

Anuario de Conferencias del CARL

1^{er}. Semestre de 2007

Edita:

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Producción:

Germán López. Servicios Gráficos

Depósito Legal:

SE-2611-08

I.S.B.N.:

978-84-691-0951-9

índice

CAPÍTULO 1. DEPENDENCIA.

TÍTULO COMPETENCIAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA LEY DE DEPENDENCIA . 11
 Conferencia ofrecida en el marco de las Jornadas sobre los efectos laborales de la Ley.

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.
 Universidad de Sevilla.

EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY DE DEPENDENCIA: EL RÉGIMEN DE PRESTACIONES. 35

D. M^a Gema Quintero Lima.
 Instituto de Seguridad Social Juan Luis Vives. Universidad Carlos III de Madrid.

APÉNDICE. CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS. 49

D. Manuel García Muñoz.
 Universidad Pablo de Olavide.

CAPÍTULO 2. EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA.

EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA EN EL MARCO DEL ESTADO AUTONÓMICO 65

D. Francisco Balaguer Callejón.
 Universidad de Granada.

LAS POLÍTICAS DE EMPLEO E INMIGRACIÓN EN EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA
 DE ANDALUCÍA 87

D. José Luis Monereo Pérez.
 Universidad de Granada.

LOS DERECHOS SOCIALES Y LABORALES EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.
 ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE CATALUÑA Y DE LA COMUNIDAD
 VALENCIANA 129

D. Eduardo Rojo Torrecillas.
 Universidad de Barcelona.



LA SEGUNDA FASE EN LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO: CLAVES SOCIOLABORALES DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA	151
---	-----

D. Cristóbal Molina Navarrete.

Universidad de Jaén.

EL MODELO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA CONSTITUCIÓN ANTE LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA	187
---	-----

D. Manuel Carlos Palomeque López.

Universidad de Salamanca.

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL. PERSPECTIVAS TRAS LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA	211
--	-----

D. Juan López Gandía.

Universidad de Valencia.

CAPÍTULO 3. DISCAPACIDAD Y RELACIONES LABORALES.

MERCADO DE TRABAJO Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD: REALIDADES NACIONALES Y CONTEXTO EUROPEO.	241
---	-----

D. Josep Fargas Fernández.

Universidad Pompeu Fabra.

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y LA RAZONABLE ADAPTACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO.	267
---	-----

D^a Eva Garrido Pérez.

Universidad Pompeu Fabra.

CAPÍTULO 4. SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS LABORALES INDIVIDUALES EN ANDALUCÍA.....	295
---	-----

D^a Ana M^a Orellana Cano.

Magistrada Especialista del Orden Jurisdiccional Social del TSJA.



prólogo

El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales viene desarrollando desde sus inicios una importante labor de impulso y apoyo a la formación en el ámbito universitario en las áreas específicas en que desarrolla sus competencias. Esta labor se ha concretado en la organización y ejecución de numerosas jornadas celebradas a lo largo del año, en colaboración con las distintas Facultades de Derecho, Ciencias del Trabajo y Ciencias Económicas y Empresariales de las diferentes Universidades andaluzas.

Dado que también es objetivo del CARL dar la mayor difusión posible a la información que sobre relaciones laborales se genera a lo largo del año, en 2007 se tomó la iniciativa de incorporar a su línea editorial una recopilación de las conferencias más importantes ofrecidas en las diversas Jornadas.

Este es el segundo volumen de una colección que, bajo el título *Anuario de Conferencias del CARL*, pretende hacer llegar la información y el conocimiento más autorizado generado por la doctrina sociolaboral a un público más amplio y que, por diferentes motivos, no ha podido participar directamente en las Jornadas o seminarios organizados por el Consejo.



1

DEPENDENCIA

TÍTULO COMPETENCIAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA LEY DE DEPENDENCIA

Manuel Ramón ALARCÓN CARACUEL.

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla.

**NOTA: Este artículo ha sido publicado también en el N.º. 89 de la Revista Temas Laborales del CARL.*

Sumario:

1. Un punto de partida discutible: el cuarto pilar del Estado del Bienestar. 2. La opción por la creación de un Sistema: una decisión política con consecuencias competenciales. a) Los servicios sociales no son una “materia competencial” sino una mera técnica prestacional. b) Las CCAA se autoatribuyen indebidamente la competencia exclusiva como prestadoras de servicios sociales. c) Última peripecia: los nuevos Estatutos de Autonomía se olvidan de la competencia sobre Asistencia Social y la sustituyen por la competencia sobre servicios sociales. 3. El Estado supera el dilema recurriendo al artículo 149.1,1ª de la Constitución. a) El principio de la colaboración interadministrativa b) Las opciones constitucionales para articular normativamente el principio de colaboración interadministrativa. c) La opción elegida: el artículo 149.1,1ª CE.



1. Un punto de partida discutible: el cuarto pilar del Estado del Bienestar.

No cabe duda de que la promulgación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LPAD, en adelante) constituye un paso muy positivo en el desarrollo de nuestro sistema de protección social. Y lo es pese a que se trata de un problema (el de las personas dependientes que, como dice el artículo 2.2, son las que “precisan la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria”) que ni es nuevo ni estaba completamente huérfano de protección hasta ahora. No hay más que leer el artículo 137.6 de la Ley General de Seguridad Social (en su versión inmediatamente anterior a la actual pero provisionalmente en vigor) para comprobar que existe desde hace años una contingencia dentro de la acción protectora de nuestro sistema de Seguridad Social, denominada “gran invalidez” y definida en términos prácticamente idénticos a la definición de dependencia contenida en la LPAD: “se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”. Y la prestación dispensada, a tenor del artículo 139.4 de la LGSS, consiste en un incremento del 50 % de la pensión de invalidez

disfrutada, cantidad destinada “a que el inválido pueda remunerar a las personas que le atiendan”. Es cierto que la situación de dependencia tiene frecuentemente un origen distinto de la invalidez –concretamente la vejez- pero no es menos cierto que, en el marco de la Asistencia Social dispensada por las Comunidades Autónomas, también esa dependencia asociada a la senectud ha sido desde hace tiempo objeto de protección, especialmente a través de la prestación de servicios sociales. Quien desee entrar en la página web de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, por ejemplo, puede quedar gratamente sorprendido de la amplia panoplia de servicios ofrecidos a la población dependiente: residencias geriátricas, centros de día y de noche, servicios de teleasistencia domiciliaria, etc. etc.

