramo, especial mención merecen dos datos:

Primero, que a partir de 1999 se rehabilita la opción de capitalización a favor de autónomos gracias a la Ley de *acompañamiento* a la de Presupuestos Generales del Estado de la citada anualidad, circunstancia que, especialmente desde 2000 y como tratando de respetar una suerte de *vacatio legis*, permite superar prácticamente el doble de los abonos ejecutados mediante esta modalidad [27].

Segundo, que a partir de 2003 se posibilita ese otro gran salto, éste realmente espectacular, hasta el punto de convertir esta opción de capitalización a favor de autónomos en la modalidad más empleada —desciende sensiblemente la de sociedades cooperativas y mantiene sus niveles la de sociedades laborales— dentro de lo que representa triplicar el montante total de expedientes concedidos respecto a ejercicios anteriores [28].

3.º Finalmente y por tomar como referencia para el estudio un año en particular, tomemos de base el 2006. El dato más claro que mediante una interpretación sosegada salta a la palestra, es el concerniente a la puesta de manifiesto de una regla inversamente proporcional que cabe presentar bajo los siguientes parámetros: conforme aumenta el número de capitalizaciones concedidas a favor de proyectos de actividad autónoma, progresivamente se reduce el número de días capitalizados por trabajador así como, lógicamente, el importe líquido actualizado en que tal enclave temporal se materializa. Tal progresión, es fácilmente apreciable en el siguiente cuadro:

---

[26] 105.388 capitalizaciones para actividades autónomas del total de 1 15.524 expedientes concedidos.

[27] En el trienio 1997-1998-1999, nos movemos en una horquilla de 20/40 capitalizaciones para autónomos; en 2000, se salta a 93, manteniéndose además unos niveles de progresión semejantes hasta 2002.

[28] A modo de ejemplo, compárese que de las 573 capitalizaciones para autónomos en 2002 se salta a 20.919 en 2003; traducido a términos porcentuales, supone que en 2002 tan sólo el 4,82 por 100 del total de capitalizaciones eran para autónomos, mientras que en 2003 ese porcentaje representativo se eleva nada más y nada menos que hasta el 68 por 100, todo lo cual desemboca en dos circunstancias básicas: primera, se triplica el montante total de capitalizaciones; segunda, la puesta en marcha de actividades por cuenta propia se erige en propuesta principal para el beneficio de esta modalidad de pago único.

Mes	*Capitalizaciones para autónomos*	*Número medio de días concedidos*	*Importe*
* Enero	20.241	46	1.153
* Marzo	44.009	31	1.044
* Mayo	61.441	25	813
* Agosto	71.589	18	513

La reducción del factor tiempo responde a que, quizá, los trabajadores activan rápidamente esta prerrogativa al objeto de obtener el montante dinerario necesario para poner en marcha la actividad de que se trate.

Por su parte, la reducción del importe puede venir motivada en una superior tasa de acogimiento a la regla de los pagos parciales trimestrales para subvencionar las cotizaciones a la Seguridad Social, la cual tiene espíritu económico pero no estrictamente dinerario. Recordemos que esta medida recién comentada si bien vigente desde 2002 puede utilizarse en exclusiva o de manera combinada con la modalidad de pago único, con el límite eso sí del 20 por 100 respecto a la cuantía a percibir para aquellos concretos casos en los que el potencial sujeto beneficiario sea autónomo no minusválido. En cualquier caso, sea cual sea la opción elegida es obvio que el importe líquido a percibir disminuye, si bien esta tendencia parece corregirse aunque de manera muy liviana en los meses de septiembre y octubre de 2006 [29].

En conclusión, por interpretación de los datos que emanan de la estadística, resulta acertado recalcar el buen talante que esta medida propone como fuente de productividad, pensando lógicamente en el futuro del trabajo por cuenta propia.

5. EPÍLOGO

La modalidad de pago único para la prestación por desempleo sur ge originariamente imbricada en el verdadero espíritu de este instrumento de tutela: el fomento de la ocupación. Su devenir histórico, no obstante, se ha visto salpicado por continuas aunque diferentes políticas operativas de tendencias resultadistas que aunque provocaron su degradación hasta los

[29] En septiembre, aumentan hasta 74.549 las capitalizaciones a favor de autónomos, pero también se aprecia una ligera tendencia al alza tanto en el número medio de días concedidos (19) como en el importe líquido por trabajador (547). En octubre se observa la misma tendencia conforme a las siguientes variables numéricas: 77.294 capitalizaciones para autónomos, 20 días concedidos y 571 Euros de importe.

límites cercanos al olvido, nunca pudieron perturbar su esencia y efectos beneficiosos en la vertiente activa de la política de empleo, más concretamente del empleo productivo, el cual, ni siquiera por equivocación, puede quedar circunscrito a los límites institucionales del trabajo asalariado en régimen de dependencia. Así las cosas, a pesar de que el nuevo proyecto de Estatuto a favor del trabajo autónomo no menciona expresamente los parabienes de esta figura respecto a sus representados y a pesar también de la cautela con que hay que interpretar la tibieza de unos a menudo insensibles datos estadísticos, creo firmemente en la apuesta por la calidad de esta medida legal en pro del auge de la actividad (autónoma) productiva, como entre otros motivos lo corrobora el notorio cúmulo, especialmente en términos cuantitativos, de reformas normativas que al respecto se han sucedido desde 2002.

Comunicación a la Ponencia Temática III

VALORACIÓN Y PROPUESTAS SOBRE LAS MEDIDAS O TÉCNICAS DE FOMENTO DEL AUTOEMPLEO RECOGIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

MARÍA BEGOÑA GARCÍA GIL
Profesora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

Es importante el momento en el que en el desarrollo de la política de empleo se produce la incorporación de la política de fomento del autoempleo como componente esencial de la misma, ya que en otros tiempos no encontraba en ella cabida por la propia definición de la misma [1]. La búsqueda de nuevas formas que contribuyeran al pleno empleo hizo que esa incorporación resultara más rápida y necesaria puesto que suponía la apertura de nuevas fórmulas de ocupación profesional que, sin duda, abrían ventanas esperanzadoras para la ocupación.

El empleo autónomo se encuentra directamente vinculado al nuevo modelo de producción impuesto por los avances tecnológicos, muy señaladamente, por las novísimas tecnologías de la información y de la comunicación; así como una conexión con los nuevos «yacimientos de empleo»; estos pueden y deben jugar un papel relevante en las nuevas sociedades, implican la posibilidad de cubrir necesidades insatisfechas o indebidamente satisfechas de las actuales sociedades [2].

Hoy en día, el respaldo legislativo de la Ley 56/2003[3] supone la aceptación del autoempleo como una medida activa de creación de empleo. Una medida no sólo desde la perspectiva de la alternancia a las fórmulas tradicionales de creación de empleo sino también como una medida que se suma de forma válida a las fórmulas de empleo por cuenta ajena. Es evidente que, aunque esta es otra cuestión que excede de los límites de nuestro estudio, la Ley de Empleo no define el ámbito del trabajo por cuenta ajena, sin embargo, es posible distinguir en nuestro marco jurídico dos grandes categorías de trabajadores autónomos: los tradicionales trabajadores autónomos y los trabajadores autónomos dependientes fun-

---

[1] Ley Básica de Empleo 51/1980

[2] SAGARDOY BENGOECHEA, J. A.: *Los trabajadores autónomos hacía un nuevo derecho del trabajo,* Fundación Sagardoy, Madrid, 2004 y CACHÓN RODRÍGUEZ: *Nuevos yacimientos de Empleo en España. Potencial de crecimiento y desarrollo futuro,* Madrid, 1999, págs. 40 y ss.

[3] Artículo 23.

cional y económicamente de otra empresa [4]. Esta falta de concreción es, en si misma, una dificultad para el desarrollo de empleo en función de la aplicación de medidas que fomenten el autoempleo.

Es sustancial, determinar la eficacia de las medidas estructuradas con el objeto de crear empleo. Asimismo, es indispensable centrar el eje en torno al cual gira el desarrollo del estudio de la utilidad de las técnicas recogidas en nuestro ordenamiento jurídico respecto al autoempleo que en este momento abordamos. Es indiscutible la utilidad del empleo autónomo como medida de fomento del empleo, sin embar go, puede ser discutible la eficacia de las medidas de autoempleo reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico consecuencia principalmente de los inconvenientes derivados de la actividad por cuenta propia.

Nuestro sistema establece una serie de medidas de fomento de trabajo por cuenta propia o autónomo destinadas a incrementar dicha vía de ocupación profesional. Estas medidas fundamentalmente se pueden clasificar en dos grupos: por un lado, acciones colectivas (trabajadores que se asocian con la finalidad de crear su propia empresa) dirigidas a motivar al trabajador desempleado hacia la iniciativa empresarial, proporcionándole información sobre el autoempleo como singular vía de acceso al mercado de trabajo; y, por otro, acciones de carácter individual (trabajador titular de su propio negocio que concierta diferentes contratos civiles, mercantiles o administrativos) destinadas a proporcionar a los trabajadores ideas para desarrollar un negocio concreto, que consisten en el asesoramiento preciso para la elaboración del Plan de Empresa y para su puesta en marcha [5].

En la actualidad estas medidas responden a las directrices más avanzadas en el ámbito comunitario [6]; bonificaciones del 100 por cien en las cuotas empresariales a la Seguridad Social [7]; bonificación en la cuota em-

---

[4] Denominados parasubordinados; trabajadores autónomos dependientes que aún estando considerados formalmente trabajadores autónomos desarrollan su actividad de forma permanente y coordinada para una o varias empresas de las que dependen económicamente. Son trabajadores que poseen una elevada dosis de autoor ganización en el desarrollo de sus actividades. Sobre esta cuestión ver: VALDÉS ALONSO, A.: «El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación», *RMTAS,* núm 26 (2000), págs. 13-44; R UIZ CASTILLO: «La delimitacion subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado», *RL,* núms. 15 y 16 (1991); H ERNÁNDEZ-LISSEN BONILLA, I.: «Autónomos, semiautónomos y falsos autónomos, *El Derecho*, julio (2004).

[5] LUJÁN ALCARAZ, J.: «Reflexiones sobre el papel del Derecho del trabajo en la actual revitalización del trabajo autónomo», págs 227 y sigas y «Los incentivos al autoempleo» en *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, 1998, págs. 407 y ss.

[6] MORALES ORTEGA, N. M.: *La comunitarización del Empleo: su recepción por parte del Reino de España*, CARL, Sevilla, 2003, págs 304 y sgts,; R ODRÍGUEZ-PIÑERO y CASAS BAAMONDE: «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», *RL*, núms. 7 y 8 (2000) págs 15 y sigts; O RTIZ LALLANA, M. C.; «Autoempleo y fomento del espíritu y práctica», *Revista crítica de teoría ypráctica*, núm 1 (2000), págs. 399-428 y de la misma autora: «Autoempleo y fomento del espíritu empresarial de la UE, *Boletín europeo de la Universidad de la Rioja,* núm 6 (2000), págs. 2-16.

[7] RD Ley 111998, modificado por el artículo 18 de la Ley 39/1999.

presarial a la Seguridad Social referida a contingencias comunes por la primera contratación indefinida de un/a trabajador/a desempleado/a para los autónomos dados de alta al menos desde 1 de enero de 2000 [8]; capitalización en pago único de la prestación por desempleo o su abono en pagos parciales [9]; sustitución de la pensión de incapacidad permanente total por una indemnización a tanto alzado[10]; asesoramiento indiferenciado sobre trabajo y ayudas económicas para la realización de actividades autónomas a los desempleados[11]; incentivación y facilitación de trabajo autónomo como contenido del plan social del despido colectivo [12] y las iniciativas desarrolladas a nivel territorial por las Comunidades Autónomas que a su vez incluyen diferentes iniciativas [13] e iniciativas a nivel local [14].

Del análisis de estas medidas destinadas al fomento del autoempleo deducimos la existencia de ventajas e inconvenientes que facilitan o dificultan la utilidad de las mismas y que nos sirven de ar gumento para explicar su eficacia como medidas válidas para la creación de empleo.

---

[8] Artículos 4.1.2 y 6.2 de la Ley12/2001, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado de trabajo, para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Veáse: Cañal Ruiz, J. M. y Rubio de Median, M.ª D.: «El pago único de la prestación por desempleo: régimen jurídico y novedades introducidas por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre», *RATBS*, núm 68 (2003), págs. 105-122.

[9] Artículo 228.3 y la Disposición transitoria cuarta del RD Ley 5/2002 de medidas ur gentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

[10] Artículo 3 de la Orden de 31 de julio de 1972 con conexión con el artículo 139.2 LGSS.

[11] Artículo 205 LGSS.

[12] Artículo 51.4 ET. Veáse Mato Díaz, F. J., Cueto Iglesias, B. y Dávila Díaz, M.: «Evaluación de las políticas de mercado de trabajo: un análisis de las subvenciones al autoempleo, ICE, *Revista de economía,* núm 83 (2004), págs. 247-258.

[13] Las Comunidades Autónomas en su mayoría, con la excepción del País Vasco y las provincias autonómicas de Ceuta y Melilla, han asumido el desarrollo de promoción del empleo autónomo mediante iniciativas diversas: subvenciones a entidades e instituciones sin ánimo de lucro (Resolución de 30 de noviembre de 2001 de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo), actuaciones directamente dirigidas a los desempleados con mayor riesgo de sufrir algún grado de exclusión (Orden de 20 de enero de 1998 reguladora de la concesión de subvenciones para la realización de acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo, a entidades colaboradoras sin ánimo de lucro); desarrollo de actividades referidas a los nuevos yacimientos de empleo (como ejemplo nos encontramos con la Orden de Castilla la Mancha de 16-12-1999, por la que se regulan las ayudas para la creación de empleos en nuevos yacimientos de empleo y asistencia para el autoempleo, modificada por la Orden de 10-3098); iniciativas destinadas a fomentar el espíritu de empresa a través de los propios Planes de Empleo; asesoramiento técnico del solicitante (sirva de ejemplo el Decreto 141/2002, de 7 de mayo, de la CEDT en Aragón) y programas destinados a ayudas concretas para el autoempleo como medida de creación de empleo (Andalucía Decreto 46/2004 de 9 de marzo y Orden de 10 de mayo de 2004 o en Canarias por los Decretos 150/2001, de 23 de julio y 155/2002, de octubre).

[14] Subvenciones que los Ayuntamientos destinan al desarrollo del empleo autónomo para jóvenes desempleados, asesoramiento para el desarrollo de empresas para mujeres, bonificaciones a la Seguridad Social, etc. Veáse sobre esta cuestión Molina González-Pumariega, R.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Madrid, CES, 2004.

A continuación analizaremos los inconvenientes y las ventajas que reporta el autoempleo como medida de política de empleo.

El conjunto de medidas destinadas al fomento del autoempleo tiene como principal y primer inconveniente la falta de limitación legal del ámbito del trabajo por cuenta propia. De hecho, las diferentes situaciones que hoy conviven bajo el término trabajador autónomo exceden de la definición legal. En el presente, la progresiva tecnificación que afecta a la mayoría de los sectores productivos y el empleo de nuevos modos de organización del trabajo, así como la descentralización productiva han supuesto el nacimiento de nuevas formas de trabajo en régimen de autonomía y por lo tanto, el descenso del trabajo dependiente. Nos encontramos con que el ámbito del trabajo por cuenta ajena no abarca las nuevas formas de prestación de trabajo.

En segundo lugar, el desarrollo de estas actividades por cuenta propia está supeditado a excesivas cargas. Cargas de tipo burocrático que suponen un proceso excesivo y lar go para el inicio y desarrollo de la actividad a pesar de los esfuerzos que tanto la Unión Europea como los países miembros[15] han realizado para superar estas car gas flexibilizando los ordenamientos jurídicos.

En tercer lugar, la utilización del autoempleo como una medida alternativa y no como una vía de escape sometida a la involuntariedad es un deseo más que una realidad. En la actualidad la elección del autoempleo obedece más a motivos de necesidad que de verdadera elección [16]. Inconveniente que en muchas ocasiones se suma a la falta de estabilidad ya que en la mayoría de los casos estamos ante una situación temporal que se utiliza como un auxilio a la situación de desempleo y no como un status permanente.

En cuarto lugar, entre los inconvenientes más palpables, nos encontramos con que el trabajador autónomo dependiente asume los riesgos de la actividad aportando él mismo los medios y recursos necesarios para el desempeño de la misma. En muchos casos además aparece un riesgo más, la falta de formación empresarial [17]. Esta situación desincentiva el uso del autoempleo ya que el grado de responsabilidad a nivel indivi-

---

[15] En el caso de de España se han establecido medidas tales como el Plan de Simplificación administrativa de la actividad empresarial y el Plan de Agilización normativa para la competitividad de las pymes. O bien otro tipo de iniciativas encaminadas al mismo propósito como la «ventanilla única» tanto a nivel de Estado como de Comunidades Autónomas.

[16] Como dice Carrasco Perea en «En el autoempleo y la economía social» AA.VV. *El espacio social y el empleo en la Constitución Europea*, Vitoria, 1998, pág 255 «se opta todavía por necesidad más que por vocación», véase M onzón Campos, J. L. *Economía social y autoempleo, cooperativas, sociedades laborales y trabajoautónomo,* 2005.

[17] Veáse García Gil, M.ª B.: Medidas para la creación de empresas en *Los Instrumentos Jurídicos de la Política de Empleo*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 371 y ss.

dual es en la mayoría de los casos insostenible. La generalidad de las iniciativas independientes fracasan en los primeros estadios de sus fases de desarrollo [18].

En quinto lugar, en muchas ocasiones los autónomos conforman casos de economía sumergida o mecanismos de fuga del contrato de trabajo.

Respecto de las ventajas del trabajo por cuenta propia, el autoempleo, en primer lugar, es una solución útil para la inserción en la vida laboral, como ya indicaron los agentes europeos [19]. También se concibe como una vía de inserción e integración profesional de desempleados (autónomos, cooperativas de producción y sociedades laborales) o como fórmula de salvamento para empresas en crisis (sociedades laborales, cooperativas de trabajo asociado y figuras asimiladas.

Es también, en segundo lugar, un instrumento válido para la generación de empleo y factor de aplicación para la disminución del desempleo[20], no sólo para el que inicia la actividad sino también para terceros.

El autoempleo juega, en tercer lugar, un papel fundamental como fórmula de descentralización productiva sobre todo en subcontratación de servicios. La situación económica de los últimos tiempos obliga a los pequeños y medianos empresarios a subcontratar la mayoría de los servicios colaterales a sus actividades. La falta de estabilidad económica y la ausencia de un régimen económico afianzado provoca una situación de incertidumbre para el pequeño y mediano empresario que, lógicamente no quiere ni puede incrementar en exceso sus car gas laborales y por ello opta por subcontratar servicios que habitualmente son usados en su quehacer empresarial y que con una situación más estable económicamente podría asumir y crear empleo indefinido.

En cuarto lugar, el trabajo autónomo está directamente vinculado al nuevo modelo de producción impuesto por los avances tecnológicos, en especial, con las recientes tecnologías de la información y la comunicación. Esto supone que el trabajo por cuenta propia pueda satisfacer necesidades de las nuevas sociedades que no son fáciles de complacer por las fórmulas tradicionales. Posteriormente reflexionaremos sobre este aspecto, pero adelantamos que esta es una situación que lleva aparejada serios inconvenientes si no se realiza un importante avance en materia educativa profesional. Tenemos que centrar los esfuerzos en preparar a los futuros trabajadores en aquellas cualificaciones profesionales que la sociedad demanda facilitando de este modo la incorporación al mercado de traba-

---

[18] Cuadrado Roura, J. R.: «Empleo autónomo y empleo asalariado análisis de las características y comportamiento del autoempleo en España», *RMTAS,* núm 61 (2006).

[19] Informe Conjunto de los Estados miembros de 1999.

[20] García Valverde, M. D.: «Promoción y fomento del autoempleo», *Revista Andaluza de trabajo y bienestar social,* núm 81 (2005), págs. 99-122.

jo de aquellos que adquieran las habilidades y competencias que demandan las nuevas sociedades.

Estos inconvenientes y ventajas del trabajo por cuenta propia, nos llevan a concluir diversas cuestiones que a continuación exponemos.

Las perspectivas de análisis de estos inconvenientes y ventajas son diversas, de ellas es interesante desarrollar aquella que implique ante todo una protección jurídica del sujeto que lo desempeña dentro de los límites del Derecho del Trabajo[21]. Es decir, es preciso definir quienes son los sujetos denominados autónomos con respeto absoluto a los límites del Derecho del Trabajo. Partiendo de la sujeción estricta al Derecho del Trabajo, es necesario también garantizar la seguridad jurídica del empleo autónomo. El régimen jurídico del trabajo autónomo es en este momento poco protector.

Para la eficacia, incentivación y uso permanente del autoempleo como medida útil de la política de creación y fomento del empleo, sería necesario estructurar un mínimo de condiciones que garantizaran una ocupación permanente para los trabajadores por cuenta ajena. El punto de vista a través del cual el trabajo autónomo es una vía residual del trabajo por cuenta ajena, tiene que ir desapareciendo paulatinamente hacía una nueva concepción en la que el trabajo autónomo sea una vía permanente y no una vía residual o alternativa. En algunas ocasiones se ha calificado incluso como una situación de «refugio» [22] a la vista del análisis de la situación del mercado de trabajo español.

Si queremos mejorar la eficacia en el uso del autoempleo como medida de fomento y creación de empleo los poderes públicos tienen que concentrar esfuerzos e invertir en recursos humanos y materiales par arbitrar medidas que faciliten una vocación a autoemplearse, individual o colectivamente. Desde nuestro punto de vista, construir un conjunto de medidas destinadas a formar una cultura emprendedora firme apoyada por una sólida formación. Esto nos permite enlazar con una cuestión especialmente relevante, nos referimos a la formación. La formación es siempre la base del desarrollo de cualquiera de los instrumentos de la política de empleo y como no también de la mejora del autoempleo. No podemos considerar suficiente la actual medida de «asesoramiento técnico» que se limita a guiar en algunas materias como el inicio de la actividad o la llevanza de la contabilidad. Es necesaria una formación de

[21] Veáse Montoya Melgar, A.: «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo» en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo,* Tecnos, Estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán.

[22] En lo que se refiere a la calificación de «refugio» del autoempleo veáse: Cuadro Roura, J. R.: «Empleo autónomo y empleo asalariado análisis de las características y comportamiento del autoempleo en España», *RMTAS,* núm. 61 (2006).

base, una adecuada formación profesional que persiga la adquisición de competencias y habilidades para el desarrollo del trabajo autónomo, utilizando aquellos instrumentos que resulten más adecuados y facilitadores, como por ejemplo planes específicos de formación para iniciativas de trabajo independiente y autónomo [23]. La adquisición de habilidades y competencias orientadas a la obtención de cualificaciones laborales necesarias por parte de los trabajadores autónomos, les permitirá optar de forma competente a las demandas y necesidades que el mercado y la sociedad tienen e incluso a cubrir aquellos sectores que el trabajo por cuenta ajena no está satisfaciendo. Recordemos que ya hacíamos referencia a este extremo cuando hablábamos de la necesidad que tienen los pequeños y medianos empresarios, principalmente, de hacer unos de la descentralización productiva.