Una vez reconocido esto –la no novedad ni del problema ni de su atención por parte de los poderes públicos- sí es cierto que en los últimos años la evolución demográfica de las sociedades desarrolladas ha agravado la dimensión del problema debido al envejecimiento de la población y al denominado “envejecimiento del envejecimiento”, es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años que, tal como afirma la Exposición de Motivos de la LPAD, en nuestro país “se ha duplicado en sólo veinte años”, y, consiguientemente, ha producido una multiplicación de personas dependientes. En la citada Exposición de Motivos se afirma que “un 9% de la población española, según la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999, presenta alguna discapacidad o limitación que le ha causado, o puede llegar a causar, una dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidad de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades”. Y, por lo tanto, es digno de aplauso que los poderes públicos hayan decidido mejorar y sistematizar la atención a las personas dependientes, que ese es el objetivo principal de la LPAD al crear el denominado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la finalidad esencial de dispensar una atención pública a un problema que, hasta ahora –y pese a la existencia de las prestaciones antes citadas, entre muchas otras- venía abandonado en gran medida a la solidaridad familiar, léase al encomiable trabajo gratuito de mujeres (madres, esposas, hijas, etc.).

Ahora bien, hecho ese reconocimiento y ese aplauso, me parece conveniente observar –porque, como veremos, ello tiene mucho que ver con la manera como se ha enfocado por el legislador la cuestión competencial- que calificar la instauración de este SAAD como el “cuarto pilar del Estado el Bienestar” es manifiestamente desproporcionado. Y esa calificación no es un mero producto de la presentación político-mediática del asunto sino que figura en la Exposición de Motivos de la propia LPAD, en el segundo párrafo de su punto 2: “Si en 1978 los elementos fundamentales de ese modelo de Estado del bienestar se centraban, para todo ciudadano, en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, el desarrollo social de nuestro país desde entonces ha venido a situar a un nivel de importancia fundamental a los servicios sociales, desarrollados fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, con colaboración especial del tercer sector, como cuarto pilar del sistema de bienestar, para la atención a las situaciones de dependencia”. Un análisis un poco atento de ese párrafo revela inmediatamente la debilidad estructural del discurso subyacente al mismo. Veámoslo.



Ante todo, se habla de “cuarto pilar” junto a otros dos –sanidad pública y Seguridad Social- pero ¿cuál es el tercer pilar? A veces –aunque no en la Exposición de Motivos que estoy comentando- se menciona la Educación, otras se habla del acceso a una vivienda digna y otras, incluso, se menciona la política de empleo. En cualquier caso, se trata de pilares muy heterogéneos y de muy diversa entidad: alguno pertenece al ámbito específico de la protección social –como es la Seguridad Social, que es el núcleo del sistema de protección social- mientras que, por ejemplo, la educación, pertenece al campo de la promoción social, que no es exactamente lo mismo, aunque ambas formen parte del modelo del Estado del Bienestar. Y su importancia relativa es absolutamente dispar: por importante que sea la atención a las personas dependientes –y aún admitiendo sin cuestionarlo el dato utilizado por la Exposición de Motivos de que puede ser un problema que llegue a afectar al 9 % de la población española (a mí la cifra me parece exagerada)- parece de poca entidad si lo comparamos con el sistema sanitario que cubre al conjunto de la población –incluida también la población dependiente, a través de la llamada asistencia sociosanitaria- o con el sistema de Seguridad Social que cubre a aproximadamente 21 millones de afiliados y frente a una completísima batería de contingencias. En fin, ni siquiera ese cuarto pilar –que, como digo, carece de la robustez necesaria para poder ser considerado como tal- está claro en qué consiste. A veces se habla del sistema de “ayuda a las familias”, que, efectivamente, es una de las asignaturas pendientes de nuestro sistema de protección social desde hace muchos años y que, en la construcción de Beveridge, se concebía efectivamente como el cuarto pilar, junto al Seguro Social, la Asistencia Nacional (lo que nosotros llamamos Asistencia Social) y la Sanidad. Otras veces se habla de la red de servicios sociales, encomendada entre nosotros a las Comunidades Autónomas a partir de un equívoco conceptual enorme al que enseguida me referiré. Tanto en un caso como en otro, la atención a la dependencia solamente sería una parte, aunque importante, de esa acción protectora: de la ayuda a las familias o de los servicios sociales. En fin, hay veces que se identifica ese cuarto pilar –y ésta es la posición menos justificable de todas- exclusivamente con la atención a la dependencia: eso es lo que parece decir, aunque de forma hartamente confusa, el párrafo transcrito de la Exposición de Motivos y esa es la idea que subyace a la creación del denominado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que, junto al Sistema Nacional de Salud y al Sistema Nacional de Seguridad Social, constituirían los tres (de nuevo tres, no cuatro) pilares de nuestro Estado del Bienestar. Tres pilares que, desde luego, dejarían la mesa “un poco coja”, habida cuenta de la diferencia de tamaño entre el nuevo Sistema que pretende crear la LPAD y los otros dos –el sistema sanitario y el de Seguridad Social- que son muchísimo más importantes.

Antes de entrar a analizar el por qué de esa opción tan extraña –a la búsqueda de alguna razón que vaya más allá de una explicación en clave de mera propaganda política- apuntemos un último rasgo de cierta incoherencia del legislador: el citado Sistema se define por el artículo 6.2 de la LPAD como “una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados” y la creación de esa nueva red de servicios sociales (aunque, obviamente, se integrarán en ella los ya existentes, que no son pocos) se concibe por el artículo 1 como el instrumento para garantizar el derecho subjetivo a la promoción de la autonomía personal y la atención de las



personas dependientes que la propia LPAD crea también. Sin embargo, la atención a la dependencia no se encomienda por la propia LPAD exclusivamente a esa red de servicios sociales sino que se prevé también la posibilidad de otorgar a los beneficiarios unas prestaciones de contenido estrictamente económico, si bien esas cantidades estarían, a su vez, destinadas a sufragar los servicios que la persona dependiente necesite, servicios que puede obtener en el mercado libre, y que pueden consistir en la asistencia a centros o en la ayuda de cuidadores profesionales o en la ayuda de cuidadores no profesionales prestada en el propio entorno familiar. A todo ello se refieren los artículos 14, 17, 18 y 19 de la LPAD. Es cierto que, en la lógica de la LPAD, la prestación económica sería una solución subsidiaria para los casos en que la persona dependiente no pudiera ser atendida a través de la red de servicios públicos o concertados (artículo 14.3) o incluso una solución de carácter excepcional para pagar a cuidadores no profesionales (artículo 14.4). Pero, aún así, puede que en el desarrollo práctico de la LPAD esas prestaciones económicas adquieran más presencia e importancia de la prevista y, en ese caso, no sería adecuado identificar la atención a la dependencia exclusivamente con el Sistema de servicios sociales dispuestos al efecto. Esa identificación –de carácter reductivo, como digo- tiene mucho que ver, en realidad, con unas determinadas opciones del legislador sobre el modelo que se quiere implantar y, a su vez, sobre la manera de resolver la cuestión competencial. Veámoslo.