A lo largo de este análisis ya hemos incidido en una cuestión que de nuevo queremos traer a este momento final, es la relativa a la flexibilización y simplificación de las car gas administrativas a las que, tanto al inicio y como en el desarrollo, el autoempleo se encuentra sometido.

A pesar de las iniciativas existentes se tiene que remover los obstáculos que impiden y dificultan el autoempleo, en concreto: flexibilizar las cargas; fomentar la igualdad en el acceso a los recursos; impulsar la formación gratuita especializada en habilidades y competencias tendentes a las iniciativas independientes en el trabajo; superar las discriminaciones[24], en especial, las que se producen hacía los colectivos desfavorecidos; crear un entorno económico propicio para el desarrollo de estas actividades; intensificar los recursos económicos y la calidad de los mismos (por ejemplo mediante créditos con condiciones especiales que a la vez supongan incentivos y premios para las entidades que los ofertan o preferencia de adjudicación de concursos y subastas, etc), en suma, crear un entorno legislativo y administrativo favorable.

No olvidemos que, aunque esta reflexión es muy generalizada, en el ámbito de la política de empleo la flexibilización y mejora de las condiciones de las medidas activas y pasivas nunca puede suponer perjuicio

---

[23] Con la intención de ser fieles a las iniciativas gubernamentales tenemos que destacar que la Ley Orgánica de Calidad de la Educación (LOCE) de 23 de diciembre (BOE 24-12-2002) en consonancia con lo establecido en la Ley Or gánica 5/2002, de 19 de junio, de Cualificaciones y de la Formación Profesional, ha intentado introducir el espíritu emprendedor en los currículos escolares y de formación profesional. También podemos destacar las iniciativas de planes específicos llevados a cabo por los gobiernos como el Plan Jóvenes Emprendedores.

[24] Véase sobre esta cuestión: C alleja González, M. F.: *La igualdad de oportunidades en la construcción del autoempleo: material para la formación de formadores,* Consejería de Educación y Cultura, 2005; L an Harremanak: «Mujer y empresa», *RL,* núm 13 (2005) y Belso Martínez: «Discriminación de género y fomento de nuevas empresas», *RMTAS*, núm 41 (2003).

para ninguna de las partes implicadas; son los Estados los que deben asumir las cargas excepcionales que impliquen los cambios de regulación. No se puede a través de las medidas de política de empleo sobrecargar las situaciones de los sujetos protagonistas de las relaciones laborales (empresarios y trabajadores). De lo contrario el valor de los cambios en la forma de las medidas de políticas activas y pasivas de empleo que, implicaran nuevas cargas, perdería su efecto de inmediato.

Por último, siempre es necesario establecer un conjunto de medidas que vengan a apoyar con carácter general el grupo de medidas base; nos referimos a campañas informativas por parte de los poderes públicos tanto en el ámbito estatal como de Comunidad Autónomo como local. Programas de viabilidad, estudio, asesoramiento, seguimiento y vigilancia de las iniciativas de empleo autónomo. Tan importante resultan las medidas estructuradas *a priori* como el seguimiento y vigilancia de las mismas; el observatorio de los resultados permite siempre corregir los problemas que se derivan en la práctica y mejorar los futuros sistemas de implantación de políticas adecuadas y efectos laboralmente deseables.

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA INTEGRACIÓN DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN EN LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR REAL DECRETO 1369/2006, DE 24 DE NOVIEMBRE

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO
Profesor Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández de Elche
Subinspector de Empleo y Seguridad Social

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. SIGNIFICADO DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN.–1. Concepto y evolución. 2. El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo.—III. LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN EN LA SEGURIDAD SOCIAL SEGÚN REAL DECRETO 1369/2006. DE 24 DE NOVIEMBRE.–1. Condiciones de los beneficiarios, pago y duración. 2. Beneficiarios de pensiones de invalidez no contributiva. 3. La percepción de una ayuda durante la realización de un trabajo. 4. Modificaciones respecto a los anteriores programas. 5. La cotización durante la percepción de la renta activa de inserción: una distorsión a su naturaleza asistencia no contributiva.—IV. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de presente estudio se centra en el análisis, no tanto de la regulación jurídica de la renta activa de inserción, sino las características y naturaleza de este peculiar tipo de ayuda, en el que se combinan medidas de políticas activas de empleo con pasivas, con un doble objetivo claro: la reinserción laboral y la protección frente al desempleo, y es precisamente esta última vertiente a la que haré especial hincapié.

La nueva ayuda ha sido altamente enriquecida con las modificaciones introducidas por el *Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo* (BOE de 5 de diciembre)[1], entre la que destaca a mi modo de ver, su decidida inclusión de la renta activa de inserción, en principio de tipo asistencial, en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, como se puede leer en el apartado 4 de la disposición final quinta de la Ley General de la Seguridad Social.

Finalizaré con una breve reflexión acerca de los principales rasgos que introduce la norma, sus aciertos, aquellas medidas que podrían ser mejoradas o del diferente enfoque de la incorporación de la renta activa de inserción quizá más propia de prestación no contributiva que de prestación contributiva y, en definitiva si realmente ha supuesto una nueva vía de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

II. SIGNIFICADO DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

Además de los dos niveles básicos (contributivo y asistencial) y otras acciones complementarias de la protección por desempleo, desde el año 2000 se contempla un novedoso cauce adicional, la «renta activa de inser-

[1] En adelante RD 1369/2006.

ción», que podría calificarse como una protección «mixta», en el sentido de que presenta rasgos y combina técnicas propias de ambos niveles. La creación de esta nueva figura ha supuesto el acogimiento e integración en el sistema público de seguridad social de un mecanismo (la renta mínima de inserción) que hasta ese momento se había mantenido en el ámbito de las políticas de asistencia social puestas en marcha por las Comunidades Autónomas con base en el artículo 148.1.20 de la Constitución.

Si bien, se configura como una vía de protección por desempleo específica y diferenciada de los niveles contributivo y asistencial, la regulación de la renta activa de inserción se mueve a través de técnicas y elementos propios del nivel asistencial. De hecho, la naturaleza asistencial de la renta activa de inserción es mucho más evidente que la del subsidio comprendido en el nivel asistencial de la acción protectora por desempleo, pues en este caso, además del requisito de insuficiencia de ingresos que es común a todas las modalidades de subsidio por desempleo, no se prevé vinculación alguna con la pérdida de un empleo previo ni se concibe como una prórroga excepcional de la prestación contributiva, si bien como se verá, el RD 1369/2006 incorpora a la renta activa de inserción un elemento característico de la modalidad contributiva de la Seguridad Social, como es la cotización durante la percepción de la renta.

Podría concebirse la nueva renta activa de inserción como un nivel complementario o asistencial de segundo grado (el subsidio «ordinario» sería el nivel complementario de primer grado), un tercer nivel integrado en el sistema de Seguridad Social de protección por desempleo; de hecho, la ayuda económica que contempla el programa de renta activa de inserción se reserva a aquellos desempleados que reúnan ciertos requisitos, subjetivos y objetivos, y entre éstos últimos se incluye el no tener derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo ni a la renta agraria.

1. Concepto y evolución

Tras la aplicación experimental que supusieron los primeros programas de renta activa de inserción de los años 2000, 2001 y 2002, el apartado 14 del artículo primero de la Ley 45/2002 incorporó un apartado 4 a la Disposición Final Quinta de la LGSS [2], en donde se estableció el concepto de renta activa de inserción, por el que se habilitó al Gobierno para que regulara, «*dentro de la acción protectora por desempleo*» y con el régimen financiero y de gestión establecido en el Capítulo V del Título III de la LGSS, el establecimiento de una ayuda específica, denominada renta activa de inserción, con un doble condicionante subjetivo (para desempleados con especiales ne-

[2] *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.*

cesidades económicas y dificultad para encontrar empleo) y conductivo (que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral)[3]. He aquí pues, la verdadera finalidad de esta nueva vía de protección por desempleo que combina la garantía de ingresos con medidas que propician la inserción laboral de los trabajadores. Y así, ha continuado regulándose anualmente por los reales decretos 945/2003, de 18 de julio; 3/2004, de 9 de enero; 205/2005, de 25 de febrero [4], y finalmente por el Real Decreto 393/2006, de 31 de marzo, que prorroga el anterior .

2. El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo

El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo [5] (Acuerdo), supuso un importante salto de calidad en la consolidación de esta figura mediante tres operaciones:

— La primera fue su consideración como un *derecho subjetivo* equiparándose en importancia, por tanto, a cualquier prestación de Seguridad Social, en el sentido que una vez se reúnen los requisitos para su percepción, se tiene derecho con independencia de otros factores de distinta índole como pudiera ser la falta de recursos para financiar la prestación o cualquier otro. En definitiva, no se condiciona a la existencia de cobertura presupuestaria. Deja, por tanto, de ser una prestación de tipo discrecional, al menos formalmente.

— En segundo lugar, se prevé que durante la percepción de la renta activa de inserción prevista durante 1 1 meses [6], la entidad gestora *cotice*, en las mismas condiciones que en el subsidio por desempleo, es decir, por asistencia sanitaria y , en su caso, protección a la familia [7], entrando de este modo, de forma parcial, en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, lo que garantiza la operación anterior de constituirse como un derecho subjetivo.

---

[3] Se lleva a la LGSS las habilitaciones que las Leyes 14/2000 y 24/2001 (»de Acompañamiento») incorporaron para los años 2001 y 2002, respectivamente.

[4] Sobre el último de los programas anuales de la renta activa de inserción, y los precedentes de la institución, véase L UJÁN ALCARAZ, J.: «El Programa de Renta Activa de Inserción para 2005», *Aranzadi Social*, núm. 2, mayo 2005, págs. 9-26.

[5] El acuerdo fue firmado, el 9 de mayo de 2006 por el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT.

[6] Esta previsión inferior al año se critica, por estar condicionada a la reglamentación anterior y por dejar de estar ligada a las necesidades del proyecto de inserción que pudiera ser conveniente en las acciones que pudieran diseñarse (cfr . DE SOTO RIOJA, S.: «Una reforma de ajuste en las prestaciones por desempleo», *La Reforma Laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio,* VV. AA. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 220).

[7] Véanse, a este respecto, sobre la forma de realizar la cotización durante la percepción del subsidio de desempleo, los apartados 1 y 4 del artículo 218 de la LGSS.

— Por último, el cambio más palpable realizado en el Acuerdo, sin duda para evitar las sucesivas reiteraciones en la elaboración y prórrogas de los nuevos programas, fue la aprobación de un real decreto de regulación de la renta activa de inserción que lo configuraría como una *figura de carácter permanente*, en lugar de anual, lo que simplifica notablemente su gestión y tramitación, y sobre todo dota de una mayor seguridad jurídica a quienes pudieran quedar afectados por las circunstancias que prevé la ayuda.

A todo esto, resulta paradójico que no se plasmaran estas tres nuevas incorporaciones del Acuerdo en el *Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*, ni en la correspondiente *Ley 43/2006, de 29 de diciembre*, frutos del Acuerdo, sino que se ha materializado su regulación a través de un real decreto, en lugar de haberse incluido en mi opinión (al menos en su regulación básica) en la LGSS, como sucedió, por ejemplo, con la prestación por riesgo durante el embarazo (*Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*). De ese modo se contempla en la actualidad la prestación por riesgo durante el embarazo regulada en los artículos 38.1.c), 134 y 135 de la LGSS [8]. Con ello, se garantizaría y cobraría mayor fuerza, la primera de las operaciones que se contemplan en el Acuerdo: su consideración como derecho subjetivo. Así se ha operado recientemente, con las nuevas prestaciones de Seguridad Social creadas como consecuencia de la publicación de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, como son: el permiso por paternidad, el riesgo durante la lactancia o de forma más escondida la prestación de maternidad considerada como no contributiva. En todas ellas se les ha habilitado un lugar en la LGSS para darles auténtica configuración de prestación de Seguridad Social ya incorporados como tales en el artículo 38.1c) de la LGSS.

En fin, pese a todo, no tardó demasiado en publicarse en cumplimiento del Acuerdo, el *Real Decreto 1369/2006. de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo*, y que paso a comentar a continuación.

III. LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN EN LA SEGURIDAD SOCIAL SEGÚN REAL DECRETO 1369/2006, DE 24 DE NOVIEMBRE

1. Condiciones de los beneficiarios, pago y duración

Básicamente la renta activa de inserción que regula el RD 1369/2006 mantiene los mismos requisitos generales y particulares de

[8] Actualmente en la redacción de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (BOE del 23).

los anteriores programas. Esto es, se dirige a trabajadores desempleados menores de 65 años que, a la fecha de solicitud de incorporación a aquél, reúnan, con carácter general, los siguientes requisitos (art. 2.1 RD 1369/2006): *a)* Mayores de 45 años. *b)* Demandantes de empleo inscritos ininterrumpidamente como desempleados en la oficina de empleo durante 12 ó más meses [9]. *c)* No tener derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo, o a la renta agraria. *d)* Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

También sería posible ser beneficiario del programa, sin cumplir algunos de los anteriores requisitos, cuando se pertenezca a alguno de los colectivos en las condiciones que se indican en el apartado 2 del artículo 2 del RD 1369/2006, como el de ser minusválido, trabajador emigrante, acreditar la condición de víctima de violencia de género o doméstica.

Dos requisitos negativos se exige al solicitante del programa (art. 2.4 RD 1369/2006):

El primero, que no haya sido beneficiario de la renta activa de inserción en los 365 días naturales anteriores a la fecha de la solicitud, salvo que acredite un grado de minusvalía igual o superior al 33% o la condición de víctima de violencia de género o doméstica.

El segundo, que no haya sido beneficiario de tres derechos al programa de renta activa de inserción anteriores aunque no se hayan disfrutado todo el período de duración de la renta.

Además de ello, se le exige al beneficiario que solicite el programa y que suscriba el compromiso de actividad, como dispone el artículo 231.2 de la LGSS (art. 3.1 RD 1369/2006).

La cuantía de la renta es igual al 80% del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento (art. 4.2 RD 1369/2006), de modo que en este año 2007, la cuantía de la ayuda será de 399,36 euros al mes (80% de 499,20 euros) y su duración máxima es de 11 meses (art. 5.1 RD 1369/2006).

El pago se realiza por mensualidades de 30 días dentro del mes inmediato siguiente al que corresponda su devengo [10].

---

[9] A estos efectos, se considerará interrumpida la demanda de empleo por haber trabajado un período acumulado de 90 o más días en los 365 anteriores a la fecha de la solicitud de incorporación al programa.

[10] Como luego se verá, el devengo de la renta activa de inserción y de la cotización a la Seguridad Social se inician «a partir del día siguiente a la fecha de solicitud de admisión al programa» (art. 12.1 RD 1369).

2. Beneficiarios de pensiones de invalidez no contributiva

De interés resulta la clarificación de la situación en que quedan aquellos beneficiarios de pensiones de invalidez no contributiva [11] que pasan a ser, sin solución de continuidad, beneficiarios del programa de renta activa de inserción pues como es sabido a los pensionistas de la rama no contributiva de la Seguridad Social se les exige una serie de requisitos, según la pensión de que se trate, entre los que siempre se encuentra la carencia de rentas o ingresos suficientes, cuyo límite máximo se fija de acuerdo con las reglas establecidas por el artículo 144.1.d) de la LGSS [12]. Y resulta que según tales reglas el paso desde su condición de pensionista no contributivo al del programa de renta activa de inserción supone la obtención de ingresos superiores al del citado límite de ingresos.

Por eso, el artículo 3.3 del RD 1369/2006, no prohíbe a estos pensionistas que se incorporen al programa, siempre que reúnan los requisitos del mismo, si bien respecto al requisito de la carencia de ingresos superiores al 75% del salario mínimo, no se tendrán en cuenta los ingresos percibidos por la percepción de su pensión. A cambio, se les exige adicionalmente que dejen de percibir la pensión. Lo que se acreditará a través de una certificación de la Administración competente (Servicios Sociales o Entidad encargada de la gestión de la respectiva Comunidad Autónoma) sobre la suspensión de la pensión a partir de la fecha en que se inicie el devengo de la renta activa de inserción.

En realidad dado el mecanismo existente para el mantenimiento de las pensiones no contributivas, en donde se incluye la exigencia de la declaración anual de ingresos por el propio beneficiario para continuar el percibo de la pensión o variar su cuantía, quizá no haría falta en teoría esa certificación. Sin embargo, puede ser una buena medida para evitar duplicidades de ingresos que en caso de que deban ser reintegradas posteriormente pudieran dar lugar a situaciones ciertamente traumáticas, habida cuenta la situación de necesidad que sufren en principio los beneficiarios de las pensiones no contributivas.

3. La percepción de una ayuda durante el trabajo

Con carácter general, la renta activa de inserción resulta incompatible «con la realización simultánea de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo» [artículo 10.1.d) RD 1369/2006] [13].

---

[11] Los pensionistas de jubilación no contributiva no pueden en ningún caso, ser beneficiarios de la renta activa de inserción al haber cumplido la edad de 65 años, que sin embargo se exige en la citada pensión.

[12] Desarrollado por los artículos 1 1 y 12 del *Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo*.

[13] Con ello se da a entender que si el trabajo se realiza a tiempo parcial no es incompatible con la renta activa de inserción. Sin embar go, en ese caso, «se deducirá del importe de la renta activa de inserción la parte proporcional al tiempo trabajado y el período de

Sin embargo, si el trabajador que ya ha sido admitido al programa realiza un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo, no se le abonará la cuantía establecida para la renta activa de inserción, es decir, el 80% del IPREM mensual, sino que en aras de una política encaminada a favorecer ayudas para incentivar el trabajo, se le entregará una ayuda (concepto este de «ayuda» que parece distinto al de la renta activa de inserción) equivalente al 25% de aquella cuantía [14], durante un período máximo de 180 días a partir del primer día de trabajo, y ello con independencia del número de contratos de trabajo o actividades por cuenta propia realizadas (art. 6 RD 1369/2006).

Debe tenerse en cuenta también, al igual que en la renta activa de inserción, que el pago de la ayuda se realiza mensualmente, aunque solamente «por los días que el trabajador por cuenta ajena a tiempo completo figure en alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social, o por los días efectivos de actividad como trabajador autónomo» (art. 12.4 RD 1369/2006). En este último supuesto me despierta la curiosidad conocer cómo sería posible delimitar los «días efectivos de actividad», en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, cuando de todos es sabido que el abono de la cotización sólo es posible por mensualidades completas sin que se contemple la posibilidad de su fraccionamiento por días.

Debe tenerse en cuenta que la percepción de la ayuda no minora la duración de 11 meses de la renta activa de inserción, sino tan sólo una baja temporal en el programa durante el período que perciba la ayuda, respetándoseles el período de duración de la renta que no hayan consumido y reincorporándose al programa, pero atención, siempre que el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia a tiempo completo que realizan tenga a su vez una duración inferior a seis meses y durante los mismos perciba la ayuda [artículo 9.3. apartados a) y b) del RD 1369/2006].

En caso contrario, si el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo que realiza se extiende por un período igual o superior a seis meses, causará baja definitiva en el programa [artículo 9.1.d) RD 1369/2006], lo que significa que por el mismo programa no podrá ser readmitido, ni por tanto podrá completar la percepción de la renta por el período que le restaba hasta los 1 1 meses.

Sobre esta cuestión creo acertado el estímulo que se ofrece a los beneficiarios del Programa para que el hecho de encontrar trabajo no suponga una total desaparición de las ayudas. Sin embar go, no veo claro

---

la renta pendiente de percibir mientras se compatibiliza con ese trabajo se ampliará en la misma parte proporcional» [artículo 10.2.b) RD 1369/2006].

[14] Para el año 2007, resultaría una cuantía de 99,84 euros al mes (25% de 399,36 euros). Piénsese que en este supuesto se trata de una ayuda complementaria del trabajo que desempeña el trabajador beneficiario del Programa.

ese límite temporal concretado en los 6 meses de trabajo para esa ayuda del 25% de la cuantía ordinaria de la renta activa de inserción. No es la duración la que debe estar limitada, sino más bien, entiendo que debe ser la cuantía de los ingresos o rentas que percibe por su trabajo el elemento que debería considerarse. Ahora bien, si éste es compatible con la ayuda [artículo 10.1.d) RD 1369/2006] con independencia del importe de los ingresos que percibe por el trabajo, parece que podrían subsistir situaciones en las que con diferente nivel de ingresos se percibirá la misma ayuda (25% de la cuantía establecida para la renta activa de inserción), lo que ciertamente no resulta equitativo.

Por tanto, lo esencial no debería ser que esté limitada esa ayuda a un período de seis meses, sino que su cuantía sea equitativa en función de las rentas de los trabajadores, mediante un mecanismo parecido al que se utiliza para el cálculo de las pensiones no contributivas (art. 145.2 LGSS) de tipo diferencial. En definitiva que guarde relación la ayuda con la situación de necesidad de los afectados, aunque si se mira bien se trata de una ayuda simbólica que no alcanza los 100 euros mensuales para 2007, lo que da que pensar si existe mar gen para aplicar este criterio.

4. Modificaciones respecto a los anteriores programas

Sobre la nueva regulación de la renta activa de inserción cabría desarrollar un auténtico tratado, lo que no es posible dado el limitado formato de la comunicación. Sin embar go, conviene, al menos resaltar las principales modificaciones que incorpora el contenido del RD 1369/2006, respecto a los anteriores programas, cuyos requisitos se mantienen prácticamente inalterables.

El preámbulo del real decreto ayuda al objetivo, cuando avisa que las modificaciones más importantes que ya fueron anunciadas en el Acuerdo, son las siguientes:

En primer lugar, el programa «no se configura con una duración anual, sino que se ordena con carácter *permanente*[15] estableciendo una garantía de continuidad en su aplicación como *un derecho más* y con la misma *financiación* que el resto de prestaciones y subsidios por desempleo».

Creo entender según ello que se refiere ese derecho, a la consideración de la renta activa de inserción como «derecho subjetivo» por el mero hecho de su continuidad. Creo, sin embar go, que el hecho de haber sido

[15] De hecho, en el artículo 1 del RD 1369/2006 se indica que el real decreto tiene por objeto la regulación del programa al que se refiere el apartado 4 de la disposición final quinta de la LGSS, mientras que en los anteriores reales decretos que regularon los programas se circunscribían al año natural para los que fueron creados.

incorporada la renta activa de inserción a la acción protectora por desempleo de la Seguridad Social, debería ser suficiente garantía para ser considerada como derecho subjetivo. Sin embargo pese a esta declaración de intenciones (art. 1 RD 1369/2006), y al tratarse de un reglamento en forma de real decreto, no parece viable su incorporación en la LGSS como una prestación más de Seguridad Social. Lo que me deja dudas acerca de su entrada en el Sistema como derecho subjetivo.

No obstante, un indicio que podría apuntalar la consideración como derecho subjetivo de esta renovada renta activa de inserción surgida del RD 1369/2006, es, como señala el preámbulo del decreto, su financiación.

En efecto, en los anteriores programas se decía que la financiación de la renta activa de inserción y de la percepción de la ayuda mientras se realiza un trabajo «será la que corresponda a la acción protectora por desempleo con cargo a determinadas aplicaciones presupuestarias»[16], mientras que en el RD 1369/2006, se dice que la financiación de la renta activa de inserción, de la ayuda e incluso de la cotización «será la que corresponda a la acción protectora por desempleo establecida en el artículo 223» de la LGSS.