2. La opción por la creación de un Sistema: una decisión política con consecuencias competenciales.

La opción por colocar el centro de gravedad de la atención a la dependencia en la creación de una adecuada red de servicios sociales de titularidad pública –sin perjuicio de la integración en la misma de servicios de titularidad privada pero actuando en régimen de concierto- es, en mi opinión, acertada. Por una parte, se rechaza así el planteamiento que, en su día, hizo la Ley 55/1999, de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, que se limitaba a prever un marco de incentivos fiscales a las empresas privadas que se dedicaran a establecer esos servicios, lo cual significaba dejar en manos exclusivamente del mercado un asunto tan importante como éste. Por otra parte, la opción elegida pretende superar el estado actual de cosas, a saber, que son las propias familias de las personas dependientes quienes se ocupan de su atención, estado que, probablemente, tendería a perpetuarse –y aún a fortalecerse- si el Estado solamente se dedicara a dar prestaciones económicas a dichas familias. Aunque, en este punto, no faltan voces que señalan que las personas dependientes suelen manifestar su preferencia por la atención familiar y en el marco de su propio hogar –cuando ello es posible- por lo que esta vía de atención, que la LPAD contempla de manera muy excepcional, quizás debería aparecer como una alternativa más normalizada. Pero, en cualquier caso, la creación –o la potenciación, puesto que no se parte de cero- de la red de servicios públicos era absolutamente necesaria. Además, ello supone una mayor profesionalización de la atención a las personas dependientes, que es imprescindible en los supuestos de dependencia más severa, profesionalización que supondrá la creación

de muchos empleos en el sector, con los consiguientes retornos económicos, sobre los cuales los autores de la LPAD abrigan muchas expectativas.

Ahora bien, esa opción ha llevado implícita una conclusión desde el punto de vista competencial, que es la siguiente. Si de lo que se trata es de crear una red de servicios sociales, la atención a la dependencia no puede configurarse como una nueva prestación del Sistema de Seguridad Social –de competencia básicamente estatal, por tanto- sino que, en principio, debería formar parte de la acción protectora que las Comunidades Autónomas han venido desarrollando bajo el título competencial de la Asistencia Social. Veamos esto con algo más de detalle.

De entrada, eso no está dicho así explícitamente, en parte alguna, al menos que yo sepa. Como tampoco está dicho expresamente –y, sin embargo, parece ser que fue un argumento utilizado por la patronal en el diálogo social previo a la aprobación de la ley- que se rechazara la incardinación de la nueva prestación en el Sistema de Seguridad Social para alejar todo riesgo de subida de cotizaciones sociales para su financiación.

Empezando por esto último, es cierto que existía el “riesgo” (si es que se le puede considerar así, que no es precisamente lo que yo opino) de tener que financiar, al menos en parte, con cotizaciones sociales la atención a la dependencia si ésta se configuraba como una nueva contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social, anadiéndola, pues, a la lista del artículo 38 de la LGSS. La única manera de evitar esto hubiera sido configurar la atención a la dependencia exclusivamente como prestación no contributiva, para forzar su financiación con cargo a las transferencias desde los Presupuestos Generales del Estado; pero en tal caso solamente tendrían acceso a la nueva prestación las personas que superaran la prueba de necesidad, con lo que hubiera quedado seriamente afectado su carácter universal.

Por el contrario, el argumento según el cual la configuración de una red de servicios sociales de atención a la dependencia es algo que debe encuadrarse necesariamente en la Asistencia Social pero no en la Seguridad Social, no resiste un análisis riguroso desde el punto de vista constitucional. Sin embargo, hay que reconocer que ese argumento es tributario de cómo se ha venido desarrollando en la práctica en el último cuarto de siglo la distribución competencial entre Estado y CCAA en el ancho campo de la protección social. Ese desarrollo práctico ha partido de un equívoco mayúsculo –la indebida identificación de los servicios sociales con la Asistencia Social- y ha desembocado en una colosal paradoja: la desaparición en los Estatutos autonómicos recién reformados de la competencia sobre Asistencia Social, fagocitada, precisamente, por los servicios sociales. Explicaré dicho proceso telegráficamente.

- a) *Los servicios sociales no son una “materia competencial” sino una mera técnica prestacional.*

Dentro del ancho campo de la protección social hay dos mecanismos fundamentales: la Seguridad Social y la Asistencia Social. En ambos casos estamos hablando de instituciones maduras, que responden a principios rectores propios y bien definidos



(aunque la Asistencia Social tiene perfiles más difusos, dado que su característica definitoria es la de su carácter “complementario” respecto a la Seguridad Social, como segunda malla protectora de la población) y que tienen prevista una expresa atribución competencial en los artículos 149.1,17ª y 148.1,20ª de nuestra Constitución, a favor del Estado (casi por completo) y de las CCAA, respectivamente: es decir, constituyen una “materia competencial”.

Los servicios sociales, por el contrario, carecen de esa dimensión institucional. No son un mecanismo completo de protección social sino una de las técnicas prestacionales –prestaciones en especie- que pueden ser dispensadas por aquellas instituciones de protección social, tanto por la Seguridad Social como por la Asistencia Social. De hecho, al promulgarse la Constitución Española, los servicios sociales figuraban en el artículo 38.1,e) de la LGSS –precepto que, por cierto, sigue en vigor- como parte de la acción protectora de nuestro sistema de Seguridad Social: “*las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente*”. Y, por otra parte, el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, promulgado un mes antes de aprobarse la Constitución, había creado, como Entidad Gestora de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) “*para la gestión de servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social*”, entidad que posteriormente cambiaría el nombre por el de Instituto de Migraciones y Servicios Sociales y, recientemente –ex Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio- Instituto de Mayores Servicios Sociales, regulado actualmente por Real Decreto 1226/2005, de 13 de octubre, que lo sigue configurando expresamente como Entidad Gestora de la Seguridad Social (artículo 1.1) y entre cuyas competencias figura precisamente la de “*propuesta, gestión y seguimiento de planes de servicios sociales de ámbito estatal en las áreas de personas mayores y de personas dependientes*” (artículo 1.2,h).