La diferencia radica en que en si en los anteriores programas la financiación tenía un límite, el del número concreto de la aplicación presupuestaria, de modo que una vez agotada la aplicación del presupuesto no era posible seguir otorgando la renta en el mismo ejercicio, en cambio, la nueva financiación de la renta, de la ayuda y de la cotización procederá de la misma financiación que la prestación y el subsidio por desempleo de la Seguridad Social, es decir, a través de las cotizaciones de empresarios y trabajadores así como de la aportación del Estado (art. 223 LGSS).

En estos supuestos, si se cumplen los requisitos exigidos, el trabajador, con independencia de la disponibilidad de los fondos presupuestarios tiene derecho a la prestación o subsidio por desempleo. Pues bien, este mismo régimen es el que se ha ampliado a la renta activa de inserción, a la ayuda, así como a la cotización por cada beneficiario. Lo que me lleva al convencimiento que se trata de un derecho subjetivo real.

En segundo lugar, se abre la puerta a la realidad de que por vez primera se cotice «a la Seguridad Social durante la percepción de la renta», de la misma forma que durante la percepción del subsidio por desempleo, de acuerdo con los apartados 1 y 4 del artículo 218 de la LGSS. Es decir, durante su percepción el Servicio Público de Empleo Estatal ingresará las cotizaciones que correspondan por las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, protección a la familia, y se tomará como base de cotización el tope mínimo de cotización vigente (art. 4.3 RD 1369/2006).

---

[16] Aplicación presupuestaria 19.101.312-A-.488 para 2003 y 2004 y aplicación presupuestaria para 2005 y 2006.

Otras modificaciones menores respecto a los anteriores programas son las que se refieren al devengo de la cuantía de la renta activa de inserción al que se hizo referencia, y la cotización de Seguridad Social durante su percepción, que se iniciarán a partir del día siguiente a la fecha de solicitud de admisión al programa (art. 12.1 RD 1369/2006), mientras que en el programa anterior el devengo se producía, salvo para las víctimas de violencia de género o doméstica, transcurrido un mes desde la fecha de presentación de la solicitud, y de tres meses de espera en los anteriores programas.

Asimismo, «la ayuda para cambio de residencia de las víctimas de violencia de género o doméstica se incluye en la disposición transitoria primera del Real Decreto hasta tanto que se establezca una financiación y consignación presupuestaria de esa ayuda al margen del sistema de protección por desempleo» (Preámbulo).

Con respecto a los beneficiarios del programa, desempleados menores de 65 años, que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género o doméstica, se limita su consideración a la ejercida sobre el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad o sobre los hijos o los padres [artículo 2.1.c) 2.º párrafo RD 1369/2006]. Limitación que no se concretaba en los anteriores programas.

5. La cotización durante la percepción de la renta activa de inserción: una distorsión a su naturaleza asistencial no contributiva

Un breve comentario merece la introducción de la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la renta activa de inserción. Pensemos que los beneficiarios de la ayuda son personas a las que no se les exige que hayan trabajado anteriormente, por eso, creo que la renta se dirige más a los ciudadanos que a los trabajadores, pese a que uno de los dos objetivos sea la inserción en el mercado laboral (el otro, la ayuda dirigida a desempleados con especiales necesidades económicas, lo delata como una prestación de naturaleza eminentemente asistencial). Por eso, al adoptar la decisión de que se cotice mientras se disfruta de la ayuda, se está de algún modo distorsionando su naturaleza asistencial al trasladarla al ámbito contributivo de las prestaciones de Seguridad Social.

Sin ser lo anterior lo más relevante, con tal decisión, creo que se ha perdido la oportunidad de incorporar la renta activa de inserción al nivel no contributivo del sistema de la Seguridad Social junto con las prestaciones familiares, las pensiones de invalidez y de jubilación no contributivas, únicas prestaciones económicas en la actualidad del ámbito no contributivo. Y lo creo, porque en realidad la ayuda se mueve entorno a personas (sean o no trabajadores) que se encuentran en reales situaciones de necesidad a las

que se exige su demostración para el acceso al derecho, característica común y primordial de las prestaciones no contributivas [17].

No veo claro, por tanto, esa circunstancia de la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la renta activa de inserción, máxime cuando únicamente cubre con prestaciones las contingencias de asistencia sanitaria y protección a la familia. Prestaciones a las que es posible acceder sin necesidad de cotización previa, en los casos como el presente en el que solicitante acredita no superar un determinado límite de ingresos.

Y así, con respecto a la prestación de asistencia sanitaria, el enunciado del *Real Decreto 1088/1989 de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes*, resulta altamente clarificador, si acaso podría completarse diciendo que tales recursos económicos deben ser iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional» (art. 1 RD 1088/1989), que por aplicación del artículo 2.3 del *Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, de racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía*, en lugar del salario mínimo debe entenderse referido al IPREM (499,20 euros/mes para 2007). Recuérdese que para el acceso al Programa, uno de los requisitos es el carecer de rentas superiores en cómputo mensual del 75% del salario mínimo interprofesional (equivalente a 427,95 euros/mes para 2007) [18]. Al existir un mayor mar gen de ingresos permitido para ser beneficiario de asistencia sanitaria que para ser beneficiario al programa, una vez admitido a éste, tendría derecho a la prestación de asistencia sanitaria en todo caso. En consecuencia, por esta vía (carencia de recursos económicos), siempre podría el beneficiario del programa acceder a la prestación de asistencia sanitaria.

Por lo que respecta a la protección a la familia, es sabido que desde la *Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social*, todas las prestaciones económicas que se otorgan por la Seguridad Social (asignación económica por hijo o menor acogido a car go, prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos, y la prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples) [19], tienen naturaleza no con-

---

[17] Es también la opinión de E steban Legarreta, R.: *La renta activa de inserción*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 25, quien afirma, respecto al subsidio de la renta activa de inserción que «el encaje del mismo debiera realizarse en el nivel no contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social».

[18] Artículo 1 del *Real Decreto 1632/2006, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2007*.

[19] Una visión de conjunto de estas prestaciones puede consultarse en mi trabajo, «La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre», *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 4, 2006, págs. 2-23.

tributiva y por ello no tienen relación alguna con las cotizaciones que eventualmente se hubieran efectuado por dicha contingencia.

Por si quedara alguna duda al respecto, tanto la prestación de asistencia sanitaria como las prestaciones familiares tienen naturaleza no contributiva, según el artículo 86.2 de la LGSS, y se financian mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social, con excepción de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social cuya gestión se encuentra transferida a las Comunidades Autónomas, en cuyo caso, la financiación se efectúa con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento.

Con ello quiero demostrar que esas cotizaciones, en realidad no tienen efectividad alguna[20], es más, dudo mucho de su existencia tangible y no dejan de crear cierta distorsión.

Creo, que lo verdaderamente esencial, tanto para el acceso de estos beneficiarios del programa a la asistencia sanitaria como para las prestaciones familiares es su *situación de necesidad* que se manifiesta en la *carencia de recursos económicos suficientes*, que a su vez se concretan entre los requisitos exigidos en las dos normas citadas para ambas prestaciones.

En consecuencia, no veo qué finalidad puede tener esta nueva característica de que se cotice durante la percepción de la renta activa de inserción, sobre todo en las condiciones de los apartados 1 y 4 del artículo 218 de la LGSS, pues no le van a servir en el futuro beneficiario del programa a efectos de las demás prestaciones de Seguridad Social tales como, incapacidad temporal, maternidad, paternidad, o cualquiera de las pensiones contributivas.

Quizá con tal medida se ha querido otor gar mayor solidez a la incorporación de la renta activa de inserción al engranaje de la Seguridad Social, olvidando que no por cotizar mientras se percibe la renta, deja de ser una prestación de naturaleza eminentemente asistencial. Y que tampoco es necesario que se ingresen cotizaciones para que se considere la prestación como de Seguridad Social, pues como decía, siempre quedará el nivel no contributivo para su ubicación, desde luego, el lugar más adecuado en mi opinión.

De cualquier forma, la novedad de la cotización no deja de ser un cambio significativo, y, seguramente objeto de comentarios contrapuestos.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Verdaderamente, después del sucinto análisis que acabo de exponer no resulta sencillo contestar a la pregunta de si, con el RD 1369/2006, se

[20] También, Esteban Legarreta, R.: *op. cit.*, pág. 70, considera que la referencia a las cotizaciones del artículo 206.2 LGSS (nivel asistencial de la acción protectora de desempleo) carece actualmente de sentido.

puede afirmar lo que aparece como título de la presente comunicación. Es decir, si la renta activa de inserción ha entrado a formar parte del sistema de la acción protectora de la Seguridad Social.

Para ello cabría distinguir entre la declaración del preámbulo del decreto, según el cual no hay duda de que «la renta activa de inserción forma parte así de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social», y las características que acompañan a la prestación, examinadas desde diversas ópticas.

Si atendemos a la naturaleza de la prestación, claramente asistencial, no habría inconveniente, siempre que se la encauzara hacia el nivel no contributivo, en lugar de en el ámbito contributivo, cómo parece desprenderse, habida cuenta del compromiso de que el Servicio Público de Empleo Estatal abone las cotizaciones mientras se percibe la renta activa de inserción. Cotizaciones que después de lo comentado no se sabe demasiado bien qué destino tienen, y si realmente se ingresan o existen.

Desde el punto de vista de la financiación de la renta activa de inserción, ésta se nutre de los mismos recursos que la prestación y el subsidio por desempleo (cotizaciones y aportación del Presupuesto del Estado). Lo cual es indicativo, de que se intenta dar una nueva vuelta de tuerca para incardinar a la prestación en el nivel contributivo. Sin embar go, a lo que me parece, la adscripción de una prestación a uno u otro nivel, no debería depender tanto de su financiación, pese a que se trata de una de las recomendaciones que se contemplan en el Pacto de Toledo y que el legislador ha plasmado en el artículo 86.2 de la LGSS, sino de su intrínseca naturaleza asegurativa o asistencial.

Desde la perspectiva normativa, ya comenté anteriormente que no veo claro que una disposición como el RD 1369/1006, con rango legal inferior a la LGSS, intente desarrollar la renta activa de inserción sin antes incorporarla en el muestrario de prestaciones de Seguridad Social que aparecen en el artículo 38 de la LGSS, pese a que la disposición final quinta.4 de la misma, habilite al Gobierno para regularla. Con ello, el problema se acentúa al preguntarme no sólo si se trata de una prestación contributiva o no contributiva, sino si es o no de Seguridad Social, pues no figura retratada como prestación en la propia Ley .

Con todo, creo que existe una decidida voluntad de que la renta activa de inserción forme parte del sistema de la Seguridad Social. Me lo confirma, sobre todo su cimentación como derecho subjetivo con base en indicios tales como su financiación o su carácter de permanencia.

Creo, sin embargo, que a la vista de la naturaleza de esta prestación eminentemente asistencial, aunque raramente contributiva por la cotización durante su percepción, lo que me despista muchísimo, corresponde-

ría incorporarla al nivel no contributivo de la acción protectora del Sistema, pues además se dirige a ciudadanos (trabajadores o no) pese a que en la disposición final quinta.4 de la LGSS y en el decreto se refiere en diversas ocasiones a los «desempleados» o concretando más el decreto a los «trabajadores desempleados» (¿regulación *ultra vires*?), sin embargo, en ningún momento se le se exige que haya sido trabajador , lo que sí se requiere en las prestaciones contributivas. La explicación podría ser la de que cualquier persona sin trabajo es un trabajador en potencia que se encuentra desempleado, pues no se trata de ninguno de los supuestos objeto de protección por desempleo del Título III de la LGSS, en donde se dice expresamente que se incluirán en el citado Título *quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo* (art. 203 LGSS), circunstancias que no tienen por qué producirse para ser admitidos al Programa de renta activa de inserción.

En definitiva, la renta activa de inserción se dirige a todos los ciudadanos sin trabajo (desempleados) con independencia de que hayan sido o no trabajadores, lo que confirma mi convicción y la de algún que otro autor que se trata de una prestación de alcance no contributivo.

Pese a todas estas reflexiones que pudieran dar lugar a ensombrecer el mérito de la creación y de los intentos de mejorar la renta activa de inserción, debemos felicitarnos porque estoy convencido que la nueva prestación supone un nuevo salto de calidad en la ampliación de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, dirigido a quien más lo necesitan: las personas con recursos económicos insuficientes que no tienen trabajo y que están dispuestos a realizar actividades que faciliten su inserción en el mercado de trabajo. Otra cosa son los aspectos técnicos jurídicos que sirven de cauce al Programa, los analizados, siempre mejorables, discutibles y discutidos como se acaba de ver .

Comunicación a la Ponencia Temática III

EL CONTENIDO PRESTACIONAL DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN EN EL RD 1369/2006: ¿ENTRE LAS POLÍTICAS ACTIVAS Y PASIVAS DE EMPLEO?

JOSEP MORENO GENÉ
Profesor (TEU) de Derecho del Trabajo y de la SS
Facultad de Derecho y Economía. Universidad de Lleida

SUMARIO:

I. EL CARÁCTER DUAL DEL CONTENIDO PRESTACIONAL DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: POLÍTICAS ACTIVAS VERSUS POLÍTICAS PASIVAS DE EMPLEO. —II. LA REORDENACIÓN DEL «DERECHO A LA INSERCIÓN LABORAL» DE LOS BENEFICIARIOS DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN TRAS EL RD 1369/2006.–1. El contenido específico de las acciones de inserción laboral previstas en la renta activa de inserción. 2. Otras ayudas dirigidas a la inserción laboral de los beneficiarios de la renta activa de inserción. 2.1. Ayudas para incentivar el trabajo. 2.2. Bonificaciones a la contratación de los beneficiarios de la renta activa de inserción en la Ley 43/2006.—III. LA INSUFICIENCIA DE LA GARANTÍA DE INSERCIÓN LABORAL: ¿SUPONE EL RD 1369/2006 UN PASO ATRÁS EN LA INSERCIÓN LABORAL DEL BENEFICIARIO DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN?

I. EL CARÁCTER DUAL DEL CONTENIDO PRESTACIONAL DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: POLÍTICAS ACTIVAS *VERSUS* POLÍTICAS PASIVAS

La aparición de la renta activa de inserción se enmarca en un proceso de transformación muy amplio que abarca la propia conceptuación del Estado Social y de Bienestar. Este proceso viene definido por la progresiva aproximación del «Welfare State», que inspiró inicialmente al Estado Social y de Bienestar, hacia el «Workfare State» que parece que cada vez con más fuerza se está implantando como fundamento del actual Estado Social y de Bienestar. Entre las diferentes transformaciones que vienen aparejadas a este proceso, el mismo se caracteriza fundamentalmente por trasladar el centro de gravedad de la protección social desde la tradicional voluntad de garantizar los ingresos necesarios para satisfacer las necesidades vitales, hacia instrumentos más dirigidos al servicio del componente activo de la política de empleo. En otras palabras, se pasa de la garantía de unos ingresos mínimos, a procurar de una manera prioritaria la inserción laboral. La renta activa de inserción, entendida como una ayuda específica que se destina a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo y que tiene por objeto proporcionar una renta de subsistencia a estas personas a cambio de su participación en acciones de capacitación o inserción laboral, pone de relieve como ninguna otra prestación este proceso de aproximación del «Welfare State» al «Workfare State».

Aunque la renta activa de inserción no ha abandonado plenamente los fundamentos en los que se basa el «Welfare State» sí que es cierto que supone un cambio en la conceptuación tradicional de la protección social, no en vano la misma no se configura como una simple medida asistencial reparadora, sino que adquiere una finalidad orientada a la creación de empleo. Esta transformación permite superar las críticas que generan las técnicas fundamentadas exclusivamente en las políticas pasivas o en la mera sustitución de ingresos, es decir, la falta de motivación de

los trabajadores, la falta de incentivos para la búsqueda de trabajo, el fomento de la mar ginalidad, la dependencia, etcétera. Por el contrario, la apuesta por medidas activas ha de permitir a sus beneficiarios resolver su situación por sus propios medios y , por tanto, les dota de plena autonomía laboral o social, en definitiva, permite insertarlos plenamente en la sociedad.

La renta activa de inserción se perfila, por tanto, en primer lugar, como una prestación de desempleo asistencial —no contributiva, tanto si se atiende a sus destinatarios, a sus requisitos, a su contenido, como a su gestión y financiación—. Aunque la renta activa de inserción se configura como una vía de protección por desempleo específica y diferenciada de los niveles contributivo y asistencial, se asimila en gran medida a este último nivel [1], siendo incluso más evidente la naturaleza asistencial de la renta activa de inserción que en el propio nivel asistencial de la protección por desempleo, no en vano, en la renta activa de inserción únicamente se exige el requisito de la insuficiencia de ingresos, sin vincularse a su vez a la pérdida de un trabajo previo y sin configurarse como una prórroga excepcional de la prestación contributiva. En definitiva, la renta activa de inserción se configura como un nivel complementario o asistencial de la protección por desempleo de segundo grado, siendo el subsidio ordinario el nivel complementario de esta protección de primer grado [2].

Sin embargo, en segundo lugar, la auténtica peculiaridad de la renta activa de inserción, que la diferencia del nivel contributivo y asistencial de la protección por desempleo, radica en que en tanto que éstas buscan de manera prioritaria la garantía de unos ingresos ante la falta de trabajo, la renta activa de inserción se centra, principalmente, en la previsión de un proceso intenso de acompañamiento ordenado hacia la inserción del beneficiario en el mercado de trabajo, configurándose por tanto de forma prioritaria como un instrumento de fomento de empleo [3]. En otros términos, la propia denominación de esta prestación, que se califica como «activa», pone de manifiesto que la misma no se limita a la utilización de mecanismos de cobertura «pasivos», que se limitan a conceder prestaciones económicas complementarias o sustitutivas de la falta o insuficiencia de rentas propias, sino que fundamentalmente se acude a instru-

---

[1] Rabanal Carbajo, P.: «Disposiciones adicionales». *Documentación Laboral*, núm. 67/2003, pág. 170.

[2] Cavas Martínez, F.: «Protección por desempleo e inserción laboral: balance provisional de los programas de renta activa de inserción 2000/2003». *Aranzadi Social*, vol. V, 2003, pág. 193.; Cristóbal Roncero, R.: «El programa de la renta activa de inserción en la Ley 42/2002» en Sempere Navarro, A. V. (Coord.): *Empleo, Despido y Desempleo tras las Reformas del 2002*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2002, pág. 280.

[3] Esteban Legarrete, R.: «Fomento de empleo e intermediación de los beneficiarios de la renta activa de inserción: un estudio de su evolución». *Temas Laborales*, núm. 74/2004, pág. 47 y Esteban Legarrete, R.: *La renta activa de inserción*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

mentos «proactivos» que, además de cubrir las necesidades económicas de esas personas, tratan de ayudarlas en su inclusión social, fundamentalmente a través de la superación de sus dificultades personales de acceso y permanencia en el mercado de trabajo [4].

En definitiva, la renta activa de inserción se perfila como un programa mixto que combina técnicas y objetivos propios tanto de las políticas pasivas de empleo (protección económica del desempleado), como de las políticas activas de empleo (mecanismos de mejora de la ocupabilidad y de la inserción socioprofesional) [5]. Este objetivo dual de la renta activa de inserción que se reconoce de forma expresa en el propio Preámbulo del RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el cual se regula la renta activa de inserción, se traslada a todos y cada uno de los aspectos de la misma y , por tanto, al conjunto de prestaciones que configuran su contenido [6]. En este sentido, las especiales necesidades económicas por las que atraviesan los beneficiarios de la renta activa de inserción hacen necesario el establecimiento de una ayuda económica dirigida a remover o, en su caso, mitigar esta situación. Y, asimismo, las especiales dificultades para encontrar trabajo de estos colectivos hacen necesaria la adopción de acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional a favor de los trabajadores desempleados. En las rentas activas de inserción confluyen, por tanto, dos derechos diferentes: el derecho a la garantía de un nivel mínimo de rentas y el derecho a la provisión de itinerarios de inserción.

Pues bien, a partir de estas premisas, en esta comunicación se pretende analizar cuál es el contenido y alcance actual de la garantía de in-

---

[4] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «La normalización de la renta activa de inserción». *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2007. El autor considera que «con la renta activa, además de garantizar o conceder , como es propio de las prestaciones asistenciales, un «mínimo vital» o de subsistencia a personas en situación de necesidad, se pretende combatir y corregir la situación de exclusión social de individuos o grupos que tienen especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, mediante un proceso de inserción laboral que requiere la colaboración activa de esas personas para poder salir de su situación de exclusión».

[5] Cavas Martínez, F.: «Protección por desempleo...», cit. pág. 192. En parecidos términos, De la Puebla Pinilla, A.: «Avance y continuidad en las políticas de inserción de los excluidos. Dos medidas recientes: el RD 364/2005, sobre medidas alternativas a la contratación de discapacitados y el RD 205/2005, sobre programa de renta activa de inserción para 2005». *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2005, pág. 76, considera que la renta activa de inserción combina las técnicas de ayuda económica y las activas de inserción, basándose no sólo en el compromiso prestacional del poder público, sino también en el compromiso personal del individuo de llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para conseguir el objetivo de incorporarse al mercado de trabajo.

[6] Este carácter dual se pone de manifiesto en la STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2002 (JUR 124697), que procede a identificar las competencias de la Comunidad Autónoma y del INEM, poniendo de manifiesto que a la primera, en virtud de la transferencia correspondiente y de la normativa aplicable al respecto no se le atribuyen más que las políticas activas en materia de trabajo, ocupación y formación, pero no el reconocimiento y posterior abono de la prestación que es competencia del INEM —políticas pasivas.

serción laboral prevista en la renta activa de inserción y , en particular, cual ha sido el impacto del RD 1369/2006 sobre esta materia, con la finalidad de determinar si tras la aprobación de esta norma la renta activa de inserción se sigue manteniendo a medio camino entre las políticas activas y pasivas de empleo, o si bien, por el contrario, tras la aprobación de la misma se diluye de algún modo el protagonismo de la garantía de inserción laboral en favor de la garantía de ingresos.

II. LA REORDENACIÓN DEL «DERECHO A LA INSERCIÓN LABORAL» DE LOS BENEFICIARIOS DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN TRAS EL RD 1369/2006

1. El contenido específico de las acciones de inserción laboral previstas en la renta activa de inserción

El RD 1369/2006, de 24 de noviembre, recoge las acciones de inserción laboral dirigidas a los beneficiarios de la renta activa de inserción en su artículo 7. Como acertadamente se ha indicado, la regulación exhaustiva que se contiene en este precepto conforma un verdadero cuadro detallado de derechos subjetivos en materia de intermediación o de formación profesional ocupacional, que distingue al beneficiario de la renta activa de inserción de cualquier otro demandante de empleo [7]. El detalle con el que se desarrollan estos derechos ha permitido afirmar incluso que los sucesivos programas de renta activa de inserción incorporan un particular derecho subjetivo al acompañamiento en la inserción, sin perjuicio que al mismo tiempo también generen obligaciones para sus destinatarios [8].