- b) *Las CCAA se autoatribuyen indebidamente la competencia exclusiva como prestadoras de servicios sociales.*

Sucede, sin embargo, que, dado que el artículo 148.1,20ª preveía que las Comunidades Autónomas podían atribuirse en sus Estatutos, la competencia en materia de Asistencia Social, todas ellas lo hicieron y, curiosamente, incluyeron en la misma –como si fuera un imperativo conceptual, pese a no serlo en absoluto- la competencia sobre los servicios sociales. Más aún, en algunos Estatutos no se mencionaba la Asistencia Social pero sí los Servicios sociales; en otros se aludía a ambos; y, a veces, se utilizaron otras expresiones como Bienestar social, etc. Además, todas las CCAA se atribuyeron dicha competencia con carácter exclusivo, lo cual conducía a una situación paradójica: puesto que nadie discutió ni impugnó esa clara extralimitación de los Estatutos de Autonomía al atribuirse con carácter exclusivo la competencia sobre Servicios Sociales (frecuentemente se ponía con mayúsculas, como una prueba más del equívoco que vengo comentando), se había producido una especie de “inconstitucionalidad sobrevenida” de las disposiciones normativas –concretamente, de los artículos 38, 53 y 54 de la LGSS, pero no solamente



ellos- que regulaban la actividad estatal prestadora de servicios sociales, sobre todo a través de la Seguridad Social, aunque también a través de otros organismos autónomos. Tal “inconstitucionalidad virtual” no se producía, desde luego, por imperativo constitucional –puesto que la CE no dice nada sobre competencia en materia de servicios sociales- pero sí podía apreciarse si se comparaba esa situación normativa de origen preconstitucional con el “bloque de constitucionalidad” integrado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, que habían hecho una determinada interpretación –devenida firme por no impugnada- del contenido de la Asistencia Social como materia dentro de la cual hay que considerar comprendida la “submateria” (que, en realidad, no es más que una técnica prestacional, como ya hemos señalado) “servicios sociales”.

Ahora bien, el Estado no solamente no impugnó esa excesiva autoatribución competencial estatutaria sino que se apresuró a transferir a las CCAA la gestión de los servicios sociales, tanto de los que gestionaba a través del antiguo INAS (Instituto Nacional de Asistencia Social, organismo autónomo no perteneciente a la Seguridad Social), que transfirió mediante el Real Decreto 251/1982, de 15 de enero, como, sobre todo, de los que gestionaba el INSERSO (Instituto Nacional de Servicios Sociales, Entidad Gestora de la Seguridad Social), que transfirió –en el caso de Andalucía, por poner un ejemplo- mediante Real Decreto 1752/1984, de 1 de agosto. Con ello se cerraba el círculo: las CCAA serían en adelante las protagonistas prácticamente exclusivas en la prestación de los servicios sociales, bien amparadas en su título competencial propio y exclusivo sobre Asistencia Social, bien en virtud del título competencial dimanante del artículo 149.1,17ª de la CE, que prevé que las CCAA pueden recibir como transferencia competencial “la ejecución de los servicios de la Seguridad Social”. Con ello, además, se cerraba una operación institucional de gran envergadura tendente a dejar reducida la Seguridad Social a una institución que otorga única y exclusivamente prestaciones económicas, una vez que la gran prestación en especie –la asistencia sanitaria- ha quedado completamente desgajada del ámbito institucional de la Seguridad Social y atribuida a las CCAA (aunque no desde el punto de vista de su legislación básica, que sigue siendo competencia estatal, pero con el título del 149.1,16ª, no del 149.1,17ª), lo que se completa ahora atribuyendo también a las CCAA el otro gran área de prestaciones en especie: los servicios sociales. Pero ¿qué ocurre en este caso con la competencia normativa? Trataremos de dar respuesta a esto al hilo del análisis de lo que ha ocurrido con la LPAD.

- c) *Última peripecia: los nuevos Estatutos de Autonomía se olvidan de la competencia sobre Asistencia Social y la sustituyen por la competencia sobre servicios sociales.*

Ha sido tal la importancia dispensada por las CCAA al desarrollo de su autoatribuida competencia exclusiva en materia de servicios sociales –como parte integrante de su competencia exclusiva en materia de Asistencia Social- que en la reforma de los Estatutos de Autonomía que ha tenido lugar hasta ahora –a saber, los de Valencia, Cataluña y Andalucía- se ha producido una curiosa paradoja: la Asistencia Social ha desaparecido como competencia mencionada *expressis verbis* y, en su lugar, ha aparecido



la competencia sobre los servicios sociales (artículos 49.1,24ª del Estatuto de Valencia, 166.1 del Estatuto de Cataluña y 66.1 del Estatuto de Andalucía) . Es decir, que la parte ha sustituido y fagocitado al todo.

Ahora bien, esa transustanciación –que ya se había producido en algún Estatuto anterior y que ahora parece convertirse en la tendencia dominante, pero que, en mi opinión, no es ni mucho menos afortunada- lleva aparejado un evidente riesgo de reduccionismo puesto que la Asistencia Social es algo mucho más amplio que los servicios sociales: de entrada, el título competencial Asistencia Social habilita para dispensar prestaciones económicas, algunas de ellas tan importantes y emblemáticas como las rentas mínimas de inserción –en cuya implantación en nuestro país las CCAA han sido pioneras ante la evidente desidia estatal y de la Seguridad Social- y otras que han dado lugar a un importante conflicto competencial –resuelto a favor de la competencia autonómica por la importante STC 239/2002, de 11 de diciembre- como son las ayudas asistenciales complementarias otorgadas a los perceptores de pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Así pues, hacer desaparecer en los Estatutos la competencia sobre Asistencia Social y sustituirla por la competencia sobre Servicios Sociales –que, obviamente, son prestaciones en especie, no económicas- podría suponer ni más ni menos que renunciar a esa importante actividad prestacional de contenido económico o dinerario.

Para evitar semejante dislate los Estatutos –simplemente- han “obviado lo obvio” y han decidido redefinir los servicios sociales como una “materia” que incluye todo tipo de prestaciones, tanto las que corresponden a su concepto –prestaciones en especie- como las que no –prestaciones económicas-. Así lo vemos, al menos, en dos de los nuevos Estatutos, el de Cataluña y el de Andalucía. En este último –utilizando palabras casi idénticas a las empleadas en el de Cataluña- se afirma que la materia de servicios sociales (que, curiosamente, ahora se escribe con minúsculas) “*en todo caso incluye:*

- a) *La regulación, ordenación gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública.*
- b) *La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social.*
- c) *Instituciones públicas de protección tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación”.*

Como puede observarse, el contenido de la letra a) significa una auténtica redefinición de los servicios sociales como una materia que comprende todo tipo de prestaciones : prestaciones técnicas, prestaciones económicas “autónomas” (con finalidad asistencial, como son las rentas mínimas de inserción) y prestaciones económicas “complementarias” (que, por supuesto, también tienen finalidad asistencial, como son las ayudas a perceptores de pensiones no contributivas de la Seguridad Social u otras prestaciones públicas: por ejemplo, las aún subsistentes ayudas de la LISMI, Ley de Integración Social de los Minusválidos, Ley 13/1982, de 7 de abril). Y esa materia –así redefinida- es competencia exclusiva de las citadas Comunidades Autónomas. Y el Estado eso no lo discute.