Este derecho subjetivo al acompañamiento en la inserción se concreta actualmente en el establecimiento de como mínimo tres acciones de inserción laboral, siendo función de los servicios públicos de empleo la definición de las acciones que deberán aplicarse a los trabajadores. Tales acciones son: a) el desarrollo de un itinerario personalizado de inserción laboral; b) la gestión de ofertas de empleo; c) las acciones relativas a la incorporación a planes de empleo o formación. Si bien el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, ha procedido a simplificar estas acciones, de tal manera que de las cuatro acciones contempladas en el RD 205/2005, de 25 de febrero, se ha pasado a las tres indicadas, sin embar go, no se ha eliminado ninguna de las acciones previstas en el programa de renta activa anterior, habiéndose procedido únicamente a su reordenación, de modo

---

[7] Molina Hermosilla, O. y Molina Navarrete, C.: «Más acá y más allá del trabajo»: comentario a la Ley 56/2003 de empleo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 251/2004, págs. 63 y 64.

[8] Molina Navarrete, C.: «Las «rentas activa de inserción»: un viaje inacabado desde la «marginalidad» a la «centralidad» del sistema». *Relaciones Laborales*, núm. 4/2003, pág. 454 y Esteban Legarreta, R.: «Fomento del empleo e intermediación…» cit. pág. 52.

que el asesoramiento individualizado que gozaba de autonomía y sustantividad propia ha pasado a integrarse como una fase más de la acción de desarrollo del itinerario personalizado de inserción laboral. Veamos brevemente en que consiste cada una de estas acciones.

A) *El desarrollo del itinerario personalizado de inserción laboral*

En relación con la primera acción de inserción prevista por el artículo 7 del RD 1369/2006, de 24 de noviembre, es decir , el desarrollo del itinerario de inserción laboral, se prevé que a partir de la admisión en el programa y en el plazo máximo de 15 días se fije el desarrollo del itinerario de inserción laboral del beneficiario. Como se puede observar , esta acción ya pone de manifiesto la vocación de personalizar las acciones de inserción laboral, adaptándolas a cada beneficiario en particular , en tanto que no se plantea el establecimiento de un itinerario de inserción laboral genérico, sino específico para cada concreto beneficiario de la renta activa de inserción. Esta opción se pone de manifiesto posteriormente cuando la norma se refiere a un plan personal de inserción laboral [9]. Para el establecimiento de este itinerario de inserción laboral la normativa establece un período relativamente corto de 15 días, lo cual debe valorarse de forma positiva, puesto que el perfil de los sujetos beneficiarios de esta prestación requiere normalmente de una actuación inmediata y sin dilaciones innecesarias. Dentro de este período se pueden distinguir las siguientes etapas:

a) La asignación al trabajador de un asesor de empleo (el asesoramiento individualizado)

En relación con el asesoramiento individualizado, es necesario indicar que la admisión a la renta activa de inserción supone la asignación al trabajador de un asesor de empleo, que a modo de un servicio de orientación profesional individualizado, será el encar gado de llevar a cabo un asesoramiento individualizado del beneficiario. Con independencia del grado de intensidad que deba atribuirse a la figura del asesor y a su función de asesoramiento, lo que sí está claro es que la renta activa de inserción incorpora como novedad respecto a otras medidas de protección

[9] En la misma dirección, Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M. R.: «El «derecho a» y las «políticas de» de inserción a favor de los desempleados más vulnerables: balance del quinquenio de «rentas activas de inserción». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. *CEF*, núm. 268/2005, pág. 10, consideran que «frente al tratamiento «colectivo», y en gran medida rutinario y burocratizado, de las medidas de protección social de corte tradicional, se viene reivindicando una creciente «individualización» de lo social, con objeto de garantizar una respuesta adecuada y eficaz a cada situación, única o especial, vivida por cada persona potencialmente beneficiaria».

ante la situación de desempleo el asesoramiento individualizado en la búsqueda de empleo del beneficiario de esta prestación, que puede ser considerada como una verdadera asesoría social individualizada de búsqueda de trabajo. La previsión de un asesor individual, así como la elaboración de un plan personal de inserción laboral se configuran como dos instrumentos muy adecuados para afrontar la inserción laboral, especialmente, cuando nos encontramos ante colectivos con especiales dificultades para encontrar trabajo como son aquellos a los que va dirigida la renta activa de inserción. Únicamente con acciones de inserción laboral que tengan en cuenta las circunstancias específicas —laborales y/o sociales— de cada uno de los beneficiarios de la renta activa de inserción, huyendo de tratamientos uniformadores, se podrá alcanzar el objetivo de la inserción.

Se pueden distinguir tres grupos diferentes de funciones del asesor de empleo: en primer lugar, se prevé el seguimiento y actualización del itinerario de inserción del beneficiario, aunque a diferencia de programas anteriores de la renta activa de inserción el actual artículo 7 a) del RD 1369/2006 no fija con qué periodicidad se tendrá que llevar a cabo esta función; en segundo lugar, el asesor de empleo tiene como función proponer y evaluar las acciones de mejora de la ocupabilidad del beneficiario de la renta activa de inserción; y, finalmente, el asesor tendrá como función informar de los incumplimientos de las obligaciones por parte del beneficiario de la renta activa de inserción cuando éstas se produzcan.

b) La entrevista profesional

Con la entrevista profesional se pretende que el asesor de empleo complete y actualice la información profesional sobre el trabajador que ya figura en los servicios públicos de empleo y que resulte necesaria para definir su perfil profesional. Resulta obvio que si se quiere realizar un asesoramiento individualizado y elaborar un plan personal de inserción laboral, la información profesional sobre el beneficiario de la prestación ha de constituir el elemento clave sobre el cual debe pivotar el posterior proceso de inserción del mismo. Esta información debe ser lo más amplia, completa y veraz posible, ya que en caso contrario las acciones de inserción que se adoptaran podrían ir dirigidas en una dirección equivocada. Pues bien, esta información no siempre se puede obtener a partir del simple expediente o historial laboral del beneficiario, sino que en muchas ocasiones la única manera efectiva de garantizar que determinadas informaciones básicas para la inserción sean conocidas y, por tanto, tenidas en cuenta, es a través de la información que pueda proporcionar directamente el beneficiario a través de la entrevista personal. En esta finalidad es donde encuentra plena vigencia y utilidad la entrevista profesional prevista por la renta activa de inserción.

c) Elaboración y actualización del plan personal de inserción laboral.

En esta etapa del desarrollo del itinerario personalizado de inserción laboral ya se procede a la elaboración del plan personal de inserción laboral. Como no podía ser de otra manera, esta actuación parte de la información personal, profesional y formativa obtenida en la entrevista con el beneficiario. A partir de esta información la normativa prevé que el asesor de empleo establezca el diagnóstico de la situación del trabajador y el itinerario personal de inserción laboral con el calendario y las acciones que se vayan a desarrollar . Este itinerario personalizado de inserción laboral que tiene que elaborar el asesor de empleo tendrá que contener tanto las acciones que se hayan de seguir , como el calendario durante el cual las mismas se han de desarrollar . No hace falta decir que las acciones previstas tendrán que ajustarse al diagnóstico de la situación del beneficiario y se tendrán que ordenar cronológicamente a efectos de que puedan seguirse satisfactoriamente por el mismo. Ahora bien, el establecimiento de estas acciones y de su cronología no se efectúa de una manera estática, es decir , partiendo de la situación inicial del beneficiario, sino de una manera dinámica, teniendo en cuenta la evolución y , en su caso, el cambio de circunstancias personales, profesionales y formativas que pueda sufrir el beneficiario. En este sentido, la normativa prevé que se realizará un seguimiento y actualización periódica de dicho itinerario personalizado de inserción laboral (art. 7 a) «in fine» del RD 1369/2006) [10].

B) *La gestión de ofertas de empleo*

La segunda acción de inserción laboral prevista en el programa de renta activa de inserción consiste en la gestión de ofertas de empleo, a partir de la cual el asesor de empleo promoverá la participación del beneficiario en los procesos de selección para cubrir ofertas de empleo. A partir de esta previsión, se ha deducido por parte de un sector doctrinal un cierto derecho preferencial de los beneficiarios de la renta activa de inserción en la cobertura de las ofertas de trabajo gestionadas por los servicios públicos de empleo y las entidades que colaboran con los mismos, si bien, inmediatamente se reconoce que este derecho preferencial tendría que establecerse de una manera más clara y razonada, en tanto que implica relegar otros criterios como la antigüedad del demandante [11]. El

[10] Fernández Avilés, J. A.: «El programa de renta activa de inserción para el año 2002 (Comentario a la disposición adicional 1.ª del RD Ley 5/2002, de 24 de mayo)». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 114/2002, pág. 912, considera que el éxito de la inserción laboral depende en gran medida de que los sujetos públicos encar gados de su ejecución tengan la suficiente capacidad de actualización o puesta al día en acciones innovadoras y adecuadas a cada contexto social.

[11] Esteban Legarreta, R.: «Fomento del empleo e intermediación…», cit. pág. 58. El autor considera que este derecho preferencial no siempre sería de recibo.

término empleado para definir esta acción de inserción laboral, es decir , que el asesor «promoverá» la participación del trabajador en los procesos de selección, no parece sin embar go que permita concluir que existe este derecho preferencial, sino más bien la realización por parte del asesor de una tarea de asesoramiento, selección e incluso de preparación del beneficiario, con el fin de participar con mayores garantías en los citados procesos de selección.

C) *La incorporación a planes de empleo o formación*

La tercera acción de inserción laboral prevista en favor de los beneficiarios de la renta activa de inserción consiste en la incorporación a planes de empleo o formación. A tal efecto el apartado c) del artículo 7 del RD 1369/2006 prevé que los trabajadores que se encuentren desarrollando un itinerario personalizado de inserción laboral puedan ser considerados para su participación en los diversos planes o programas de empleo o formación que se enumeran. Esta acción de inserción laboral ha sido la que sin lugar a dudas ha sufrido mayores alteraciones en relación con el anterior artículo 8 del RD 205/2005, de modo que para su correcta comprensión es necesario analizar los cambios introducidos por el RD 1369/2006.

En primer lugar, la anterior configuración de esta acción de inserción laboral quedaba supeditada a que en el plazo de los 45 días siguientes a la admisión al programa el trabajador no se hubiera incorporado a un trabajo, en otros términos, se preveía que si en el plazo de los 45 días siguientes a la admisión al programa el trabajador no se hubiera incorporado a un trabajo, los servicios públicos de empleo promoverían con carácter prioritario sobre otros colectivos su incorporación en determinados planes o programas de empleo o formación. Como se puede observar , a diferencia de otras acciones de inserción, esta última no se aplicaba desde el momento de la incorporación del beneficiario al programa de renta activa de inserción, sino que se establecían dos requisitos adicionales y acumulativos para poner en marcha esta acción de inserción laboral: un período de espera de 45 días desde la admisión al programa y que el beneficiario de la renta activa de inserción no se hubiera incorporado durante este período a un trabajo. Con la previsión de este período de espera se pretendía con toda probabilidad dar un tiempo para que el trabajador pudiera encontrar un empleo sin necesidad de incorporarse a determinados planes de empleo o formación que siempre resultaban más gravosos y costosos, tanto para los servicios de empleo, como para el propio beneficiario. Únicamente y de forma subsidiaria si el beneficiario de la renta activa de inserción no obtenía un empleo en el período de 45 días, se pondría en marcha esta acción de inserción, en tanto que se habría puesto de manifiesto la imposibilidad o gran dificultad de inserción laboral por medio únicamente de las acciones anteriormente analizadas.

A pesar de la finalidad perseguida por este período de espera, la exigencia de este requisito había sido criticada por la doctrina, que había considerado que se trataba de un elemento dilatorio difícilmente comprensible desde la finalidad de inserción laboral del trabajador , sobre todo si se tenía en cuenta que se trataba de trabajadores desempleados que requerían actuaciones de carácter inminente[12]. En otros términos, se consideraba que si el trabajador había accedido a este programa precisamente por sus especiales dificultades para encontrar trabajo, ya había quedado acreditada la necesidad de poner en marcha todas las posibles acciones de inserción sin necesidad de cumplir ningún tipo de período de espera, no en vano, cualquier retraso en la inserción laboral del beneficiario puede aproximarlo cada vez más a situaciones de mar ginalidad y/o exclusión social. Probablemente con esta finalidad, el artículo 7 c) del RD 13569/2006 ha procedido a eliminar este período de espera de 45 días para poder acceder a los planes de empleo o formación, de modo que ahora a partir de la admisión al programa y en el plazo máximo de 15 días, que es el período máximo para el desarrollo del itinerario personalizado de inserción laboral del trabajador , el mismo podrá ser incorporado a planes de empleo o formación.

La segunda novedad que introduce el artículo 7 c) RD 1369/2006 respecto a los anteriores programas de renta activa de inserción consiste en la supresión del acceso prioritario sobre otros colectivos del beneficiario de la renta activa de inserción a los indicados planes de empleo o formación. A tal efecto, el anterior artículo 8 d) RD 205/2005 preveía que una vez cumplido el período de espera fijado por la normativa en relación con el desarrollo de esta acción de inserción laboral, la incorporación del beneficiario a los planes de empleo o formación se realizaría con carácter prioritario sobre los otros colectivos. A diferencia de lo que sucedía en relación con la gestión de ofertas de empleo, ahora no cabía duda que los beneficiarios de la renta activa de inserción tenían prioridad sobre cualquier otro colectivo a la hora de acceder a los planes de empleo o formación [13]. Las especiales características de los colectivos a los cuales se dirige la renta activa de inserción justificaban sobradamente a nuestro parecer este criterio de priorización respecto a otros como, por ejemplo, el de la antigüedad.

Esta previsión consistente en priorizar a este colectivo de beneficiarios de la renta activa de inserción frente a otros colectivos, sin embargo, también podía plantear dudas, en tanto que en la práctica podía su-

---

[12] Fernández Avilés, J. A.: «El programa de renta activa de inserción…», cit. pág. 913 y De la Casa Quesada, S. y Molina Hermosilla, O.: «La renta activa de inserción: una cierta incursión estatal en el ámbito de las políticas de inserción. Comentario al RD 781/2001, de 6 de julio». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 224/2001, pág. 126.

[13] Esteban Legarreta, R.: «Fomento del empleo e intermediación…», cit. pág. 64, consideraba que el uso de la expresión «acceso prioritario» pretendía afirmar un «cuasi-derecho subjetivo» a la formación profesional ocupacional para los beneficiarios de la renta activa de inserción, lo que no estaba formulado en estos términos para ningún otro colectivo.

poner la postergación en el acceso a estos planes de empleo o formación de colectivos que también tuvieran especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo, pudiendo dar lugar a resultados discriminatorios en ningún caso deseados. Tal vez ante este temor, el artículo 7 c) RD 1369/2006 ha suprimido cualquier mención que permita atribuir a los beneficiarios de la renta activa de inserción un derecho preferente de acceso a los planes de empleo o formación frente a otros colectivos.

Una tercera novedad que introduce el redactado de esta acción de inserción laboral consiste en que la misma, es decir, la incorporación a planes de empleo o formación se restringe a aquellos trabajadores que se encuentren desarrollando un itinerario personalizado de inserción laboral. En este punto cabe recordar que la redacción del programa de renta activa de inserción regulado por el RD 205/2005 no había incorporado la previsión sí contemplada de forma expresa en programas anteriores de que la incorporación del beneficiario a estos planes o programas de empleo o formación se tuviera que realizar atendiendo al itinerario que se hubiera determinado como más adecuado para su inserción laboral. No parecía sin embargo que esta alteración comportara ningún efecto, dado que a pesar de que no se preveía de forma expresa, parecía lógico que esta acción de inserción laboral tuviera que atender igualmente al itinerario de inserción laboral previamente establecido. Con la redacción introducida por el artículo 7 c) RD 1369/2006 no cabe duda de que la incorporación a planes de empleo o formación deberá atender al desarrollo del itinerario personalizado de inserción laboral.

La cuarta novedad introducida por el artículo 7 c) RD 1369/2006 alcanza al propio contenido de esta acción de inserción laboral. En este punto cabe recordar que el artículo 8 d) RD 205/2005 especificaba cuáles eran los concretos planes o programas a los que de forma prioritaria se podía incorporar el beneficiario de la renta activa de inserción, indicando además las finalidades que se pretendían con esta incorporación, así como el régimen jurídico por el cual se regía esta participación. Por el contrario, el artículo 7 c) RD 1369/2006 se limita a enumerar los diversos planes o programas en los que puede considerarse conveniente la participación de los beneficiarios de la renta activa de inserción que se encuentren desarrollando un itinerario personalizado de inserción laboral, sin establecer, salvo excepciones, de forma expresa las finalidades que se persiguen con la incorporación de los mismos en los citados planes o programas, ni un tratamiento específico en los mismos por ser beneficiarios de la renta activa de inserción, remitiéndose en este punto a lo previsto con carácter general en la normativa específica.

Por el contrario, se mantiene en lo esencial el listado de planes de empleo o formación a los que puede incorporarse el beneficiario de la renta activa de inserción que ya se recogían en el RD 205/2005, si bien,

con algunas modificaciones de orden menor . A tal efecto se incluyen los siguientes planes o programas: Orientación Profesional; Plan Nacional de Formación e Inserción profesional; Programa de Talleres de empleo o Programa de Escuelas-Taller y Casas de Oficios; Planes de Empleo para la contratación de desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social, que proporcionen la adquisición de práctica profesional adecuada; Programas Experimentales o Integrados para el empleo, que combinen acciones de diferente naturaleza, tales como información y asesoramiento, formación, práctica laboral y movilidad geográfica; Asesoramiento al autoempleo y otros programas dirigidos a la inserción de los desempleados. Como puede observarse, las principales novedades que se incorporan respecto a la regulación anterior son las referencias a la «orientación profesional» y a los «planes experimentales o integrados para el empleo».

Con la incorporación del beneficiario de la renta activa de inserción a estos planes de empleo y formación se pone de manifiesto una vez más que la inserción laboral depende en última instancia de la conjunción de dos elementos: formación y práctica profesional. Con el fin de conseguir estos objetivos, los diferentes planes o programas a los que hace referencia esta acción de inserción laboral combinan la formación, más bien teórica —Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional—, y la práctica profesional —Programa de Talleres de empleo o Programas de Escuelas—Taller y Casas de Oficios, y planes de empleo dirigidos a la contratación de desempleados en la realización de obras o servicios de interés general—. En todo caso, el perfil de los colectivos que se benefician de la renta activa de inserción —personas de edad avanzada con poca formación—, hace conveniente que su formación sea eminentemente práctica[14].

El RD 1369/2006 en la línea iniciada por el programa de renta activa de inserción para el año 2005 mantiene la supresión de la última acción de inserción laboral que sí se contenía en los anteriores programas para el año 2003 y 2004, consistente en la incorporación del beneficiario de la renta activa de inserción a trabajos de colaboración social. Asimismo, el artículo 7 del RD 1369/2006 tampoco ha incorporado la previsión expresa, que sí se contenía en programas anteriores —programa para el año 2001 y 2002—, consistente en la incorporación del beneficiario de la renta activa de inserción en acciones de voluntariado, lo que compor-

[14] De la Casa Quesada, S. y Molina Hermosilla, O.: «La renta activa de inserción…», cit. pág. 127, consideran que con la incorporación del beneficiario a planes de formación, en el caso de que posteriormente no se aseguren los medios necesarios para que el sujeto pueda quedar incorporado de manera efectiva en el mercado de trabajo, se corre el riesgo que pueda entenderse cumplida estadísticamente en muchos casos la ansiada finalidad de la inserción laboral, sin que este dato se corresponda con una participación efectiva y real de estos sujetos en el mercado de trabajo.

ta la exclusión de los trabajos de voluntariado social, salvo que los mismos pudieran incluirse en la remisión genérica que se realiza a «otros programas dirigidos a la inserción laboral de los desempleados».

2. OTRAS AYUDAS DIRIGIDAS A LA INSERCIÓN LABORAL DE LOS BENEFICIARIOS DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

2.1. Ayudas para incentivar el trabajo

El artículo 6 del RD 1369/2006 ha mantenido las ayudas para incentivar el trabajo puestas en marcha en el programa de la renta activa de inserción para el año 2005. En concreto, el artículo 6 establece que los trabajadores admitidos en el programa, que realicen un trabajo por cuenta propia o ajena a tiempo completo, percibirán una ayuda equivalente al 25% de la cuantía de la renta durante un máximo de 180 días a partir del primer día de trabajo tras la solicitud de admisión al programa, con independencia del número de contratos de trabajo o actividades por cuenta propia realizados. La percepción de la ayuda no minorará la duración de la renta activa de inserción —1 1 meses—, sin perjuicio de la aplicación de las normas establecidas en los arts. 9.1 d) —baja del programa— y 10.1 d) —incompatibilidades—.

La normativa reguladora de la renta activa de inserción contiene, por tanto, una ayuda económica para aquellos que obtengan un empleo, con la finalidad clara de incentivar a los desempleados a buscar trabajo, superando el posible conformismo que se podría derivar de la percepción de la prestación[15]. En otras palabras, parece que se quiera evitar que el perceptor de la renta activa de inserción se conforme con la renta activa de inserción que está recibiendo, antes que acudir a un trabajo que en no pocas ocasiones no comportará una retribución muy superior a la prestación prevista en la renta activa de inserción. Por el contrario, se considera que la ayuda para incentivar el trabajo que se tendrá que sumar a la retribución correspondiente al trabajo que se realiza puede suponer una mejora de la «retribución total» del trabajador, que haga mucho más atractiva la aceptación de un trabajo. Nuevamente, encontramos una visión recelosa del beneficiario de la renta activa de inserción al cual parece que es necesario motivar de una manera especial para que se implique en la búsqueda y obtención de un trabajo.

A partir de esta concepción se explican todos los elementos que definen a estas ayudas: en primer lugar , los beneficiarios directos de las mismas serán, para variar , los propios trabajadores y no los empresarios; en segundo lugar, el trabajo que se realiza puede ser tanto por cuenta propia

[15] En la misma dirección, *vid*. Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M. R.: «El «derecho a» y las «políticas de» de inserción…», cit. pág. 30.

como por cuenta ajena a tiempo completo, de modo que no se contempla la posibilidad de acceder a estas ayudas cuando se realiza un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, el cual ya es compatible con la renta activa de inserción; en tercer lugar, la cuantía de la ayuda será del 25% de la cuantía de la renta, es decir, 96 euros mensuales aproximadamente para el año 2006 —cerca de 100 euros mensuales para el año 2007—; en cuarto lugar, la duración de esta ayuda será de un máximo de 180 días a partir del primer día de trabajo después de la solicitud de la admisión al programa, con independencia del número de contratos de trabajo o actividades por cuenta propia realizadas. En consecuencia, el período máximo durante el cual se disfrutará de esta ayuda será de 180 días, si bien, no será necesario que los mismos sean consecutivos, sino que se podrá extender a lo largo de sucesivos trabajos —por cuenta propia o ajena a tiempo completo— realizados por el beneficiario; en quinto lugar, la percepción de la ayuda no reducirá la duración de la renta activa de inserción de 11 meses, de manera que una vez finalizado el trabajo por cuenta propia o ajena a tiempo completo realizado por el beneficiario, éste podrá disfrutar del tiempo que le reste de percepción de la renta activa de inserción. El propio artículo 6, sin embargo, contiene la salvedad de lo que se prevea al respecto en los arts. 9.1 d) y 10.1 d) del RD 1369/2006, en materia de baja al programa y de incompatibilidades, respectivamente; y, finalmente, se prevé una única exclusión para el acceso a esta ayuda para incentivar el trabajo, al preverse que la misma no se aplicará a los contratos subvencionados por el servicio público de empleo estatal.