Dicho lo cual, volvemos al hilo de nuestro discurso: la opción hecha por el legislador estatal de organizar la atención a la dependencia sobre la base de la creación de una red de servicios sociales implicaba –según el planteamiento competencial que acabamos de exponer y que ha terminado por imponerse con la anuencia generalizada de tirios y troyanos- que no se consideraba una materia de Seguridad Social, y por ende de competencia básicamente estatal, sino de Asistencia Social –más aún si esta materia es sustituida, como hacen los nuevos Estatutos, por los redefinidos servicios sociales- y, por lo tanto, de exclusiva competencia autonómica, por ende. Ahora bien, entonces surge de nuevo la pregunta antes esbozada: ¿continúa el Estado teniendo la posibilidad de “hacer algo” en materia de servicios sociales? ¿Conserva alguna competencia al respecto? En caso afirmativo, ¿con qué título? Se trata de una pregunta que podría ser meramente retórica pero que se ha convertido en actual y pertinente precisamente en virtud de la aprobación de la LPAD *por el legislador estatal*.

3. El Estado supera el dilema recurriendo al artículo 149.1, 1ª de la Constitución.

Planteada así la cuestión, presentaba un cierto perfil de contradicción difícilmente salvable. Por una parte, el Estado –es decir, el Gobierno de la Nación, que es, en realidad, el impulsor decisivo de una iniciativa que aparece como el proyecto-estrella de la legislatura- decide poner en marcha el Sistema de atención a la dependencia; pero, por otra parte, se desestima desde el principio que ello pueda o deba hacerse a través de una simple ampliación de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, opción que –en mi opinión- hubiera sido perfectamente posible con el artículo 149.1,17ª en la mano, en combinación con la definición de Seguridad Social –universalista desde el punto de vista subjetivo (sujetos protegidos) y generalista desde el punto de vista objetivo (situaciones protegidas)- contenida en el artículo 41 CE. Pero la consecuencia lógica de ese rechazo, parecería ser el dejar que las CCAA actuaran libremente sobre el tema –con base en su título competencial de Asistencia Social- una actuación que, por cierto, ya viene desarrollándose desde hace años por la mayoría de las CCAA, lo cual no excluiría que el Estado pudiera desarrollar una política propia de ayuda a la financiación de esas iniciativas (como se sigue haciendo con la Sanidad pese a las transferencias autonómicas realizadas en ese campo). Pero el Estado no quería conformarse con ese papel secundario sino que deseaba protagonizar la implantación del sistema de atención a la dependencia. Con ese propósito, dicho “sistema” va a tener la consideración –según dijimos- de “cuarto pilar” del Estado del Bienestar, junto a otros dos sistemas –el de Seguridad Social y el de Salud- y, aunque esto no se dice expresamente en la Exposición de Motivos de la LPAD, junto al sistema educativo. Tal consideración permite un tratamiento del nuevo sistema como algo completamente ajeno al sistema de Seguridad Social pero también –y esto es clave- ajeno al mundo de la Asistencia Social. Y es clave por dos razones: porque con ello se evita cualquier pretensión autonómica de monopolizar este campo de la protección social y, en segundo lugar, porque –y esto es



algo muy positivo- se huye de cualquier “asistencialismo”: la atención a las personas dependientes no se circunscribirá a quienes superen la prueba de necesidad sino que –al menos, en línea de principio- se concibe como un nuevo “derecho de ciudadanía”, lo que implica respetar su carácter universal, entendido de la forma más amplia posible, al modo como se concibe el derecho a la salud.

Una vez hecha esa opción y elegida esa fórmula, el Estado, sin embargo, no pretende monopolizar la apertura de este nuevo campo de la protección social, sino que lo que intenta es asociar a la aventura a todos los poderes públicos, singularmente a las CCAA, y también, aunque en menor grado, a las Corporaciones Locales. Se trataba, por lo tanto, de asumir la competencia estatal pero de compartir dicha competencia con la que pudiera corresponder a las CCAA. Ello se hace a través de la formulación de un principio, del rechazo de algunas fórmulas constitucionales posibles y, finalmente, de la opción por el asidero constitucional del artículo 149.1,1ª. Veamos estos tres puntos.

a) *El principio de la colaboración interadministrativa.*

El legislador es plenamente consciente de que la opción elegida es novedosa y así lo explicita en la Exposición de Motivos, punto 3: *“Se trata, pues, de desarrollar un modelo innovador, integrado, basado en la cooperación interadministrativa y en el respeto a las competencias”*. Así pues, se huye de la lucha por las competencias y se parte, por el contrario, del respeto a las competencias de cada uno de los poderes públicos –Estado y CCAA-, si bien no se especifican cuales son los respectivos títulos competenciales –que no pueden ser otros que los referidos a Seguridad Social (art. 149.1,17ª CE) y Asistencia Social (art. 148.1,20ª CE), esencialmente, aunque también de los que se refieren a la Sanidad (arts. 149.1,16ª y 148.1,21ª CE), puesto que la atención a la dependencia tiene también un aspecto sociosanitario. Esos títulos se dan por implícitamente reconocidos y, a partir de ahí, dado que se trata de títulos que se van a superponer sobre una misma materia –el nuevo derecho subjetivo reconocido por la LPAD y el Sistema creado por la misma para hacerlo efectivo- se establece un principio de cooperación entre los titulares de esas competencias, que son el Estado y las CCAA, que se adjetiva –a mi juicio, con tacañería semántica- como “interadministrativa”, cuando, en realidad, se trata de un principio de colaboración entre “poderes públicos”, en la línea de los postulados políticos del denominado “federalismo cooperativo”. Con ello, el autor de la LPAD se sitúa correctamente en línea con la mejor doctrina del Tribunal Constitucional que, ya desde la STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 14, afirmó que dicho principio de cooperación *“se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución”*, añadiendo la STC 181/1988, de 13 de octubre, FJ 7, que *“la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía”*.

Y, hasta tal punto ese principio constituye la piedra angular del modelo, que el mismo punto 3 de la Exposición de Motivos dice que el Sistema que se crea para garantizar la protección prevista por la LPAD, *“sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas”*. Y, ya en el texto de la Ley, se repite esa fórmula, añadiendo *“en el ejercicio de sus respectivas competencias”* (art. 6.1), tras haber incluido *“la cooperación interadministrativa”* entre los *“Principios de la Ley”* enumerados en su artículo 3 (concretamente, en la letra ñ).