Por lo que hace referencia a la tramitación de estas ayudas, el artículo 6 del RD 1369/2006 prevé que en el caso de trabajadores por cuenta ajena a tiempo completo, la ayuda se reconocerá a solicitud del interesado, incorporada por una sola vez en la solicitud de admisión al programa por si se dieran en el futuro las condiciones para su obtención, y para el caso de trabajadores por cuenta propia, la ayuda se reconocerá previa solicitud del interesado en la que se comunique el inicio de la actividad. En consecuencia, se ha querido facilitar al máximo posible la tramitación del procedimiento para acceder a estas ayudas, especialmente, en relación a los trabajadores por cuenta ajena a tiempo completo que únicamente tendrán que solicitarla una vez cuando soliciten la admisión al programa, de manera que no será necesario reiterar esta solicitud en las sucesivas veces en la que se tenga derecho a percibirla. Por el contrario, cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, éstos tendrán que solicitar la ayuda cada vez que quieran acceder a la misma comunicando previamente el inicio de la actividad. Asimismo, el artículo 12.4 establece respecto al pago de esta ayuda que la misma «se realizará mensualmente, por los días que el trabajador por cuenta ajena a tiempo completo figure en alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social, o por los días efectivos de actividad como trabajador autónomo».

2.2. Bonificaciones a la contratación de los beneficiarios de la renta activa de inserción en la Ley 43/2006

Otra medida que tradicionalmente se ha vinculado a la inserción laboral de los beneficiarios de la renta activa de inserción ha sido la previsión de bonificaciones para la contratación de sus beneficiarios. Ahora bien, a diferencia del resto de acciones de inserción laboral previstas, estas bonificaciones no se han recogido en la norma reguladora del correspondiente programa de renta activa de inserción, sino en los diversos y sucesivos programas para el fomento del empleo que se aprueban periódicamente. De esta manera, al margen del primer programa para el año 2000, que no vino acompañado de previsión de bonificaciones referidas específicamente a los beneficiarios de la renta activa de inserción —aunque a los mismos les resultaban aplicables las bonificaciones previstas para los trabajadores mayores de 45 años—, ya el programa para el año 2001 vino acompañado de las bonificaciones previstas específicamente para este colectivo por el correspondiente programa de fomento del empleo para el año 2001 (Ley 12/2001, de 9 de julio). La previsión de estas bonificaciones se ha mantenido de forma casi inalterable hasta el programa de fomento de la contratación indefinida previsto para el año 2006, de manera que los sucesivos programas de renta activa de inserción se veían respaldados por las correspondientes bonificaciones previstas específicamente para el colectivo de beneficiarios de la renta activa de inserción en los paralelos programas para el fomento del empleo.

En la dirección señalada y de conformidad con el programa de fomento del empleo para el año 2006 previsto por la Disposición Adicional 50.ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, la contratación de desempleados admitidos en el programa que contempla la ayuda específica denominada renta activa de inserción, daba lugar a las siguientes bonificaciones: en primer lugar, una bonificación básica del 65% de las cuotas empresariales por contingencias comunes durante los 24 meses siguientes —2 años— al inicio de la vigencia del contrato; en segundo lugar, cuando se trataba de beneficiarios de la renta activa de inserción, mayores de 45 años y hasta los 55 años, transcurridos los dos primeros años de bonificación se tenía derecho a una bonificación del 45% de la cuota empresarial para contingencias comunes durante el resto de la vigencia del contrato; y, finalmente, la bonificación prevista en el segundo supuesto se aumentaba hasta el 50% durante el resto de vigencia del contrato cuando los trabajadores fueran mayores de 55 años y hasta los 65 años. Al margen de estas bonificaciones, cabe recordar que algunos de los colectivos que se beneficiaban de la renta activa de inserción tenían acceso a otras bonificaciones previstas específicamente para ellos, con independencia de que los mismos fueran o no beneficiarios de la renta activa de inserción. En estos supuestos, lógicamente, el acceso a unas u otras bonificaciones dependería de cuales fueran más beneficiosas en cada momento.

En este panorama, sin embar go, irrumpieron en un primer momento el acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, firmado por los agentes sociales y el Gobierno el 9 de mayo de 2006 (en adelante,AMCE) y, posteriormente, su concreción normativa, es decir , el RD-Ley 5/2006, de 9 de junio —posterior Ley 43/2006, de 29 de diciembre—, que introdujeron un novedoso programa de fomento de la contratación que derogó la citada Disposición Adicional 50.ª que contenía el programa de fomento del empleo para el año 2006 (Disposición Derogatoria Única del RD-Ley 5/2006 —Ley 43/2006—). Entre las diversas características y peculiaridades de este nuevo modelo para el fomento de la contratación cabe destacar la eliminación de cualquier referencia expresa a los beneficiarios de la renta activa de inserción entre los colectivos a los cuales va destinado el citado programa.

En este sentido, el artículo 2 del RD-Ley 5/2006 —Ley 43/2006— enumera los colectivos de trabajadores desempleados cuya contratación será objeto de bonificación, entre los cuales se encuentran las mujeres —ya se trate de mujeres en general, mujeres contratadas en los 24 meses siguientes a la fecha del parto, de la adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o mujeres que se reincorporen al empleo después de 5 años de inactividad laboral—, los mayores de 45 años, los jóvenes con edades comprendidas entre los 16 y los 30 años, los trabajadores inscritos como desempleados ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante al menos 6 meses, las personas con discapacidad, las víctimas de violencia de género o doméstica y los trabajadores en situación de exclusión social. A estos colectivos debe añadirse además la incentivación de la transformación en indefinidos de determinados contratos temporales.

Como puede deducirse de esta enumeración de los colectivos destinatarios de este programa de fomento del empleo, entre los mismos no se encuentran directamente recogidos los beneficiarios de la renta activa de inserción. Con toda probabilidad la justificación de la ausencia de este colectivo, junto con los perceptores de las prestaciones y subsidios por desempleo y de la renta agraria, se encuentra en que normalmente estos colectivos ya se encontrarán inscritos como desempleados ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante al menos 6 meses, con lo cual ya podrán acceder a los incentivos previstos para este supuesto. Además, la comparativa entre los colectivos beneficiarios de la renta activa de inserción y los colectivos cuya contratación es objeto de incentivo por parte del RD-Ley 5/2006 —Ley 43/2006— ponen de manifiesto que en la práctica los destinatarios de la renta activa de inserción sí podrán beneficiarse de importantes incentivos para su contratación.

En esta dirección, el primer colectivo de beneficiarios de la renta activa de inserción, es decir , los desempleados mayores de 45 años inscritos ininterrumpidamente como desempleados en la oficina de empleo du-

rante 12 o más meses, verán incentivada su contratación indefinida con una bonificación de 1200 euros/año (100 euros/mes) durante toda la vigencia del contrato. Por lo que respecta al segundo colectivo de beneficiarios, es decir, las personas que acrediten una minusvalía en grado igual o superior al 33% o tengan reconocida una incapacidad que suponga una disminución en su capacidad laboral del porcentaje anteriormente indicado, tras la aprobación de la Ley 43/2006, podrán acceder a todo un abanico de bonificaciones según el tipo de contratación —contratación indefinida, contratos temporales de fomento del empleo, transformación en indefinidos de contratos formativos, etcétera— y según la situación específica en que se encuentre cada beneficiario —mayores de 45 años, mujeres, etcétera—. Finalmente, la contratación de víctimas de violencia de género o doméstica también dará acceso a bonificaciones. En este sentido, los empleadores que contraten indefinidamente a personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género en los términos de la Ley Or gánica 1/2004 o de víctima de violencia doméstica, sin que sea necesaria la condición de estar en situación de desempleo, tendrán derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante 4 años. Asimismo, en el caso de que se celebren contratos temporales con estas personas se tendrá derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 50 euros/mes (600 euros/año), durante toda la vigencia del contrato.

Como puede observarse, únicamente no se puede incluir de forma expresa en alguna previsión específica al último colectivo beneficiario de la renta activa de inserción, es decir , los emigrantes retornados. Ahora bien, como ya hemos avanzado, los mismos pueden acceder a las ayudas previstas para aquellos trabajadores inscritos como desempleados ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante, al menos 6 meses, que ascienden a 600 euros/año durante 4 años.

III. LA INSUFICIENCIA DE LA GARANTÍA DE INSERCIÓN LABORAL: ¿SUPONE EL RD 1369/2006 UN PASO ATRÁS EN LA INSERCIÓN LABORAL DEL BENEFICIARIO DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN?

Pese al papel esencial del objetivo de la inserción laboral de los beneficiarios de la renta activa de inserción, llama especialmente la atención que el AMCE no contemplara previsión alguna sobre esta materia, limitándose a establecer lo siguiente en relación con la renta activa de inserción: «2.º Se considerará la renta activa de inserción como un derecho subjetivo y se cotizará a la Seguridad Social por este colectivo. A tal fin

se aprobará un Real Decreto de la RAI, configurándola con carácter permanente, en lugar de anual, y previéndose que la entidad gestora cotice durante los once meses de duración de la RAI en las mismas condiciones que en el subsidio por desempleo, establecidas en el artículo 218.1 y 4 del TRLGSS, es decir, por las contingencias de asistencia sanitaria y protección a la familia» [16]. Ante la ausencia de previsiones en el AMCE dirigidas específicamente a mejorar el cumplimiento de la finalidad de inserción laboral de los beneficiarios de la renta activa de inserción, no sorprende que el RD 1369/2006 contenga una regulación totalmente continuista en este punto, sin incorporar con carácter general modificaciones dirigidas de forma expresa a garantizar la inserción laboral de los beneficiarios de la renta activa de inserción. Sin embargo, lo que sí resulta más sorprendente es que sin un mandato expreso del AMCE se hayan introducido algunas modificaciones en esta materia que cuanto menos plantean dudas sobre si las mismas suponen un avance o un retroceso en el cumplimiento de la garantía de inserción laboral que persigue la renta activa de inserción.

En este contexto debe analizarse la situación en la que se encuentran los principales ejes sobre los que tradicionalmente ha pivotado en la práctica el éxito del objetivo de inserción laboral de los beneficiarios de la renta activa de inserción, a saber: la implicación del beneficiario en su propio proceso de inserción laboral; el establecimiento de incentivos económicos que coadyuven a la inserción laboral; y, por último, el tratamiento preferencial del beneficiario de la renta activa de inserción en su proceso de inserción laboral.

La implicación del beneficiario de la renta activa de inserción en su propio proceso de inserción laboral es fundamental para asegurar el éxito de las diferentes medidas o acciones de inserción que se establezcan, no en vano, como se ha puesto de manifiesto, la apuesta por las medidas activas que lleva a cabo la renta activa de inserción tiene por finalidad permitir al destinatario de la misma resolver su situación por sus propios medios. A su vez, para alcanzar un nivel de implicación satisfactorio de los beneficiarios de la renta activa de inserción deben cumplirse al menos las siguientes premisas: un tratamiento individualizado, que atienda a la realidad particular de cada beneficiario de la renta activa de inserción y la participación del propio afectado en el establecimiento de su itinerario de inserción laboral.

---

[16] Vallecillo Gámez, M. R. y Molina Navarrete, C.: «El régimen de estabilidad de la «renta activa de inserción» como subsidio no contributivo de la Seguridad Social: ¿realidad o pretensión (impacto jurídico y social del RD 1369/2006, de 24 de noviembre), *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. *CEF*, núm. 286/2007, pág. 136, llaman la atención al respecto de que incomprensiblemente el AMCE que tenía por objetivo la mejora del empleo y de su calidad, así como la evaluación de las políticas públicas de empleo, repara solo en la dimensión pasiva de la renta activa de inserción y olvida la dimensión activa.

La normativa reguladora de la renta activa de inserción es consciente de la necesidad de personalizar las acciones de inserción laboral, adaptándolas a cada beneficiario en particular. Sin embargo, en la práctica esta personalización o individualización de las acciones de protección social, al tiempo que constituye uno de los rasgos caracterizadores de la renta activa de inserción, es también una de sus mayores debilidades. En esta dirección, la atención individualizada del beneficiario de la renta activa de inserción demanda de unos medios humanos y materiales que no siempre parece que estén a disposición de las entidades competentes, de manera que si no se quiere que las previsiones establecidas en los programas de renta activa de inserción se queden en simples declaraciones programáticas, es necesario que se doten oportunamente estos servicios. En otros términos, la importancia y la variedad de funciones que se encomiendan al asesor, hace necesario que para que éste pueda desarrollarlas correctamente y con un alto grado de éxito, se asignen a cada asesor un número reducido de sujetos en fase de asesoría. La experiencia práctica, sin embargo, pone de manifiesto las dificultades que el día a día comporta para la realización exitosa de estas funciones [17]. El RD 1369/2006, sin embargo, no introduce previsión alguna dirigida a potenciar este tratamiento individualizado o personalizado del beneficiario de la renta activa de inserción en detrimento de la adopción de medidas genéricas y abstractas que no tienen en cuenta necesariamente su situación personal.

La participación del propio afectado en el establecimiento de su itinerario de inserción laboral, sin lugar a dudas, constituye un elemento que debe permitir una mayor implicación del beneficiario de la renta activa de inserción en el desarrollo y ejecución del plan personal de inserción y, por tanto, en la consecución del objetivo final de su inserción laboral. Sin embargo, la experiencia práctica también pone de manifiesto el escaso papel del beneficiario en el establecimiento del plan personal de inserción, de modo que en la práctica su papel queda reducido al simple asentimiento o conformidad con las propuestas realizadas por el asesor. En consecuencia, debe potenciarse la participación del beneficiario de la renta activa de inserción en el establecimiento del diagnóstico de su situación y en la elaboración de su itinerario personal de inserción laboral. El RD 1369/2006, sin embargo, tampoco ha incidido en esta trascendental cuestión manteniendo la participación ciertamente debilitada de los beneficiarios de la renta activa de inserción en este punto.

En relación con el segundo eje sobre el que pivota el éxito del objetivo de la inserción laboral del beneficiario de la renta activa de inserción,

[17] Una visión escéptica de las posibilidades reales de desarrollar con éxito esta tarea en De la Casa Quesada, S. y Molina Hermosilla, O.: «La renta activa de inserción…», cit. pág. 125.

es decir, el establecimiento de incentivos económicos que coadyuven a esta inserción laboral, resulta incuestionable que ante las especiales dificultades de inserción laboral que plantean los colectivos a los que se dirige la renta activa de inserción, las acciones de inserción laboral vengan acompañadas de incentivos económicos que primen el acceso de sus beneficiarios al empleo. En este punto, pueden identificarse los siguientes incentivos económicos con los que tradicionalmente se ha pretendido favorecer la contratación de estos colectivos: en primer lugar, los incentivos económicos específicos dirigidos al perceptor de la renta activa de inserción, recogidos en la actualidad en el artículo 6 del RD 1369/2006, bajo la denominación de «ayudas para incentivar el trabajo»; y, en segundo lugar, las bonificaciones a la contratación de los beneficiarios de la renta activa de inserción que se han incorporado programa tras programa de fomento del empleo y que en la actualidad se recogen en la Ley 43/2006.

Como ya se ha indicado, el RD 1369/2006 no incide significativamente en la regulación de los incentivos económicos específicos dirigidos al perceptor de la renta activa de inserción para que este se incorpore al mercado de trabajo, manteniéndose en lo esencial la regulación ya incorporada en el programa de renta activa de inserción para el año 2005. Pese a que con carácter general el mantenimiento de estos incentivos debe valorarse de forma positiva, con la nueva regulación se ha desaprovechado la oportunidad de suprimir la exclusión que se contempla para el acceso a esta ayuda en el supuesto de contratos subvencionados por el servicio público de empleo estatal, no en vano, a pesar de que se trata de una única exclusión sus efectos pueden ser muy importantes, en tanto que es muy habitual la contratación de beneficiarios de la renta activa de inserción formalizada gracias a alguna subvención otorgada por el servicio público de empleo estatal[18]. Pese a que esta exclusión puede resultar justificada si se tiene en cuenta que los contratos subvencionados son financiados con fondos públicos y, por tanto, puede resultar excesivo compatibilizar los salarios provenientes de este tipo de contratos con la ayuda para incentivar el trabajo, sin embargo, si atendemos a la finalidad de estas ayudas, es decir, influir en la actitud del beneficiario ante el empleo, la ayuda debería existir con independencia de que el contrato a formalizar ya disfrutara de otras subvenciones que, en todo caso, a quien benefician es al empresario y no al trabajador[19].

---

[18] En esta dirección, muy contundente a favor de la posibilidad de acumular los beneficios derivados de la renta activa de inserción con otras bonificaciones y subvenciones se muestra ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Fomento del empleo e intermediación...», cit. pág. 69.

[19] En esta dirección, VALLECILLO GÁMEZ, M. R. y MOLINA NAVARRETE, C.: «El régimen de estabilidad...» cit. pág. 138, mantienen que «parece claro que hoy no tiene sentido que no se aplique al trabajador contratado en el marco de programas públicos este incentivo, pues las subvenciones se prevén para el empleador por lo que el efecto incentivo para el trabajador se pierde, sin que se dé el fin perseguido por la excepción: evitar que se acumularan subvenciones».

Más intenso ha sido el impacto de la Ley 43/2006 sobre las bonificaciones a la contratación de los perceptores de la renta activa de inserción, puesto que como ya se ha indicado, se ha eliminado cualquier referencia expresa a los mismos entre los colectivos destinatarios de las bonificaciones previstas por esta norma. A pesar de que, como ya se ha indicado, los diferentes colectivos beneficiarios de la renta activa de inserción pueden acceder a subvenciones por otras vías —mayores de 45 años, personas con discapacidad, víctimas de violencia de género o doméstica—, consideramos que dadas las características de este colectivo —especiales dificultades para encontrar empleo— hubiera estado plenamente justificado mantener alguna otra forma de incentivo adicional dirigido al mismo[20]. No olvidemos que en esta dirección sí se han mantenido las bonificaciones dirigidas de forma expresa a la contratación de otros colectivos de excluidos sociales, incluidos los beneficiarios de la renta mínima de inserción.

Finalmente, donde sin lugar a dudas ha sido mayor y más controvertido el impacto del RD 1369/2006 sobre los diferentes ejes sobre los que pivota el objetivo de la inserción laboral de los beneficiarios de la renta activa de inserción, ha sido en relación con el tratamiento preferencial de los mismos en su proceso de inserción laboral, que tradicionalmente se había manifestado en la previsión de todo un régimen de preferencias de los beneficiarios de la renta activa de inserción respecto a otros colectivos. Pues bien, con la aprobación del RD 1369/2006, como ya se ha analizado, este régimen de preferencias ha quedado totalmente suprimido. En esta dirección, el artículo 7 c) RD 1369/2006 se limita a enumerar los diversos planes o programas en los que puede considerarse conveniente la participación de los beneficiarios de la renta activa de inserción que se encuentren desarrollando un itinerario personalizado de inserción laboral, sin prever que la incorporación del beneficiario a estos planes de empleo o formación se realice con carácter prioritario sobre otros colectivos. En consecuencia, a partir de esta nueva regulación, el tratamiento que reciben y la posición que ostentan los beneficiarios de la renta activa de inserción ya no depende en absoluto de su inclusión en el programa de la renta activa de inserción, sino del tratamiento genérico que dispense la normativa concreta por la que se regula cada plan de empleo o de formación al que los mismos sean incorporados. Como acertadamente se ha indicado, esta remisión a la normativa específica de cada programa diluye la posición de ventaja de los beneficiarios de la renta activa de inserción, de modo que ahora la eficacia de su inserción en los referidos programas pasará por los criterios fijados en aquellas normas que, por lo general, si bien no descuidan la atención a estos colectivos, sí siguen cri-

[20] González Ortega, S.: «Incentivos para la contratación indefinida y para la conversión del empleo temporal en fijo», en C ruz Villalón, J. (Coord.): *La reforma laboral de 2006. Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2006, pág. 241.

terios diferentes —responsabilidades familiares, antigüedad en la demanda de empleo, edad, etcétera—, que en la práctica repercutirán en la eficacia de la finalidad de inserción laboral de la renta activa de inserción [21]. Asimismo, esta voluntad homogenizadora en el trato que debe dispensarse a los beneficiarios de la renta activa se evidencia en la eliminación del régimen específico de participación de las entidades colaboradoras, pasándose a regir la misma a partir del RD 1369/2006 por la normativa específica (art. 7 *in fine*)[22].

En definitiva, pese al carácter continuista de la actual normativa reguladora de la renta activa de inserción, unas veces por acción y otras veces por omisión, da la sensación que tanto en el RD 1369/2006 como en la Ley 43/2006 la finalidad de inserción laboral ha quedado en cierto modo postergada a un segundo plano frente a la finalidad de garantía de rentas también pretendida por la renta activa de inserción. En otros términos, la configuración actual de la renta activa de inserción pese a seguir combinando técnicas y objetivos propios tanto de las políticas activas como pasivas de empleo, parece centrar cada vez más su interés en el subsidio económico —protección económica del desempleado—, en detrimento de la inserción laboral de sus destinatarios. Con toda probabilidad esta opción se debe a las mayores dificultades y frustraciones que en la práctica comporta la consecución del objetivo de la inserción laboral, frente a los resultados más factibles y tangibles que se derivan de la percepción del subsidio económico.

---

[21] Vallecillo Gámez, M. R. y Molina Navarrete, C.: «El régimen de estabilidad...» cit. pág. 140. Los autores añaden que con esta reforma «se ha mutado una posición preferente respecto a los servicios de inserción por el empleo en una pura facultad o potestad de los servicios de empleo, y lo que era una atención específica en esta sede en una atención difusa y diluida en el conjunto de destinatarios que regula cada Plan de Empleo en el que puedan estar incluidos».

[22] Sobre esta cuestión *vid*. Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M.: *El nuevo régimen jurídico de la renta activa de inserción (A propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre)*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2007.

Comunicación a la Ponencia Temática III

NOVEDADES EN EL CONTENIDO NORMATIVO DEL PROGRAMA DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

ROCÍO MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA
Profesora TU (i) de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO:

1. UNA APROXIMACIÓN A LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN.—2. ANTECENTES DEL PROGRAMA ACTUAL DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: LOS DIFERENTES PROGRAMAS ANUALES DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN.—3. NOVEDADES EN EL PROGRAMA DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN DERIVADAS DEL RD 1369/2006.

1. UNA APROXIMACIÓN A LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

Las directrices sobre el empleo de la Unión Europea, recogidas en los Planes de Acción para el Empleo del Reino de España, destacan la idea de que una política eficaz frente al desempleo no se debe basar exclusivamente en la garantía de ingresos, sino en la combinación de ésta con medidas adecuadas de inserción laboral y , por ello, proponen que los sistemas de prestaciones sociales fomenten activamente la capacidad de inserción de los parados, particularmente de aquellos con mayores dificultades [1].

Para dar respuesta a dichas directrices, mediante el Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero [2], se reguló para el año 2000, un programa de inserción laboral para trabajadores desempleados de larga duración en situación de necesidad mayores de 45 de años, que combinaba medidas de empleo activas con pasivas. Este programa fue el origen de la denominada renta activa de inserción o programa de renta activa de inserción.