Ahora bien, decir que el Sistema sirve de cauce a dicha cooperación es una expresión un tanto extraña. Más bien cabe decir que el Sistema creado se basa en dicha cooperación. Lo que sirve de cauce es, concretamente, un órgano clave que la Ley crea para cumplir importantísimas funciones: el denominado *“Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”* que, efectivamente, el artículo 8.1 define como *“instrumento de cooperación para la articulación del Sistema”* y que *“estará constituido por el titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas, recayendo dicha representación en el miembro del Consejo de Gobierno que tenga a su cargo las competencias en la materia”*. El mismo precepto añade que *“integrarán igualmente el Consejo un número de representantes de los diferentes Departamentos ministeriales”*, sin que parezca lógico que se refiera a todos y cada uno de dichos departamentos pero sin que la Ley especifique a cuales se quiere referir. De todas formas, se introduce una cautela imprescindible: *“En la composición tendrán mayoría los representantes de las Comunidades Autónomas”*.

Una vez establecido el principio, concebido el mismo como columna vertebral del Sistema y creado el instrumento orgánico para su puesta en funcionamiento –el Consejo Territorial recién mencionado– el legislador da un paso más: establece cual será el procedimiento para llevar a la práctica la pretendida colaboración, que no es otro que el de la suscripción de *“Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas”*, Convenios que, pese a ese carácter bilateral, no serán sino el desarrollo concreto de una especie de acuerdos-marco multilaterales contraídos en el marco del Consejo Interterritorial. Ese es el funcionamiento que parece desprenderse del tenor literal del artículo 10.1: *“En el seno del Consejo Territorial... la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán el marco de cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante los correspondientes Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas”*. Sin embargo, no está claro que el legislador esté pensando en varios acuerdos-marco, susceptibles a su vez de desarrollo por los Convenios concretos sino que la Disposición Final Cuarta de la LPAD parece indicar que la idea que se tiene no es la de suscribir varios acuerdos-marco –que se irían desarrollando a través de los Convenios bilaterales– sino una especie de programa de actuación único, que no necesariamente revestiría la forma de acuerdo-marco y que sería algo así como un complemento imprescindible del contenido de la propia LPAD. En efecto, lo que dice esa Disposición Final Cuarta es: *“En el plazo máximo de tres meses desde su constitución, el Consejo Territorial del Sistema acordará el marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley previsto en el artículo 10, así como el calendario para el desarrollo de las previsiones contenidas en la presente Ley”*.



Habida cuenta de que la LPAD entró en vigor el 1 de enero de 2007 (ex Disposición Final Novena) y de que el Consejo debe constituirse en el plazo de tres meses desde dicha entrada en vigor (ex Disposición Final Segunda), si se agotan los plazos citados, a mediados de julio de 2007 saldremos de dudas sobre la manera en que se interpretará y llevará a la práctica el diseño de ese “marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley”, previsto en su artículo 10 y su Disposición Final Cuarta.

b) *Las opciones constitucionales para articular normativamente el principio de colaboración interadministrativa.*

Pese al carácter innovador de la receta –que ya hemos puesto de relieve y que el propio legislador subraya– lo cierto es que ese principio se apoya en diversas previsiones constitucionales existentes y que conducen a varias fórmulas posibles de articulación. Sucintamente expuestas, son las siguientes.

En primer lugar, el legislador estatal podría haber considerado que la dependencia no es sino una nueva contingencia digna de protección por el Sistema de Seguridad Social y que, por consiguiente, lo que procedía era añadirla al artículo 38 de la LGSS, entrando a formar parte –las prestaciones correspondientes– del contenido de la acción protectora de la Seguridad Social. Una vez hecha esta opción, se podría haber recurrido a un mecanismo previsto en el artículo 149.1, 17ª de la CE, pero que hasta ahora no se ha utilizado, que es el de emanar una “Ley Básica” –que, como es sabido, no es lo mismo que una “Ley de Bases”– en la que el legislador estatal se podría haber limitado a definir la nueva contingencia y diseñar los elementos básicos de la acción protectora: prestaciones de carácter económico y prestaciones de carácter técnico (servicios sociales). Y, a partir de ahí, las CCAA podrían haber emanado legislación no básica referida a la creación, organización y funcionamiento de dichos servicios sociales, así como asumir –todo ello conforme al propio artículo 149.1, 17ª CE– la ejecución de los mismos. Ahora bien, hay que tener en cuenta que las CCAA ya tienen en vigor leyes sobre servicios sociales en general, o incluso sobre atención a la dependencia en particular, dictadas al amparo de su competencia exclusiva en materia de Asistencia Social, en algunas de las cuales, por cierto, se define la situación de dependencia en términos prácticamente idénticos a los utilizados por la LPAD: así la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (art. 62), la Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección de las personas mayores, de Castilla y León (art. 42) o la Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección de las personas en situación de dependencia, de Cantabria (art. 3). Sin embargo, la existencia de esa legislación autonómica no debería, en principio, ser problemática: simplemente, vendría a estar formalmente fundamentada en el doble título competencial de la Asistencia Social y de la legislación no básica de Seguridad Social. Podrían plantearse problemas materiales si la legislación básica del Estado entrara en contradicción con esa legislación autonómica preexistente, hipótesis poco probable. Cosa distinta –y ésta sí más posible– es que se produjeran algunos desajustes menores que se podrían fácilmente subsanar. En cualquier caso, este problema no es privativo de la opción que estamos comentando sino que se plantea exactamente igual con la LPAD:



mejor dicho, no exactamente igual sino en términos más agudos, dado que la LPAD no se limita a ser legislación básica sino que va más allá, según veremos. En cuanto a las prestaciones económicas, lo más lógico, en mi opinión, es que su otorgamiento se hubiera atribuido, en principio, por el legislador estatal, al propio Sistema de Seguridad Social, con una doble modalidad contributiva y no contributiva. Pero, una vez más, hay que decir que eso no resultaría lesivo para las competencias de las CCAA, que seguirían teniendo la posibilidad de dispensar ayudas económicas complementarias, conforme a la doctrina establecida por la STC 239/2002 (y recogida, aunque parcialmente, por el artículo 38.4 de la LGSS tras la reforma del mismo por Ley 4/2005, de 22 de abril). A mí me parece que este diseño hubiera sido muy coherente y funcional pero, por las razones a que antes aludí –o por otras que hayan podido existir y que yo desconozco– no ha sido esa la opción elegida.