En la actualidad, el programa de renta activa de inserción es un programa de carácter estatal gestionado por el Servicio Público de Empleo Estatal con la colaboración de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas. Forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de la Seguridad Social [3]. Es un programa que combina medidas activas y pasivas encaminadas a la inserción laboral de los trabajadores desempleados, es por tanto, una medida dedicada a la promoción de empleo que trata de mejorar las aptitudes profesionales y las condiciones de ocupabilidad de los desempleados [4]. De manera des-

---

[1] En términos similares se recoge en la Exposición de Motivos del recién aprobado RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (BOE de 5 de diciembre).

[2] BOE de 10 de marzo.

[3] Exposición de Motivos del RD 1369/2006, de 24 de noviembre.

[4] En estos téminos, García Gil, B.: *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo,* Navarra, Aranzadi, 2006, p. 331.

tacada, se dirige a personas desempleadas y con dificultades a la hora de encontrar empleo.

Comenzó siendo un programa dirigido únicamente a desempleados de larga duración en situación de necesidad mayores de 45 años [5], como ya hemos destacado, para ser ampliado posteriormente, y llegar en la actualidad a un colectivo más amplio. Así abarca, no sólo a los desempleados de larga duración mayores de 45 años y menores de 65, sino también a desempleados menores de 65 años que acrediten una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 o que tengan reconocida una incapacidad que suponga una disminución en su capacidad laboral del 33 por 100; también pueden solicitarla los emigrantes desempleados mayores de 45 años que habiendo retornado del extranjero en los doce meses anteriores, hayan trabajado al menos seis meses en el extranjero desde última salida de España; por otra parte beneficia, a quienes tengan acreditada su condición de víctimas de violencia de género o doméstica con algún matiz, que veremos; y por último, a los beneficiarios de pensiones de invalidez no contributiva.

Fue, desde sus orígenes, un programa de carácter anual de protección frente al desempleo y a la vez de reinserción laboral, readaptándose su contenido año tras año con el fin de lograr una aplicación mas eficaz a los diferentes colectivos protegidos [6]; sin embargo, mediante la firma del *Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo* el 9 de mayo de 2006 entre el Gobierno y los interlocutores sociales más representativos, se alcanzó el compromiso de realizar ciertos cambios en el programa de renta activa de inserción vigente en aquel momento. Según se recoge en dicho Acuerdo, en concreto en su apartado III sobre *Medidas para potenciar las políticas activas y los servicios públicos de empleo y para mejorar la protección de los trabajadores ante la falta de empleo,* la renta activa de inserción, como medida concreta en materia de prestaciones por desempleo, se considerará como un derecho subjetivo con carácter permanente en vez de anual y se cotizará por la entidad gestora [7] durante los once meses de duración de la renta activa de inserción en las mismas condiciones que en el subsidio por desempleo establecidas en el artículo 218.1 y 4 del Texto Refundido de la Ley Ge-

[5] Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero.

[6] Los resultados de los programas de renta activa de inserción para los años 2000, 2001 y 2002, pusieron de manifiesto que si bien debía *mantenerse el doble objetivo de reinserción laboral y protección frente al desempleo, en la forma diseñada en éstos, también* debía *readaptarse su contenido anualmente para su aplicación más eficaz a los diferentes colectivos protegidos* [Exposición de Motivos del RD 945/2003, de 18 de julio, por el que se regula para el año 2003 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (BOE de 6 de agosto)].

[7] Servicio Nacional de Empleo Estatal, que en su caso delegará a los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas en el supuesto de que tuvieran delegada dicha competencia.

neral de la Seguridad Social [8] (en adelante, LGSS), es decir por las contingencias de asistencia sanitaria y protección a la familia [9].

Hasta noviembre de 2006, el programa de renta activa de inserción no había incluido régimen alguno de cotización a la Seguridad Social a pesar de lo dispuesto en el artículo 206 de la LGSS respecto a que la protección por desempleo tanto en el nivel contributivo como en el asistencial comprenderá cotizaciones a la Seguridad Social. En ninguno de los programas, desde su aparición en el año 2000, se había exigido la obligación de cotizar por la entidad gestora por ninguna contingencia; así lo recogía el artículo 4.2 del RD 205/2005, de 25 de febrero [10], por el que se regulaba para el año 2005 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo [11], norma que vio prorrogada su vigencia para el año 2006 mediante el RD 393/2006, de 31 de marzo [12].

Como algún autor señala [13], este dato hacía que la renta activa de inserción se acercara más al tipo de rentas mínimas autonómicas que a la protección por desempleo del sistema de la Seguridad Social[14], sería como una renta mínima estatal [15].

---

[8] Aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29 de junio).

[9] Según dispone el artículo 218.1 y 4 de la LGSS:

1. *Durante la percepción del subsidio, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, protección a las familia*.
2. *(...)*
3. *(...)*
4. *A efectos de determinar la cotización de los supuestos señalados en los aprtados anteriores, se tomará como base de cotización el tope mínimo de cotización vigente en cada momento*.

[10] Como dispone el artículo 4.2 del RD 205/2005, de 25 de febrero:

2. *(...) Durante la percepción de la renta activa de inserción no existirá obligación por parte del Servicio Público de Empleo Estatal de cotizar a la Seguridad Social por ninguna contingencia*.

[11] BOE de 26 de febrero.

[12] BOE de 20 de abril.

[13] Esteban Legarreta, R.: «Comentarios a propósito del Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero, regulador de un programa de atención a trabajadores mayores de 45 años desempleados, en situación de necesidad con car gas familiares», *Aranzadi Social,* núm. 7 (2000), p. 3.

[14] Algunos autores han criticado esta situación de «exclusión» del sistema de la Seguridad Social, así, Fernández Avilés, J. A.: «El programa de renta activa de inserción para el año 2002 (Comentario a la Disposición Adicional 1.ª del RDL 5/2002, de 24 de mayo)», *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 114 (2002), p. 917; M olina Navarrete, C.: «Las <rentas activas de inserción>: un viaje inacabado desde la <mar ginalidad> a la <centralidad> del sistema», *Relaciones Laborales,* núm. 4 (2003), p. 178; E steban Legarreta, R.: *La renta activa de inserción,* Valencia, Tirant Lo Blanch, Colección Laboral, núm. 172, 2006, p. 71.

[15] En este sentido, vid. E steban Legarreta, R.: «Fomento de empleo y colocación de los beneficiarios de la renta activa de inserción: un estudio de su evolución», *Temas laborales,* núm. 74 (2004), pp. 50-51.

La situación ha cambiado recientemente. En atención al compromiso suscrito en mayo de 2006 mediante el *Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo*, el Gobierno aprobó, el pasado 24 de noviembre, el RD 1369/2006, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo[16], norma en la que se recogen, junto con pautas jurídicas sobre dicha renta ya existentes en programas anteriores, las novedades del programa de renta activa de inserción respecto al régimen vigente en el momento de su aprobación y pactadas en el Acuerdo de mayo.

Entre las novedades más importantes que se incorporan al programa en relación con los programas anteriores, se encuentra el que la renta activa de inserción se convierte en un derecho subjetivo, el que el programa de renta activa de inserción no se configura con una duración anual, sino que se ordena con carácter permanente estableciendo una garantía de continuidad en su aplicación como un derecho más y con la misma financiación que el resto de las prestaciones y subsidios por desempleo, y como importante novedad también, el que se debe cotizar a la Seguridad Social durante la percepción de la renta, en la forma recogida en el artículo 218.1 y 4 de la LGSS.

2. ANTECENTES DEL PROGRAMA ACTUAL DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: LOS DIFERENTES PROGRAMAS ANUALES DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

Como ya hemos señalado, el primer programa de renta activa de inserción, se aprobó en España en el año 2000, a través del Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero, y sur gió como instrumento dirigido a luchar contra la exclusión del mercado de trabajo de trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, tratando de facilitar su retorno al mundo laboral.

Posibles beneficiarios de dicho programa eran los trabajadores desempleados mayores de 45 años que llevaran inscritos de manera ininterrumpida como demandantes de empleo al menos doce o más meses, que además hubieran agotado la prestación por desempleo contributiva o asistencial y que continuaran en situación de desempleo sin derecho a protección por esta contingencia; teniendo también responsabilidades familiares[17] y una renta familiar que no superara el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias[18].

---

[16] BOE de 5 de diciembre.

[17] Que tenga a car go cónyuge, hijos menores de 26 años o mayores incapacitados.

[18] Artículo 2 del RD 236/2000, de 18 de febrero.

Los resultados de tal programa pusieron de manifiesto que, si bien debía mantenerse el doble objetivo de reinserción laboral y protección frente al desempleo en la forma diseñada en ese programa, también debían reordenarse diferentes aspectos de su contenido para facilitar la incorporación al mismo de los trabajadores desempleados y hacer más eficaz su gestión. Por ello, la Ley14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social [19], en su artículo 26, incluyó una habilitación expresa al Gobierno para que en el año 2001, dentro de la acción protectora por desempleo, estableciera una ayuda específica, denominada renta activa de inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo, que adquirieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral.

Así lo hizo el Gobierno a través del Real Decreto 781/2001, de 6 de julio, por el que se reguló un programa para el año 2001 de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de lar ga duración mayores de cuarenta y cinco años [20], manteniendo en lo esencial la regulación precedente. La renta, según disponía esta norma, se concedería como una contraprestación por el compromiso suscrito por los desempleados en virtud del cual manifestaran su plena disponibilidad para trabajar y para participar en las acciones ofrecidas por los servicios públicos y dirigidas a favorecer su inserción laboral.

Por otro lado, y como dato a destacar, la renta activa de inserción según establecía el Real Decreto 781/2001, entraba a formar parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social, pero con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial[21]. Sería como un tercer nivel de protección, presidido por la inserción ocupacional.

En el año 2002, tanto el RDLey 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad [22] como la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad [23], trataron de consolidar el régimen jurídico del programa de renta activa de inserción. En la Disposición Adicional Primera de la Ley 45/2002 se reguló dicho programa para el año 2002.

Como dato a destacar hemos de señalar que, a través de la Ley 45/2002 y mediante la inclusión en la LGSS de la Disposición Final Quin-

[19] BOE de 30 de diciembre.

[20] BOE de 7 de julio.

[21] La STSJ Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2003 (AS 2004, 1337) se señala que «esta nueva figura no se regula como un supuesto más de desempleo, contributivo o asistencial, sino con autonomía y vida propia».

[22] BOE de 25 de mayo.

[23] BOE de 13 de diciembre.

ta, se produjo una habilitación al Gobierno, de forma permanente y dentro de la accción protectora por desempleo, para que estableciera una ayuda específica denominada renta activa de inserción, dirigida a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo siempre que adquirieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral.

En ese momento, entre otras novedades, se estableció que el periodo de espera para devengar la renta sería de tres meses y en cuanto a su ámbito subjetivo, que el programa de renta activa de inserción beneficiaría a *parados que teniendo 45 años, lleven más de doce meses en situación de desempleo, aún cuando no hubieran percibido prestación anteriormente, o parados de cualquier edad que sean discapacitados, emigrantes retornados o víctimas de la violencia doméstica*[24].

Mediante el RD 945/2003, de 18 de julio [25], se reguló el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, para el año 2003, cuya duración como máximo sería de diez meses *como contrapartida al compromiso de actividad suscrito por los desempleados en virtud del cual manifiesta, su plena disponibilidad para buscar activamente empleo, para trabajar, y para participar en las acciones ofrecidas por los servicios públicos de empleo y dirigidas a favorecer su inserción laboral*[26].

En este programa se reconoció el derecho a percibir la renta activa de inserción a partir del día siguiente a la fecha de solicitud de admisión al programa, a las víctimas de violencia doméstica que hubieran obtenido del juez una orden de protección. Además, a dichas víctimas de violencia doméstica que se hubieran visto obligadas y acreditaran cambio de residencia en los doce meses anteriores a la solicitud de admisión al programa, o durante su permanencia en éste, se les concedió una ayuda de pago único de cuantía equivalente a tres meses de renta activa de inserción a apartir del día siguiente a aquel en que la solicitaran.

Para el año 2004 se prorrogó, mediante el RD 3/2004, de 9 de enero[27], el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo del año 2003. Como dato a tener en cuanta a efectos de admisión en el programa, en la Disposición Adicional Única del RD 3/2004, se establecía que no podrían ser beneficiarios del programa de renta activa de inserción del año 2004, las personas que hubieran sido beneficiarias en el año

[24] Exposición de Motivos del RDLey 5/2002, de 24 de mayo y de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.
[25] BOE de 6 de agosto.
[26] Exposición de Motivos del RD 945/2003.
[27] BOE de 10 de enero.

2003, salvo que se hubieran incorporado a aquél por acreditar la condición de personas con minusvalía o de víctima de violencia doméstica; ni tampoco podían ser beneficiarios aquellas personas que lo hubieran sido de tres programas de renta activa de inserción.

El programa de renta activa que recientemente ha sido modificado, fue aprobado por el ya citado RD 205/2005, de 25 de febrero, en el que se regulaba para el año 2005, el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. En este programa se introdujeron modificaciones importantes respecto a los programas anteriores, entre otras: la ampliación de la duración máxima de la renta activa de inserción de diez a once meses, la reducción del período de espera para devengar la renta de tres meses a un mes, la creación de una ayuda para incentivar el trabajo y la simplificación de la tramitación del programa [28]. A partir de ese momento, debemos señalar además, que el concepto de violencia doméstica fue sustituido por otro más amplio, el de violencia de género, consecuencia directa de la aprobación de la Ley Or gánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[29].

Mediante el RD 393/2006, de 31 de marzo, el programa para el año 2005 se prorrogó para el año 2006 [30].

Recientemente, el RD 393/2006 ha sido derogado por el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, que como sabemos, contiene el vigente programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

3. NOVEDADES EN EL PROGRAMA DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN DERIVADAS DEL RD 1369/2006

Hasta la actualidad, como hemos dejado constancia, los diferentes programas de renta activa de inserción han tenido carácter anual, combinandose en ellos medidas de empleo activas y pasivas, y tratando, todos ellos, de alcanzar la protección frente al desempleo y a la vez la reinserción laboral de las personas a las que se dirigían. Su carácter anual, como señalabamos,

---

[28] En este sentido, García Gil, B.: *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo, cit*., p. 333.

[29] BOE de 29 de diciembre.

[30] En sentido similar al año 2004, para el año 2006, la Disposición Adicional Única del RD 393/2006, disponía que no podrían ser beneficiarios del programa de renta activa de inserción del año 2006, las personas que hubieran sido beneficiarias en el año 2005, salvo que se hubieran incorporado a aquél por acreditar un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o por acreditar la condición de víctima de violencia de género; ni tampoco podían ser beneficiarios aquellas personas que lo hubieran sido de tres programas de renta activa de inserción anteriores.

se fundaba en la necesaria readaptación de su contenido año tras año para así lograr una aplicación mas eficaz a los diferentes colectivos protegidos.

Por otro lado, dichos programas anuales, cada vez han ido presentando menos diferencias entre sí, llegándose a prorrogar el programa de un año para otro, como ya hemos destacado.

Con el propósito de estabilizar el régimen jurídico de la renta activa de inserción, teniendo en cuenta la evolución de los diferentes programas y su tendencia continuista, se recoge en el *Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo* de mayo de 2006, el propósito de establecer un programa de renta activa de inserción estable y permanente, y así se lleva a cabo por el Gobierno a través del RD 1369/2006, de 24 de noviembre.

Además de esta importante modificación en el contenido normativo de la renta activa de inserción, este RD introduce otras modificaciones que también hay que destacar (algunas ya las hemos mencionado con anterioridad) y en las que nos detendremos a continuación, sin olvidar que el actual programa continúa aplicando gran parte de la regulación precedente.

En conexión directa con el carácter permanente de la nueva renta activa de inserción, surge la consideración de la misma como un auténtico derecho subjetivo. A partir de la entrada en vigor del RD 1369/2006, esta renta deja de tener la consideración de ayuda específica y anual vinculada a los presupuestos anuales y pasa a considerarse como un derecho más, dentro de la acción protectora por desempleo del régimen público de la Seguridad Social junto con la prestación y el subsidio por desempleo, con su misma financiación. Según dispone el artículo 15.2 del RD 1369/2006 *la financiación de la renta activa de inserción de la cotización a la Seguridad Social, y la de la ayuda recogida en el artículo 6* (ayuda para incentivar el trabajo) *será la que corresponda a la acción protectora por desempleo establecida en el artículo 223* de la LGSS.

Otra importante novedad, propuesta también en el *Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo*, como señalabamos con anterioridad, es el establecimiento, en el programa vigente de renta activa de inserción la obligación, durante la percepción de la misma, de cotizar a la Seguridad Social en la forma recogida en el artículo 218.1 y 4 de la LGSS. Así, en el artículo 4.2 y 3 del RD 1369/2006 además de determinar la cuantía de la renta que será una renta mensual equivalente al 80 por 100 del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM) [31], como ya

[31] El IPREM para el año 2007, según dispone la Disposición Adicional trigésima primera de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, Ley de Presupuestos generales del Estado para el año 2007 (BOE de 29 de diciembre), tendrá las siguientes cuantías:

a) El IPREM diario: 16,64 euros.

b) El IPREM mensual: 499,20 euros.

c) El IPREM anual: 5.990,40 euros.

venía determinándose en los programas anteriores, se destaca que durante la percepción de la renta activa de inserción [32] el Servicio Público de Empleo Estatal ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social por asistencia sanitaria y protección a la familia en los términos previstos para el subsidio por desempleo, teniendo como base de cotización el tope mínimo de cotización que se encuentre vigente en cada momento.

Dicha renta y su correspondiente cotización a la Seguridad Social se devengan, como novedad también de la nueva regulación del programa, a partir del día siguiente a la fecha de solicitud de admisión al programa[33], es decir, se aplica a la generalidad de posibles perceptores lo dispuesto en el programa anterior para las víctimas de violencia de género. Respecto al pago se sigue determinando, como se hacía hasta ahora, que se realice por mensualidades de 30 días dentro del mes inmediato siguiente al que corresponde el devengo, pero cambia el que ahora ya no se establece que se haga el descuento del importe correspondiente a los diez primeros días en el primer pago de la renta activa de inserción o tras su reanudación, los cuales se regularizaban cuando se causaba baja en el programa de la renta o cuando se agotaba su duración [34]. Se añade, en el artículo 12.3 del RD 1369/2006, que el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento.

En cuanto a los requisitos que se exigen para ser beneficiario del nuevo programa de renta activa de inserción se mantienen los establecidos en el programa anterior [35], con alguna modificación respecto a las víctimas de violencia de género y un cambio leve respecto a la exigencia de no haber sido beneficiario de tres derechos al programa de renta activa de inserción anteriores, que sigue en vigor pero se añade que dicha exclusión se aplicará aún en el caso de que *no se hubiera disfrutado por el periodo de duración máxima de la renta*[36].

Las víctimas de violencia de género siguen siendo posibles beneficiarios del programa de renta activa de inserción [artículo 2.2.c) del RD 1369/2006] cuando sean trabajadores desempleados menores de sesenta y cinco años y mayores de cuarenta y cinco años inscritos como demandantes de empleo ininterrumpidamente al menos durante doce meses, que a la fecha de solicitud de la incorporación al programa, tengan acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género o doméstica. En el actual programa se ha añadido el término violencia doméstica; término utilizado en el programa para el año 2003[37], pro-

[32] La duración máxima siguen siendo once meses (art. 5 del RD 1369/2006).
[33] Artículo 12.1 del RD 1369/2006.
[34] Artículo 12.3 del RD 1369/2006.
[35] *Vid*. artículo 2 del RD 1369/2066.
[36] Artículo 2.4.b) del RD 1369/2006.
[37] Artículo 2.2.c) del RD 945/2003.

rrogado para el 2004, como sabemos, que fue sustituido en el programa para el año 2005 [38], prorrogado hasta la entrada en vigor del actual, por el término más amplio de violencia de género, a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, como hemos destacado en páginas anteriores. Además, en el recién aprobado programa de renta activa de inserción, se excluyen como beneficiarios del mismo a las víctimas de violencia de género o doméstica que convivan con su agresor [39]. También, y como novedad recogida en el RD 1369/2006, a efectos del programa de renta activa de inserción, se limita la violencia doméstica *contemplada en el Código Penal (...) a la ejercida sobre el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad o sobre los hijos o los padres*[40].

Respecto a la baja en el programa, en relación a la anterior regulación se producen algunas novedades (art. 9.1,2 y 3 del RD 1369/2006). Así, se añade expresamente un hecho que provoca la baja definitiva: el agotamiento del plazo máximo de duración de la renta activa de inserción[41]. A nuestro entender, esta causa de baja se aplicaría en programas de renta activa de inserción anteriores aunque no estuviera recogida expresamente, porque el efecto del agotamiento del plazo máximo de duración de la renta sería el mismo, es decir , la baja en el programa.

Sobre la baja temporal, se establece de manera expresa como causa de la misma, el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo por un período inferior a seis meses [42]. En el programa anterior no se recogía como baja expresamente, pero sí se le daban efectos similares a los de una baja temporal[43].

Otra causa de dicha baja, que ya existía pero que se modifica, es la debida al traslado al extranjero para la realización de trabajo o perfeccionamiento profesional por un período inferior a seis meses, a ella se añade en la actualidad, el traslado que se realice para buscar trabajo o para realizar cooperación internacional, todos ellos por el mismo período de tiempo[44].

Asimismo, detectamos algunas novedades también, en relación con la reincorporación al programa, situación en conexión directa con la baja en el programa (art. 9.4 y 5 del RD 1369/2006).

---

[38] Artículo 2.2.c) del RD 205/2005.
[39] Artículo 2.2.c) 1.º párr. del RD 1369/2006.
[40] Artículo 2.2.c) 2.º párr. del RD 1369/2006.
[41] Artículo 9.1.k) del RD 1369/2006.
[42] Artículo 9.3.a) del RD 1369/2006.
[43] *Vid*. artículo 10.3. 1.º párr. del RD 205/2005. Es prorrogada su vigencia para el año 2006, como sabemos, por el RD 393/2006.
[44] Artículo 9.3.d) del RD 1369/2006.

En primer lugar, se añade como causa de reincorporación la que es consecuencia de la «nueva» causa de baja temporal, a saber, el cese en el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo. La recuperación de la percepción de la renta activa de inserción en este caso se producirá de oficio, *siempre que el trabajador figure inscrito como demandante de empleo, lo que implicará la reactivación del compromiso de actividad, y que la Entidad Gestora tenga constancia de la involuntariedad del cese o, en su caso, se exigirá la acreditación de los requisitos*[45]. En sentido similar se recogía en el programa anterior, aunque no derivada dicha reincorpración de una baja, porque como hemos señalado, ese tipo de trabajo no era considerado como causa de baja expresamente [46].

En segundo lugar y en relación con otra causa de baja temporal modificada, la relativa al traslado al extranjero, la reincorporación en el supuesto de retorno del extranjero en el nuevo programa de renta activa de inserción, requiere no sólo, como ocurría antes, la solicitud de reincorporación del interesado al programa en el plazo de quince días siguientes al retorno, previa inscripción como demandante del empleo y la reactivación del compromiso de actividad, sino que además ha de acreditar, algunas de las causas que han provocado su traslado al extranjero[47].

Por último, y respecto a la solicitud de la reincorporación fuera de plazo, provocará la pérdida de la renta, como ya ocurría en el programa anterior, y en la actualidad se añade la pérdida de la cotización a la Seguridad Social correspondientes a los días que *medien entre el día siguiente al del cese en el trabajo por cuenta propia o al retorno y el día de la solicitud*[48].

En materia de compatibilidades e incompatibilidades de la renta activa de inserción, no hay grandes novedades en relación con el programa anterior, únicamente respecto a la compatibilidad de la renta con el trabajo por cuenta ajena a tiempor parcial hay una modificación, a saber, en el nuevo programa se establece que se deducirá del importe de la renta activa de inserción la parte proporcional al tiempo trabajado, y el período de la renta pendiente de percibir mientras que se compatibiliza con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, se ampliará en la misma parte proporcional[49]. La regulación precedente del programa de renta activa de inserción determinaba que en un caso así, la cuantía de la renta activa de inserción se redujera a la mitad y que el período de la renta pendiente de

[45] Artículo 9.4.a) del RD 1369/2006.

[46] *Vid*. artículo 10.3. 2.º párr. del RD 205/2005. Es prorrogada su vigencia para el año 2006, como sabemos, por el RD 393/2006.

[47] Artículo 9.4.d) del RD 1369/2006.

[48] Artículo 9.5 del RD 1369/2006.

[49] Artículo 10.2.b) del RD 1369/2006.

percibir mientras se compatibilizara con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, se ampliara al doble [50].

La última novedad del actual programa de renta activa de inserción en la que nos detendremos, afecta a un colectivo de posibles beneficiarios de dicho programa, el de víctimas de violencia de género o doméstica. Esta novedad se refiere a la ayuda para el cambio de residencia de estas víctimas, que era regulada, como sabemos, en programas anteriores también[51]. En la actualidad se concede, a víctimas tanto de violencia de género como de violencia doméstica (consecuencia de las modificaciones sufridas en el programa ya expresadas con anterioridad), que se hayan visto obligadas a cambiar de residencia, siempre que lo acrediten, en los doce meses anteriores a la solicitud de admisión en el programa de renta activa de inserción o durante su permanencia en éste. La ayuda se podrá percibir una sola vez por cada derecho a la admisión al programa de renta activa de inserción, y se reconocerá, abonará y financiará, de la misma forma que la renta activa de inserción *por motivos de eficacia en la gestión y para su inmediata puesta a disposición de las víctimas*[52].

[50] *Vid*. artículo 11.2.b) del del RD 205/2005. Es prorrogada su vigencia para el año 2006, como sabemos, por el RD 393/2006.

[51] En el RD 205/2005, regulador del programa de la renta activa de inserción para 2005 y prorrogado para 2006, se reconocía en su artículo 7.

[52] Disposición Transitoria Primera del RD 1369/2006.

Comunicación a la Ponencia Temática III

EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO O DOMÉSTICA

ANA MARÍA ROMERO BURILLO
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la SS
Universitat de Lleida

SUMARIO:

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA.—II. REQUISTIOS EXIGIDOS P ARA EL ACCESO A LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN A LAS «VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO O DOMÉSTICA».–1. Delimitación conceptual de «víctima de violencia de género o doméstica»: Del RD-Ley 5/2002 al RD 1369/2006. 2. Otros requisitos exigidos para el acceso a la renta activa de inserción: su mantenimiento o exclusión para las víctimas de violencia de género o doméstica.—III. EL CONTENIDO PRESTACIONES DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN.–1. La ayuda específica para las víctimas de violencia de género o doméstica. 2. Las bonificaciones a la contratación.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La posición desfavorable de las mujeres en el mercado de trabajo es una nota común en todos los países de la Unión Europea, si bien es en los países del sur, entre los cuales se encuentra España, donde se ponen más de manifiesto las diferencias entre hombres y mujeres. En particular, por lo que respecta a España, a pesar que desde la década de los 80 se ha producido un aumento continuado en la tasas de actividad femenina —en el año 1985 la tasa de actividad femenina estaba en un 27,6% [1], mientras que en estos momentos y según las últimas estadísticas, en el año 2006 la tasa de actividad ha sido del 48,56% [2]—, la desigualdad de género se mantiene si se tiene en cuenta que la mayoría de mujeres españolas permanecen inactivas. Asimismo, las tasas de paro femenino constituyen el principal indicador de las desigualdades de género [3].

Si bien, únicamente con estos datos se pone de manifiesto que el colectivo de las mujeres podría constituir por sí mismo uno de los colectivos destinatarios de la protección dispensada por la renta activa de inserción, no ha sido ésta la opción adoptada por el legislador que, con carácter general, no ha tenido en cuenta las circunstancias de género. Éstas únicamente se han tomado en consideración de una manera indirecta con la

---

[1] *Vid*. RODRÍGUEZ JUÑO, V.: «La tasa de empleo femenino de España y sus Comunidades Autónomas en el marco de la Unión Europea y de la Estrategia de Lisboa 1990-2003 ». *Boletín Económico de ICE,* núm. 2873/2006, págs. 43 y ss.

[2] *Vid*. www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras. Última consulta 7 de abril de 2007.

[3] Sobre los problemas de inserción laboral de las mujeres, déficits de igualdad y exclusión social vid. SANTOS ORTEGA, A.; MONTALBÀ OCAÑA, C. y MOLDES FARELO, R.: *Paro, Exclusión y Políticas de Empleo*. *Aspectos sociológicos*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, págs. 279 a 291. En esta misma dirección *vid*. SERRANO ARGÜESO, M.: «Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas». *Aranzadi Social*, núm. 20/2005. De acuerdo con los datos oficiales ofrecidos por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la tasa de paro femenino al finalizar el año 2006 era del 1 1,36%, mientras que la tasa de paro masculino del 6,06%. *Vid*. www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras. Última consulta 7 de abril de 2007.

inclusión dentro del ámbito subjetivo de la renta activa de inserción de las víctimas de violencia de género o doméstica.

Como se pone de manifiesto en el Preámbulo de la Ley Or gánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, éste no es un problema que afecte exclusivamente al ámbito privado, sino que por el contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, faltas de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. En consecuencia, los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en la Constitución Española. Estos mismos poderes públicos tienen, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.2 CE, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos estos derechos, eliminando los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

En la realidad española las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, como lo pone de manifiesto, por ejemplo, que entre los años 1999 y 2003, 246 mujeres murieran a manos de sus maridos, parejas o excompañeros, si bien la cifra de víctimas se eleva hasta 315 según el recuento efectuado por la Red Estatal de Or ganizaciones Feministas contra la violencia de género. En el año 2004, 72 mujeres fueron también asesinadas, 62 en el año 2005 y , cuando aún no había finalizado el año 2006, se podían computar ya 65 muertes. Como éstas, miles de mujeres viven también bajo la amenaza de muerte, como lo prueba el hecho de que durante el año 2002 se contabilizaran 43.313 denuncias por malos tratos producidos por pareja o expareja, cifra que se ha visto superada año tras año hasta llegar en el año 2006 a un total de 62.170 denuncias [4].

Estos datos justifican por sí mismos la inclusión de las víctimas de violencia de género o doméstica en el ámbito subjetivo de la renta activa de inserción, no en vano, en la mayoría de supuestos como consecuencia de esta situación, se producirán las especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar trabajo que justifican la renta activa de inserción, siendo esencial, asimismo, la reinserción laboral y la protección frente al desempleo previstas por esta prestación a favor de este colectivo [5].

---

[4] *Vid*. www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras. Última consulta 7 de abril de 2007.

[5] Serrano Argüeso, M.: «Las posibilidades de incorporación…», cit, pág. 67. La autora considera que las mujeres víctimas de violencia doméstica o violencia de género presentan dificultades específicas en el ámbito laboral de las cuales las normas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social han de ser conscientes.

Prueba de la importancia que para el colectivo de víctimas de violencia de género ha tenido su inclusión en el ámbito subjetivo de la renta activa de inserción es, a título de ejemplo, que durante el año 2004 fueron el segundo colectivo en número de beneficiarios de esta prestación detrás de los desempleados de lar ga duración mayores de 45 años. En concreto, el número de víctimas de violencia de género admitidas en el programa para el año 2004 ascendió a 5.533, más del doble que en el ejercicio anterior , en que fueron 2.030. Porcentaje que aumentó durante el año 2005, en que fueron 7516 mujeres víctimas de violencia de género las admitidas al programa de renta activa de inserción [6], lo que supuso casi un 10% del total de 49.666 perceptores que hubo de media en 2005 [7]. Por lo que hace referencia a los datos correspondientes al último año, un total de 4.772 víctimas de violencia de género fueron beneficiarias del programa durante los primeros nueves meses, lo que supone un incremento entorno al 14% respecto al número de beneficiarias acogidas en el año 2005 (4.087) [8]. Estos datos ponen de manifiesto no únicamente el alto número de víctimas de violencia de género o doméstica beneficiarias de la renta activa de inserción, sino su incremento espectacular en los últimos años, lo que es coherente con la repercusión social de este fenómeno, especialmente en los medios de comunicación, que ha supuesto que este deje de ser un problema invisible y, por tanto, se haya incrementado el número de denuncias y , en última instancia, el recurso a todos los beneficios —entre los cuales se incluye la renta activa de inserción— dirigidos a este colectivo [9].

De acuerdo con lo expuesto, nos parece interesante conocer cuál es la protección que en estos momentos reciben las víctimas de violencia de género o doméstica en el marco actual de la renta activa de inserción, así como su adecuación a las necesidades que en la práctica puede tener este colectivo de beneficiarios de la renta activa de inserción (en adelante también RAI). En todo caso, cabe advertir, que dadas las limitaciones de extensión que caracterizan a este tipo de trabajos, únicamente nos detendremos en el análisis de aquellos aspectos de la actual regulación que supongan un tratamiento diferenciado de las víctimas de violencia de género o doméstica respecto al resto de colectivos que pueden ser beneficiarios de la renta activa de inserción.

---

[6] Esta información puede consultarse en www .tt.mtas.es. Última consulta 31 de marzo de 2006.

[7] Esta información puede consultarse en www .tt.mtas.es/periodico/Laboral/200611/LAB20061111.htm. Última consulta 21 de diciembre de 2006.

[8] Datos obtenidos del *Anuario Estadístico del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2006*.

[9] En esta dirección el Consejo de Estado pone de manifiesto el elevado número de mujeres beneficiarias de la renta activa de inserción dado el mayor riesgo de paro de lar ga duración que las mujeres de mayor edad tienen respecto a los hombres y que las mujeres víctimas de violencia de género son beneficiarias de la misma. Vid. Consejo de Estado: *Dictamen al proyecto de Real Decreto por el que se regula el programa de la renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo*, de 11 de octubre de 2006.

II. REQUISITOS EXIGIDOS PARA EL ACCESO A LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓ A LAS «VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO O DOMÉSTICA»

1. Delimitación conceptual de «víctima de violencia de género o doméstica»: Del RD-Ley 5/2002 al RD 1369/2006

Con la finalidad de proteger a las víctimas de violencia de género el RD-Ley 5/2002, posteriormente convalidado por la Ley 45/2002, incluyó por primera vez en el ámbito subjetivo de la renta activa de inserción, junto con otros colectivos, a aquellos desempleados que en la fecha de solicitud de incorporación reunieran los siguientes requisitos: c) tener acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia doméstica por parte de algún miembro de la unidad familiar de convivencia y estar inscrito como demandante de trabajo, siempre que se reunieran los requisitos exigidos en el apartado 1, excepto el ser mayores de 45 años y estar inscritos como desempleados en la oficina de empleo ininterrumpidamente 12 meses o más. A partir de esta previsión el acceso de este colectivo a la renta activa de inserción se ha mantenido ininterrumpidamente, si bien, dicha previsión ha sufrido modificaciones en cuanto a su formulación en los sucesivos programas.

En esta dirección, el RD 945/2003, de 18 de julio, prorrogado por el RD 3/2004, de 19 de enero pasó a contemplar como posibles beneficiarios de la renta activa de inserción a aquellos que tuvieran acreditada la condición de víctima de violencia doméstica, desapareciendo la anterior previsión de tener que acreditar que la violencia doméstica proviniera de algún miembro de la unidad familiar. Esta redacción solucionaba las cuestiones que podía plantear la inclusión inicial de este colectivo llevada a cabo en el programa para el año 2002, el cual al establecer expresamente la necesidad de acreditar la condición de víctima de violencia doméstica «por parte de algún miembro de la unidad familiar de convivencia», podía llevar a excluir del ámbito de protección de esta prestación a aquellas víctimas de violencia doméstica ejercida por otros sujetos ajenos a la unidad familiar de convivencia —como por ejemplo, los excompañeros—. En definitiva, con la redacción introducida en el programa para el año 2003 se contemplaba toda violencia ejercida en el ámbito familiar , hubiera o no convivencia.

Con posterioridad, el RD 205/2005, de 25 de febrero, llevó a cabo una nueva modificación de los términos con los que se llevaba a cabo la inclusión de este colectivo sustituyendo el término «violencia doméstica» por el de «violencia de género». La distinción entre violencia doméstica y violencia de género ha sido una constante en los últimos años siempre que se ha abordado esta materia. En este sentido, a pesar de las indicaciones efectuadas por la Real Academia de la Lengua Española que recomendaba el término de violencia doméstica, ya la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para

incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, utilizó en lugar del término sexo, referido a las diferencias físicas entre hombres y mujeres, el de género, referido a las diferencias sociales asociadas al sexo [10]. De conformidad con esta opción, se ha utilizado mayoritariamente el concepto de violencia de género, siendo la principal manifestación de ello la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género [11]. En esta línea, por tanto, se incardinó también el programa de renta activa de inserción para el año 2005 que como ya hemos indicado sustituyó la terminología de violencia doméstica empleada hasta el momento por la de violencia de género [12].

Este cambio, sin embargo, no se consideró por algunos autores, como un simple cambio terminológico, sino que se puso de manifiesto que el mismo podía llevar aparejado un cambio en su alcance. En este sentido, se consideró que la violencia de género incluía todos los maltratos físicos, psicológicos, económicos, las agresiones sexuales, los abusos sexuales a niñas, el acoso sexual en todas sus manifestaciones, el tráfico o utilización de mujeres y niñas con finalidades de explotación sexual, prostitución y comercio sexual, la mutilación genital femenina, la violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres o cualquier otra situación o conducta que lesionara o fuera susceptible de lesionar la dignidad o integridad de la mujer. En cambio, se consideraba que cuando se utilizaba el concepto de violencia doméstica se hacía en un sentido más restringido, refiriéndose a las mujeres que sufren violencia ejercida contra ellas por parte de los que son o han sido sus cónyuges o de los que están o han estado ligados con ellas por relaciones similares de afectividad, aunque no haya convivencia [13]. Asimismo, también se consideró

---

[10] Lousada Arochena, F.: «Informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa». *La Ley*, núm. 6092/2004, pág. 3.

[11] Sobre el concepto de género utilizado por esta norma vid. Molina Navarrete, C.: «Las dimensiones sociolaborales de la «lucha» contra «la violencia de género». A propósito de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género —BOE de 29 de diciembre». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 264/2005, págs. 26 a 28. Según el autor, para esta norma legal, la violencia objeto de protección es cualquier acto de agresión, sea física o psíquica, que como manifestación de la situación desigual de poder existente, ejerza un hombre contra una mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación afectiva de cierta duración, que implique o no convivencia. Vid. también, entre otros, Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, T.: *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*. Ed. Cinca. Madrid, 2006, págs. 26 y ss. y Sempere Navarro, A. V.: «La Ley Orgánica de Protección conta la violencia de género: una introducción para laboralistas». *Aranzadi Social*. Tomo V/2005, págs. 361 y ss.

[12] Serrano Argüeso, M.: «Las posibilidades de incorporación…», cit. pág. 69, nota 13, ya ponía de manifiesto en esta dirección, que en el momento en que entrara en vigor la norma que regulara la renta activa de inserción para el año 2005 se substituirían los términos de «violencia doméstica» por «violencia de género».

[13] *Ibid*. A partir de esta distinción, la autora considera que en el Derecho del Trabajo resulta confuso utilizar de esta forma los conceptos mencionados, ya que considera que con carácter general la violencia ejercida en el ámbito laboral contra la mujer es sin duda una manifestación de la violencia de género.

que la sustitución del término «violencia doméstica» por «violencia de género» podía tener un efecto restrictivo, por cuanto no coincide el colectivo de víctimas de violencia doméstica con el de víctimas de violencia de género, ya que el primero permite incorporar también a otras personas diferentes a las mujeres, que sufren violencia por el ejercicio de su pareja de un poder de dominación, mientras que el segundo no [14].

Esta posible restricción, sin embargo, encontraba su razón última en que, a pesar de que la violencia doméstica puede afectar a otros sujetos integrantes de la unidad familiar, como por ejemplo, a los hijos menores, las personas de edad avanzada, especialmente cuando se encuentran en situación de dependencia e, incluso, a los hombres, la contundencia de los datos estadísticos pone de manifiesto que la violencia contra las mujeres ocupa un lugar preferente —se calcula que el 91% de los supuestos—. Estos datos justificarían por sí mismos que la protección ante estas situaciones que dispensa la renta activa de inserción se limitara a las mujeres, dejando al margen de su ámbito de protección otros a colectivos especialmente vulnerables y también sometidos a poderes de dominación o de subordinación [15].

Con toda probabilidad para clarificar el alcance de la inclusión en la renta activa de inserción de este colectivo, el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, ha vuelto a alterar el marco normativo de esta inclusión estableciendo al efecto que «podrán ser beneficiarios del programa los trabajadores desempleados menores de 65 años que, a la fecha de solicitud de incorporación, reúnan los requisitos previstos en alguno de los párrafos siguientes: (…) c) tener acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género o doméstica, salvo cuando conviva con el agresor, y estar inscrita como demandante de empleo, siempre que se reúnan los requisitos exigidos en el apartado 1, excepto los recogidos en los párrafos a) y b). A los efectos de este programa, la violencia doméstica contemplada en el artículo 173 del Código Penal queda limitada a la ejercida sobre el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad o sobre los hijos o los padres».

A partir de este enunciado se constata que la inclusión de las víctimas de violencia de género o doméstica en el ámbito de aplicación de la renta activa de inserción, al igual que sucede en relación con el resto de colectivos protegidos, no se realiza de una forma genérica, sino que se exige el cumplimiento adicional de determinados requisitos:

---

[14] Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gómez, M. R.: «El «derecho» y las «políticas de» de inserción a favor de los desempleados más vulnerables: balance del quinquenio de «rentas activas de inserción». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. *CEF*, núm. 268/2005, pág. 29.

[15] *Vid*. esta misma reflexión en relación con la LO 1/2004, de 28 de diciembre en Molina Navarrete, C.: «Las dimensiones sociolaborales…», cit. págs. 27 y 28.

— Se tiene que tratar de una víctima de violencia de género o doméstica.

— No convivir con el agresor .

— Se ha de acreditar por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género o doméstica.

— Se ha de estar inscrito como demandante de empleo.

— No se puede tener derecho a prestaciones o subsidios por desempleo o a la renta agraria.

— No pueden tenerse rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75% SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

La primera cuestión que se plantea en relación a los posibles beneficiarios de la renta activa de inserción incluidos por esta vía, hace referencia una vez más a la terminología empleada por la normativa para identificar a este colectivo «víctimas de violencia de género o doméstica». A tal efecto para delimitar el colectivo de víctimas violencia de género debe atenderse a lo previsto en el artículo 1 de la Ley Or gánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, norma que como su nombre indica contiene una regulación general sobre esta materia. En virtud de esta norma tendrá la consideración de víctima de violencia de género, la mujer que sufre todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad y que es ejercida sobre ésta por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ella por razones similares de afectividad, aun sin convivencia e independientemente de su estado civil.

Por su parte, para identificar el colectivo de víctimas de violencia doméstica debe acudirse a la delimitación específica de este colectivo que se lleva a cabo en el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, en virtud del cual, a los meros efectos del programa de renta activa de inserción la violencia doméstica contemplada en el artículo 173 del Código Penal queda limitada a la ejercida sobre el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad o sobre los hijos o los padres.

En este punto, cabe recordar que el artículo 173 del Código Penal bajo el enunciado de trato degradante tipifica entre otras conductas la siguiente: «2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza,

adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar , así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (…)». Ahora bien, como ya se ha avanzado, el artículo 2.2 c) del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, no recoge todas las situaciones de violencia doméstica contempladas en este precepto, sino únicamente se refiere «a la ejercida sobre el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad o sobre los hijos o los padres». En consecuencia, de la lectura conjunta de ambos preceptos puede concluirse que la referencia a las víctimas de violencia doméstica que contiene el artículo 2.2 c) del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, permitirá ampliar la posibilidad de acceder a la renta activa de inserción a los siguientes colectivos: a) al varón que sufra violencia ejercida por su cónyuge, excónyuge o, persona ligada a él por análoga relación de afectividad, o por sus padres o sus hijos; y, b) la mujer que sufra violencia ejercida por sus padres o por sus hijos.

En definitiva, la terminología introducida por el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, que hace referencia tanto a la violencia de género como a la violencia doméstica amplía sustancialmente el ámbito subjetivo y, en consecuencia, el ámbito de aplicación de la renta activa de inserción, puesto que junto con los supuestos que ya venían incluidos por la referencia a la violencia de género —mujeres que sufren actos de violencia por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ella por razones similares de afectividad, aun sin convivencia e independientemente de su estado civil—, se incluyen ahora dos nuevos supuestos que hasta este momento quedaban excluidos del acceso a la renta activa de inserción por esta vía —hombres que sufren violencia ejercida por su cónyuge, excónyuge o, persona ligada a él por análoga relación de afectividad, o por sus padres o sus hijos y mujeres que sufren violencia ejercida por sus padres o por sus hijos— [16].

El artículo 2.2 c) del RD 1369/2006, introduce un requisito adicional para que aquellas personas que tengan acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género o doméstica puedan acceder a la renta activa de inserción, que consiste en no

[16] Vallecillo Gámez, M. R. y Molina Navarrete, C.: «El régimen de estabilidad de la «renta activa de inserción» como subsidio no contributivo de la Seguridad Social: ¿realidad o pretención?. (Impacto jurídico y social del RD 1369/2006, de 24 de noviembre)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. *CEF*, núm. 3/2007, pág. 217, consideran acertado que se amplíe la protección a todas las víctimas de violencia familiar y no sólo a las mujeres víctimas de violencia de género.

convivir con el agresor. A pesar de la restricción que puede suponer la adición de este requisito, dejando al margen de la protección dispensada por la renta activa de inserción a todas aquellas víctimas de violencia de género o doméstica que mantienen la convivencia con el agresor, probablemente con esta medida se persigue que tales víctimas rompan con la convivencia con su agresor e inicien los procedimientos correspondientes poniendo fin de este modo a la situación en la que se encuentran [17].

Ahora bien, la normativa no exige únicamente que el solicitante de la renta activa de inserción sea una víctima de la violencia de género o doméstica, sino que además, exige que tenga acreditada por la Administración competente esta condición. Dado que la normativa no especifica quién y cómo se tendrá que extender dicha acreditación [18], se deberá acudir a los mecanismos previstos en otras normas que también prevén derechos sociolaborales para las víctimas de violencia de género o doméstica. En este sentido, parece que la condición de víctima de violencia de género o doméstica se tendrá que certificar a través de la correspondiente orden de protección. Así se contempla de forma expresa en el artículo 23 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que bajo el enunciado de «acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras» establece que «las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima».