Una segunda posibilidad abierta por nuestro texto constitucional es la utilización del artículo 149.3 CE, en virtud del cual se establece una especie de cláusula residual general a favor de la competencia estatal para todas aquellas materias no contempladas expresamente ni en el artículo 148 ni en el 149 y que, además, no hayan sido objeto de asunción competencial por los Estatutos autonómicos. Este podría considerarse el caso de la promoción de la autonomía personal y la protección de las personas dependientes, en los amplios términos en que está concebida por la LPAD. Se trataría de una materia no expresamente mencionada en los artículos 148 y 149 y tampoco específicamente asumida por los Estatutos autonómicos, sobre la que el Estado podría, pues, legislar libremente. Y esa legislación podría haber consistido en atribuirse a sí misma un carácter supletorio para el caso en que las CCAA –con base en su competencia, ésta sí asumida por sus Estatutos, sobre Asistencia Social y/o Servicios Sociales– sí se ocuparan de la atención a la dependencia pero dejaran lagunas de regulación. Pero, como se ve, se trata de una solución muy poco armónica y, con toda seguridad, muy poco práctica. Y es que el propio artículo 149.3 CE es un precepto muy oscuro. Por una parte dice, en su segundo inciso, que *“la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado”* pero inmediatamente a continuación añade: *“cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”*, declaración desconcertante porque si se está partiendo de que estamos ante materias cuya competencia no ha sido asumida por los Estatutos, ¿cómo se va a dar esa hipótesis de atribución competencial exclusiva a las CCAA?. Más practicable podría ser el último inciso del artículo 149.3: *“El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”*. Sería este inciso el que permitiría que el Estado, respetando la normativa hoy por hoy existente de las CCAA en materia de protección a la dependencia –con base, como hemos dicho, en su competencia sobre Asistencia Social y/o Servicios Sociales– hubiera emanado una legislación supletoria tendente a cubrir las lagunas de regulación de las muy heterogéneas normas autonómicas existentes. Pero se trata, como decimos, de una solución muy poco satisfactoria. Y esa impresión negativa sobre la utilidad de recurrir al artículo 149.3 CE se confirma si analizamos la doctrina del TC sobre dicho precepto, doctrina que ha evolucionado desde la consideración de que no cabe duda de que *“las Cortes Generales, como titulares de la potestad normativa del Estado (art. 66.2 CE) pueden*



legislar en principio sobre cualquier materia sin poseer un título específico para ello” (STC 76/1983, 5 de agosto, F.J. 4) hasta la posición, mucho más lógica, según la cual el artículo 149.3 CE *“en manera alguna constituye una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado”* (STC 15/1989, 26 de enero).

Una tercera vía es la que nos proporciona el artículo 150.1 CE, según el cual: *“Las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal”*. Es la utilización de lo que el propio precepto, en su segundo inciso, denomina *“ley marco”* al decir que en dicha ley marco *“se establecerá la modalidad de control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas”*.

Y una cuarta vía, parecida a la anterior, pero más limitativa respecto a las CCAA, es la abierta por el artículo 150.2 CE: *“El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación”*. Aunque esas *“facultades”* transferibles pueden ser de cualquier índole –y, por consiguiente, incluso normativas– parece claro que, habida cuenta de que ya existe el artículo 150.1 –que se expresa en los términos que acabamos de ver– el 150.2 está pensando más bien en transferir competencias ejecutivas. Así lo confirma la lectura de su segundo inciso: *“La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado”*. Y, efectivamente, ese es el uso que generalmente se ha hecho de este precepto constitucional.

Todas las vías hasta ahora examinadas parten de una misma idea básica: que la atención a las personas en situación de dependencia es una competencia del Estado, como principal poder público responsable de organizar la protección social de los ciudadanos, con base en lo que dispone el artículo 149.1,17ª en relación con la Seguridad Social, en combinación con lo que dispone el artículo 149.1,16ª respecto a la Sanidad, dado que dicha atención requiere tanto prestaciones económicas como técnicas y, a su vez, éstas deben consistir en Servicios Sociales de diverso tipo –residencias, ayuda domiciliaria, etc.–, encuadrables en el ámbito de la Seguridad Social, como atención sociosanitaria, perteneciente al ámbito de la Sanidad, o bien con base en los otros títulos competenciales a que hemos hecho referencia Y esa idea central se completa con la de que es conveniente asociar a las CCAA al esfuerzo por dispensar esa atención de la forma más eficiente posible, para lo cual es factible encomendarles, sobre todo, la ejecución en materia de Servicios Sociales, lo que se sumaría a la ejecución en materia sanitaria, que ya la tienen transferida. De todas formas, también se les podría traspasar a las CCAA la ejecución para la dispensación de las ayudas económicas, por cualquiera de las ías analizadas y, en el caso de que se optara por la primera vía –la de considerar la atención a la dependencia como una prestación de Seguridad Social– como una ampliación de la transferencia de la ejecución de las competencias del IMSERSO, que también ha sido ya realizada. A propósito de esto es conveniente señalar que precisamente el IMSERSO ha



cambiado de nombre –pasando a denominarse Instituto de Mayores y Servicios Sociales- a partir del Real Decreto 1226/2005, de 13 de octubre (que, a su vez, da cumplimiento a la Disposición final tercera del R.D. 1600/2004, de 2 de julio, sobre estructura básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), cuya Exposición de Motivos dejaba bien claro que el nuevo IMSERSO deberá asumir entre sus competencias *“las que se deriven de la creación y puesta en funcionamiento del sistema de protección a las personas en situación de dependencia”*, y así se establece en el artículo 1.2,h) del citado Real Decreto 1226/2005. Sin embargo, la LPAD hace caso omiso de esta previsión, al haber optado por una vía completamente diferente –la de la creación *ex novo* de un Sistema de atención a la dependencia completamente al margen del Sistema de Seguridad Social- por lo que el IMSERSO ni siquiera es mencionado por la Ley.