A tal efecto, el artículo 544 ter 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.), prevé en relación con la orden de protección para las víctima de violencia doméstica que «la orden de protección será notificada a las partes y comunicada por el juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones Públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean estas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra naturaleza». Con esta finali-

---

[17] El Consejo de Estado ha puesto de manifiesto que las modificaciones introducidas en este precepto están justificadas y no suscitan reparos. Vid. Consejo de Estado: *Dictamen al proyecto de Real Decreto*…, cit. Por su parte Vallecillo Gámez, M. R. y Molina Navarrete, C.: «El régimen de estabilidad...», cit. Pág. 217, que consideran que si bien la exclusión parece razonable, porque fomenta la salida de la víctima del entorno hostil y su vida autónoma, y es coherente con la regulación específica prevista para las víctimas de violencia de género, su aplicación rígida puede plantear algún problema de desprotección.

[18] Leonés Salido, J. M.: «Algunas sombras del Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma del desempleo». *La Ley*, núm. 5561/2002, en relación al programa para el año 2002 consideraba que se trataba de una norma en blanco, a partir de la cual se aventuraba la posibilidad que se exigiera una sentencia firme condenatoria o que se considerara suficiente con la aportación de la simple denuncia. Ante las dudas que plantea este precepto, Esteban Legarreta, R.: «Fomento del empleo e intermediación de los beneficiarios de la renta activa de inserción: un estudio de su evolución».*Temas Laborales*, núm. 74/2004, pág. 49, considera que debe de ser determinante para constatar tal situación desde una visión de conjunto la actuación de los Servicios Sociales.

dad, el mencionado precepto prevé el establecimiento de un sistema integral de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones. Únicamente de forma excepcional se prevé la posibilidad de que la condición de víctima se acredite mediante un informe del Ministerio Fiscal que ponga de manifiesto la existencia de indicios de que la solicitante es víctima de violencia de género, hasta que no se dicte la correspondiente orden de protección (art. 23 de LO 1/2004, de 28 de diciembre). En cualquier caso, no será necesaria sentencia condenatoria para poder acreditar la condición de víctima de violencia de género o doméstica [19].

Esta exigencia de acreditación de la condición de víctima de violencia de género o violencia doméstica por parte de la Administración competente es mayoritariamente aceptada por la doctrina, en tanto que al tratarse de ayudas económicas, podrían, en el supuesto que no se exigiera de forma estricta la acreditación de esta situación, darse situaciones de picaresca y de fraude, lo que en última instancia iría en detrimento de las personas que verdaderamente sufren la violencia de género o doméstica[20]. Sin embargo, también se ha mantenido que en ocasiones puede resultar excesivamente burocrática, así como molesta, la necesidad de acreditar la situación de víctima de violencia de género o doméstica, en tanto que esta situación ya es por sí sola suficientemente penosa, como para que además se etiquete a la víctima. Asimismo, puede retardar el acceso de la víctima a las correspondientes ayudas económicas y de inserción previstas por la renta activa de inserción.

2. Otros requisitos exigidos para el acceso a la renta activa de inserción: su mantenimiento o exclusión para las víctimas de violencia de género o doméstica

El resto de requisitos exigidos para que el colectivo de víctimas de violencia de género o doméstica pueda acceder a la renta activa de inserción son comunes al resto de colectivos beneficiarios de la misma y , por tanto, responden a las mismas circunstancias que se hacen exigibles para los otros colectivos. En concreto, se exige estar inscrito como demandante de empleo; no tener derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo o a la renta agraria y no tener rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo anual al 75% SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Es justamente, la exigencia de estos requisitos la que nos permite constatar el claro carácter asistencial y subsidiario de esta prestación.

Ninguna cuestión plantea la exigencia de estos requisitos, si bien, podría haberse flexibilizado el requisito del nivel de rentas en aquellos su-

---

[19] Rabanal Carbajo, P.: «Disposiciones Adicionales». *Documentación Laboral*, núm. 67/2003, pág. 175.

[20] Serrano Argüeso, M.: «Las posibilidades de incorporación…», cit., pág. 68.

puestos en que la víctima se integre en el hogar de padres y/o hermanos, no en vano, una aplicación rígida de las reglas de cómputo de rentas llevaría a computar en un todo los ingresos de los familiares hasta segundo grado con los que se conviva de modo circunstancial, excluyendo a la víctima del acceso a la renta activa de inserción, lo cual es contradictorio con los beneficios que pueden derivarse en estos supuestos del hecho de dotar de una mayor autonomía económica a los beneficiarios y , sobre todo, de asegurar el acompañamiento en la búsqueda de empleo que implica la inclusión en la renta activa de inserción [21].

Por el contrario, se eliminan algunos requisitos exigidos a otros colectivos, en particular, el de ser mayor de 45 años y estar inscrito como demandante de empleo ininterrumpidamente durante 12 o más meses [22]. La supresión de estos dos requisitos se encuentra en consonancia con las especiales características del colectivo al cual va dirigida esta prestación. En concreto, resulta plenamente lógica la supresión de la exigencia de la edad, en tanto que nada tiene que ver la misma con la condición de víctima de violencia de género o doméstica y , por tanto, con las necesidades económicas y las dificultades para encontrar trabajo de este colectivo. Mantener este requisito supondría añadir un «plus» de dificultad para el acceso al mercado de trabajo. Asimismo, resulta totalmente razonable la supresión de la exigencia de un período mínimo de inscripción como demandante de empleo, ya que en los supuestos de violencia de género o doméstica la protección ha de tener un carácter de ur gencia, no pudiéndose posponer durante un año la protección dispensada por la renta activa de inserción.

En cuanto al conjunto de requisitos de carácter objetivo que se exigen a las víctimas de violencia de género o doméstica para acceder a la RAI, básicamente la suscripción de un compromiso de actividad que obliga al beneficiario a participar en diversas actividades de inserción (art. 3 RD 1369/2006), no existen diferencias en la configuración de dicha obligación respecto al resto de colectivos que pueden acceder a la RAI, salvo una pequeña excepción prevista en el artículo 231.2 TRLGSS, precepto al que se remite el artículo 3 RD 1369/2006 para concretar el alcance del compromiso de actividad, el cual señala que el servicio público de empleo a la hora de valorar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho compromiso de actividad (buscar activamente un empleo, aceptar una colocación adecuada etcétera) tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género a efectos de «atemperar», en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito.

---

[21] Esteban Legarreta, R.: *La renta activa de inserción*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pág. 44. El autor considera más adecuado en estos supuestos computar únicamente los ingresos del solicitante y los de los familiares convivientes con anterioridad a la salida del hogar familiar y que continúen conviviendo con aquél.

[22] *Vid*. artículo 2.2. RD 1369/2006, de 24 de noviembre.

Por último, y en relación al requisito temporal previsto en el artículo 2.4 del RD 1369/2006, se vuelve a realizar una nueva excepción a favor de este colectivo, al no exigirse el no haber sido beneficiario de la RAI en los 365 días naturales anteriores a la fecha de solicitud del derecho a la admisión al programa [23].

Esta excepción se ha venido recogiendo hasta la fecha en los diferentes programas de renta activa de inserción desde el año 2002, justamente desde la incorporación de dos nuevos colectivos de beneficiarios de la RAI como son las víctimas de violencia doméstica (hoy de violencia de género y doméstica) y las personas que acreditaran la condición de minusválidas. Esta previsión, por tanto, suponía la adaptación del requisito temporal a las especiales características de estos dos colectivos, las cuales justifican que estos colectivos puedan acceder nuevamente de forma ininterrumpida a esta prestación, con el fin de que puedan satisfacer de esta manera el objetivo de la inserción sociolaboral de los mismos.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora cabe valorar positivamente la inclusión del colectivo de las víctimas de violencia de género o doméstica en el ámbito subjetivo de la renta activa de inserción, no obstante es necesario poner de manifiesto que en este colectivo confluyen circunstancias especiales y diferenciadas del resto de colectivos con los que comparte la protección dispensada por esta prestación, lo que lleva a que su tratamiento a la hora de acceder a la RAI también sea diferenciado. Estas circunstancias provocan que en muchas ocasiones esta prestación se aproxime más que en ningún otro supuesto al concepto de renta mínima de inserción y , por tanto, se aleje todavía más de su consideración como un tercer nivel de protección por desempleo [24]. Por tanto, en estos supuestos, el objetivo de la reinserción laboral y protección frente al desempleo característico de la renta activa de inserción se ve complementado y, en muchas ocasiones, incluso superado y/o substituido, por una finalidad de inserción social. No en vano, en numerosas ocasiones la inserción laboral de este colectivo necesita más que ningún otro, de una previa inserción social del mismo [25].

---

[23] Con anterioridad al RD 1369/2006, el requisito temporal se formulaba no en relación al año anterior, sino, primero, en relación a la condición de beneficiario anteriormente de la RAI y posteriormente en relación al programa de renta activa del año anterior . La nueva formulación es coherente con la nueva concepción de la renta activa de inserción que ya no se articula a través de programas temporales de carácter anual, sino que se articula con carácter permanente estableciendo una garantía de continuidad en su aplicación como un derecho más.

[24] Reforzando esta idea encontramos que tanto en la renta básica del País Vasco, como en la renta mínima de inserción de Cataluña se contempla la posibilidad de acceder a las mismas a las víctimas de maltrato doméstico.

[25] En términos parecidos se manifiesta M olina Navarrete, C.: «Las «rentas activas de inserción»: un viaje inacabado desde la «marginalidad» a la «centralidad» del sistema». *Relaciones Laborales*, núm. 4/2003, pág. 450.

III. CONTENIDO PRESTACIONAL DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

El doble objetivo que persigue la renta activa de inserción, por un lado, remover o, en su caso, mitigar las necesidades económicas de los beneficiarios de la RAI y , por otro lado, la inserción en el mercado de trabajo, ha llevado a que el contenido prestacional de la RAI se haya configurado de forma dual [26], a través de la percepción de la renta activa de inserción y de la configuración de un conjunto de acciones de inserción que se articulan a través del compromiso de actividad y más recientemente también con las ayudas para incentivar el trabajo [27]. En este punto hay que señalar que no se han previsto por el legislador medidas excepcionales o diferenciadoras para las víctimas de violencia de género o doméstica y, por tanto, su regulación es igual que para el resto de colectivos beneficiarios de la RAI (cuantía de la prestación, duración, concreción de las acciones de inserción laboral, etcétera) [28].

Ahora bien, junto con el contenido tradicional de la renta activa de inserción, que conjuga políticas activas y pasivas, se han incorporado últimamente otras ayudas económicas que probablemente no responden únicamente a estas finalidades, sino que tienen un carácter más dirigido a la protección de determinados colectivos, dada la situación excepcional en que los mismos se encuentran. nos referimos a la previsión de ayudas dirigidas al cambio de residencia de víctimas de violencia de género, las cuales probablemente podrían haber encontrado mejor acomodo en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género o en su normativa de desarrollo [29] y los in-

---

[26] Para un estudio del contenido dual de la renta activa de inserción, vid., entre otros Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M.: «El carácter dual del contenido prestacional de la renta activa de inserción. A propósito del programa para el año 2005». *Aranzadi Social*, núm. 14/2005.

[27] Las ayudas para incentivar el trabajo se incorporaron por primera vez en el RD 205/2005, concretamente el artículo 6 preveía que el beneficiario de la renta activa de inserción percibiera la prestación económica en su totalidad o en un 50%, esta cuantía le era retraída del salario legal o convencional, lo que suponía un beneficio para el empresario, y en consecuencia un incentivo para la contratación de los beneficiarios de la renta activa de inserción. El artículo 6 del RD 1369/2006 ha mantenido las ayudas puestas en marcha para el año 2005, aunque se configuran de una forma diferente ya que se establece que los trabajadores admitidos en el programa, que realicen un trabajo por cuenta propia o ajena a tiempo completo percibirán una ayuda equivalente al 25% de la cuantía de la renta durante un máximo de 180 días a partir del primer día de trabajo tras la solicitud de admisión al programa.

[28] Para un estudio del contenido prestacional de la actual renta activa de inserción vid. Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M.: *El nuevo régimen jurídico de la renta activa de inserción. (A propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre)*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

[29] La misma opinión en Luján Alcaraz, J.: «El programa de renta activa de inserción para 2005». *Aranzadi Social*, núm. 2/2005. El autor considera que se trata de «puras ayudas sociales no vinculadas directamente con el objetivo de reinserción profesional».

centivos a la contratación, que periódicamente se recogen en el correspondiente programa de fomento del empleo.

En los siguientes apartados procederemos a analizar el contenido de dichas ayudas específicas previstas para las víctimas de violencia de género.

1. La ayuda específica para las víctimas de violencia de género o doméstica

El programa de renta activa de inserción para el año 2002, al tiempo que previó la incorporación de las víctimas de violencia doméstica —actualmente de violencia de género o doméstica—, incorporó una ayuda suplementaria dirigida a las mismas. En este sentido, la norma 8.2 d) de la Disposición Adicional primera de la Ley 45/2002 previó que las víctimas de violencia doméstica que se vieran obligadas y acreditasen cambio de residencia podrían percibir en un pago único una ayuda suplementaria de 3 meses de renta activa de inserción, sin que se redujera la duración de la citada renta y sin aplicación, en su caso, del período de espera de 3 meses. Dadas las cuestiones prácticas que se derivaron de esta previsión [30], los programas posteriores fueron incorporando precisiones a esta ayuda por cambio de de residencia de víctimas de violencia de género o doméstica hasta llegar a la actual regulación.

El RD 1369/2006 sigue manteniendo estas ayudas para el cambio de residencia, sin embargo, como indica el Preámbulo de dicha norma, estas ayudas se incorporarán en la normativa reguladora de la renta activa de inserción «hasta tanto se establezca una financiación y consignación presupuestaria de esta ayuda al margen del sistema de protección por desempleo», de modo que es de prever que en un plazo razonable de tiempo estas ayudas, de carácter más social que dirigidas específicamente a la reinserción profesional, abandonen la órbita de la RAI para ubicarse en el conjunto de ayudas sociales previstas para las víctimas de violencia de género o doméstica [31].

El carácter coyuntural con el que se incluyen estas ayudas en el RD 1369/2006 conlleva que las mismas no se incorporen en el cuerpo normativo de esta norma, sino en la Disposición Transitoria Primera bajo la rúbrica de «ayuda para cambio de residencia de víctimas de violencia de género o doméstica».

---

[30] Rabanal Carbajo, P.: «Disposiciones...», cit. págs. 183 y 184.

[31] La inclusión de estas ayudas en la RAI ha sido objeto de crítica por parte de los interlocutores sociales en los Informes elaborados con motivo del proyecto de renta activa de inserción. Vid. Consejo de Estado: *Dictamen del proyecto de Real Decreto*..., cit.

De la redacción actual de esta ayuda para el cambio de residencia de víctimas de violencia de género o doméstica se pueden extraer los siguientes elementos:

— En primer lugar, para ser beneficiario de esta ayuda deben reunirse los siguientes requisitos: a) tratarse de una víctima de violencia de género o doméstica, en los términos definidos en el artículo 2.2 c) del RD 1369/2006; b) haberse visto obligada a cambiar de residencia y acreditar esta circunstancia; c) que el cambio de residencia haya tenido lugar en los 12 meses anteriores a la solicitud de admisión al programa o durante su permanencia. Se establece, por tanto, un mar gen relativamente amplio para poder acceder a esta ayuda complementaria, en tanto que se podrá solicitar esta ayuda siempre que el cambio de residencia se haya producido como máximo con 12 meses de antelación, límite temporal que, por otra parte, no se introdujo hasta el programa para el año 2003. Asimismo, cabe destacar que también se podrá acceder a esta ayuda suplementaria con posterioridad al acceso como beneficiario de la renta activa de inserción, en tanto que se mantenga la permanencia de éste en el mismo.

— En segundo lugar, por lo que respecta al contenido de esta ayuda, la misma consiste en el pago de un único suplemento económico equivalente a 3 meses de renta activa de inserción, que asciende para el año 2006 a la cantidad de 1 149,84 euros[32]. Esta cantidad, si bien puede permitir atender a los primeros gastos derivados de este cambio de residencia, difícilmente será suficiente para sufragar los gastos posteriores derivados del mismo. En todo caso, esta ayuda debe ser considerada en el marco de la protección integral dispensada por la Ley Or gánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

— En tercer lugar, en relación con el momento en que se puede percibir esta ayuda, la Disposición Transitoria Primera del RD 1369/2006 prevé que la misma se podrá recibir a partir del día siguiente a aquel en que se solicite. La celeridad en la concesión de estas ayudas responde obviamente a la ur gencia de la situación contemplada en estos supuestos, donde la necesidad urgente de cambiar de residencia de la víctima de violencia de género o doméstica hace imprescindible que obtenga los recur-

[32] Rabanal Carbajo, P.: «Disposiciones...», cit. pág. 184, a pesar de la literalidad de la norma, no considera que se pueda sostener que esta ayuda suplementaria haya de percibirse de una sola vez y por la cuantía de 3 meses de la renta, porque la citada ayuda no se recibe para facilitar el cambio, sino precisamente por ya haberse producido éste. En todo caso, el autor considera que no resulta atrevida la idea de que se reciba esta cantidad de una sola vez.

sos económicos necesarios para poder llevar a la práctica este cambio de residencia[33]. Por este motivo, los programas de renta activa de inserción anteriores pese a prever un período de espera —3 meses o 1 mes— para acceder a la renta activa de inserción, no exigían que transcurriera dicho plazo para poder acceder en estos supuestos a las ayudas para cambio de residencia.

— En cuarto lugar, aunque la Disposición Transitoria Primera del RD 1369/2006 ha suprimido la previsión contenida en anteriores programas de renta activa de inserción, según la cual la percepción de la ayuda no minoraría la duración de la renta activa de inserción —11 meses a partir del año 2005—, del tenor de esta Disposición, que califica a esta ayuda como «una ayuda suplementaria» se sigue desprendiendo que la percepción de la misma no supondrá una reducción de la duración de la renta activa de inserción, de manera que la beneficiaria seguirá teniendo derecho a la percepción de esta prestación durante un período de 1 1 meses. En consecuencia, en estos supuestos los beneficiarios de la renta activa de inserción pueden llegar a percibir un máximo de 14 mensualidades de renta (3 por cambio de residencia y 1 1 propiamente de renta activa de inserción).

— En quinto lugar, la ayuda para el cambio de residencia de víctimas de violencia de género o doméstica se podrá percibir únicamente una vez por cada derecho a la admisión al programa de renta activa de inserción, en consecuencia, si bien únicamente se podrá solicitar y obtener esta ayuda una vez en cada derecho de admisión al programa, podrá accederse a la misma tantas veces como se acceda y se sea beneficiario de la renta activa de inserción, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del RD 1369/2006.

— Finalmente, el apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera del RD 1369/3006 se remite a lo previsto en los arts. 11.6, 13.1 y 15.2 para la tramitación, gestión y financiación de la renta activa de inserción, para regular el régimen jurídico de reconocimiento, abono y financiación de las ayudas para cambio de residencia de víctimas de violencia de género o doméstica,

---

[33] Rabanal Carbajo, P.: «Disposiciones…», cit. pág. 184, considera sin embar go que esta ayuda no se recibe para facilitar el cambio, sino precisamente porque éste ya se ha producido, lo que se desprende de la exigencia que contempla la norma de que los beneficiarios «acrediten cambio de su residencia», y no la necesidad de tener que cambiar de residencia, de lo que se deduce que el citado cambio de residencia se trata de un hecho consumado.

todo ello con la finalidad de garantizar la eficacia en la gestión de estas ayudas y para asegurar la inmediata puesta a disposición de las mismas a las víctimas de violencia de género o doméstica[34].

2. Las bonificaciones a la contratación

Otra medida que tradicionalmente se ha vinculado a la inserción laboral de los beneficiarios de la renta activa de inserción ha sido la previsión de bonificaciones para la contratación de dichos beneficiarios. Ahora bien, a diferencia del resto a de acciones de inserción laboral previstas, estas bonificaciones no se han recogido en la norma reguladora del correspondiente programa de renta activa de inserción, sino en los diversos y sucesivos programas para el fomento del empleo que se aprueban periódicamente.

De esta manera, al mar gen del primer programa para el año 2000, que no vino acompañado de previsión de bonificaciones referidas específicamente a los beneficiarios de la RAI, ya el programa para el año 2001 vino acompañado de dichas bonificaciones, las cuales se han mantenido de forma casi inalterable hasta el programa de fomento de la contratación previsto para el año 2006.

En la dirección señalada y de conformidad con el programa de fomento del empleo para el año 2006 previsto por la Disposición Adicional 50.ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, la contratación de desempleados admitidos al programa que contempla la ayuda específica denominada renta activa de inserción establece una serie de bonificaciones. En el caso de la contratación por parte de los empresarios beneficiarios de la RAI que tengan la condición acreditada de víctimas de violencia de género en los términos de la Ley Orgánica 1/2004 o de víctima de violencia doméstica, sin que sea necesaria la condición de estar en situación de desempleo, tendrán derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empre-

[34] A tal efecto el artículo 1 1.6 del RD 1369/2006 se remite al apartado 5 de dicho precepto que establece que «Las admisiones, bajas y reincorporaciones al programa se resolverán por el Director Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal y serán recurribles ante el orden jurisdiccional social, previa reclamación en la forma prevista en el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril». El artículo 13.1, por su parte establece que «Corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal la gestión del programa de renta activa de inserción, que deberá dictar resolución que reconozca o deniegue el derecho a la admisión al programa, resolver las bajas, las reincorporaciones (...)» y , finalmente, el artículo 15.2 indica que «La financiación de la renta activa de inserción de la cotización a la Seguridad Social (...) será la que corresponda a la acción protectora por desempleo establecida en el artículo 223 del TRLGSS, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio».

sarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante 4 años. Asimismo, en el caso de que se celebren contratos temporales con estas personas se tendrá derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 50 euros/mes (600 euros/año), durante toda la vigencia del contrato.

Se ajusta el presente volumen al desarrollo del XVIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Vigo los días 10 y 11 de mayo de 2007, cuyo tema general fue el de las políticas de empleo bajo el título de "Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo". Tras el prólogo del vicepresidente de la AEDTSS, Santiago González Ortega, se recoge la Ponencia General a cargo de Jaime Cabeza Pereiro, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Vigo y co-organizador local del Congreso. Tras esta introducción general al tema a partir de una visión global de la problemática de las políticas de empleo en todos los niveles de actuación de los poderes públicos con responsabilidades y competencias sobre esta materia, la cuestión del empleo se ha abordado, de forma más específica, mediante Ponencias Temáticas que se han referido, la primera, al "Entramado institucional del empleo en sus vertientes pública y privada", elaborada por Faustino Cavas Martínez, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Murcia; la segunda, a "Las políticas selectivas de empleo", realizada por María Fernanda Fernández López, Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla; y, finalmente, la tercera a "Las políticas pasivas de empleo: evolución y proyección futuras", a cargo de José Luis Gilolmo López, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Todas las ponencias van seguidas de numerosas Comunicaciones desarrollando puntos especialmente controvertidos de las mismas.

ISBN 978-84-8417-305-2