Frente a esas cuatro vías –caracterizadas por el común denominador que acabamos de ver: competencia estatal pero con posibilidad de involucrar a las CCAA, si bien en un plano relativamente secundario (sólo “relativamente”: en estas materias la ejecución y gestión es enormemente importante; más aún si las CCAA pueden también emanar legislación de desarrollo, como hemos visto)- existía una quinta vía que partiría de una idea básica contrapuesta a la anterior: dado que se ha optado por un modelo de atención a la dependencia cuyo centro de gravedad son los Servicios Sociales, y dado que estos son competencia exclusiva de las CCAA –en virtud de un desarrollo estatutario de lo previsto en el artículo 148.1,20ª CE sobre Asistencia Social que ya hemos analizado y criticado, pero que nadie ha impugnado hasta ahora- es obvio que el Estado no puede decidir regular un Sistema de Servicios Sociales para la atención a la dependencia sin invadir las competencias de las CCAA. Competencias que, por cierto, ya se han ejercido por las CCAA que han organizado, con mayor o menor fortuna, dichos Servicios Sociales. Es decir, que no se parte de cero. Ahora bien, si el Estado consideraba necesario “poner un poco de orden” en la manifiesta heterogeneidad de esos Servicios Sociales autonómicos, solamente tenía a su disposición un instrumento constitucional: dictar una “ley armonizadora” de las previstas en el artículo 150.3 CE. Sin embargo, es evidente –y comprensible- que el Estado no ha tenido ningún interés en recurrir a esa vía, sobre la que las CCAA tienen una opinión muy negativa desde el espinoso asunto de la LOAPA –uno de los episodios clave de la construcción del Estado de las Autonomías- que dio lugar a la célebre STC 76/1983, de 5 de agosto, sentencia en la que, por cierto, el alto tribunal estableció límites muy precisos a la utilización de este instrumento, considerado como una norma de cierre del sistema de distribución de competencias aplicable *“sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general”*. Como ya hemos visto, el Estado sí que disponía de otros cauces constitucionales: las cuatro vías analizadas con anterioridad.

Ninguna de las cinco vías expuestas ha sido utilizada por la LPAD. La explicación reside –creo yo- en que ni el Estado ha querido recabar para sí la competencia prácticamente exclusiva en la materia (aunque ya hemos visto que esas fórmulas permitían obvia dicha exclusividad) ni, menos aún, ha querido reconocer que, *rebus sic stantibus*, estábamos



ante una competencia autonómica: la asumida –ésta sí, con carácter exclusivo- por todos los Estatutos de Autonomía sobre los servicios sociales. Y, ante ese doble posicionamiento negativo –que podemos sintetizar diciendo: esto no es Seguridad Social y tampoco es Asistencia Social/Servicios Sociales- sólo quedaba una solución, que era la de considerar que estamos ante un nuevo ámbito prestacional, dentro de la “macroárea” de la protección social, que pasa a conceptuarse como “cuarto pilar” del Estado del Bienestar, que, por consiguientes, se considera que surge ahora “ex novo” –olvidando, o haciendo como que se olvidan, las prestaciones y servicios ya existentes- y sobre lo que no hay ninguna previsión constitucional específica en orden a su atribución competencial. Se decide que la construcción de ese cuarto pilar es “cosa de todos” –principio de colaboración interadministrativa- y como, de cualquier forma, el legislador estatal ha de justificar donde reside su propia competencia para dictar esta Ley, una vez rechazadas todas las vías examinadas solamente quedaba una: el artículo 149.1,1ª CE.

c) *La opción elegida: el artículo 149.1,1ª CE.*

Así pues, se trataba de conciliar varios propósitos. En primer lugar, la apertura de una nueva –relativamente, como ya hemos dicho- línea de acción en el ancho campo de la protección social, consistente en la atención a las personas dependientes (objetivo básico, aunque se acompañe de la formulación en positivo –más retórica que real- de “promoción de la autonomía personal”) debe aparecer ante la opinión pública como una iniciativa del Gobierno central, puesto que se considera uno de los proyectos estrella de la legislatura. En segundo lugar, no se quiere dejar a las Comunidades Autónomas al margen de esta iniciativa sino que, con buen criterio, se pretende asociarlas a la tarea. En tercer lugar, se quiere huir de residenciar la nueva prestación tanto en el campo de la Seguridad Social –esencialmente, para conjurar toda posibilidad de que ello conllevara una subida de las cotizaciones sociales- como en el de la Asistencia Social –pues, en tal caso, sería difícil justificar la intervención del Estado central. Así pues –descartadas otras vías constitucionales posibles pero poco útiles o recomendables, que ya hemos analizado- solamente quedaba una: recurrir al artículo 149.1,1ª CE, que establece como primera competencia exclusiva del Estado la siguiente: “*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*”. Y así se hace, aunque hay que reconocer que un poco “con la boca chica”: hay que esperar al final de la LPAD (concretamente, a la Disposición Final Octava, que es la última si prescindimos de la Novena que se refiere simplemente a la fecha de entrada en vigor de la Ley: al día siguiente de su publicación en el BOE, producida el 15-12-2006) para enterarnos, con una lacónica expresión –que no arroja ninguna luz ni explicación adicional sobre la opción elegida- de que el fundamento constitucional que da amparo a la Ley es el citado precepto constitucional.

Esa opción tiene, desde luego, algunas ventajas. La primera de todas –en términos de “marketing” político- es que todo lo que suponga justificar una acción legislativa en el propósito de garantizar la igualdad de los españoles es generalmente bien recibido por



la ciudadanía. Y la segunda es que la ambigüedad del precepto constitucional deja un amplio margen en la elección de las fórmulas concretas que el legislador estatal quiera utilizar para dar cumplimiento a ese propósito igualatorio: nótese que, según dicho precepto, la competencia que se confiere al Estado no es para regular “derechos” sino para regular las “condiciones” –y no todas, sino solo las “básicas”- para garantizar “la igualdad en el ejercicio de los derechos”. Como es obvio, ello permite al legislador estatal conseguir su propósito de una intervención no abusiva ni atosigante respecto a unas Comunidades Autónomas a las que se pretende asociar a la tarea y que, como es sabido, siempre son celosas de sus competencias. Que el texto de la LPAD haya o no respondido –o en qué medida- a esa pretensión “no invasora” de competencias autonómicas lo veremos más adelante.

Ahora bien, la opción también tropieza con serios inconvenientes derivados, en primer lugar, de las limitaciones que la doctrina del TC ha puesto a la pretendida igualdad –que, como decíamos, era el valor justificatorio de la intervención normativa del Estado- y, en segundo lugar, de la propia ambigüedad que hemos señalado, puesto que, si hay un precepto constitucional cuya interpretación ha sido poco pacífica es precisamente este artículo 149.1,1ª, lo que ha obligado a repetidos pronunciamientos del TC, de los cuales es difícil deducir una doctrina coherente, acabada y que proporcione una verdadera seguridad jurídica sobre el exacto alcance de la competencia estatal establecida en dicho precepto. Son tantas las sentencias del TC que se han referido a esos dos aspectos de la cuestión –alcance de la igualdad en el Estado de las Autonomías y significado concreto de la competencia establecida en el artículo 149.1,1ª CE- que sería excesivo pretender en este momento un análisis exhaustivo de esos pronunciamientos. Pero sí voy a seleccionar algunos ejemplos, que expondré por orden cronológico, que son suficientemente ilustrativos. Se trata, además, de sentencias que, frecuentemente, se remiten a la doctrina establecida ya en otras sentencias anteriores del TC.

En primer lugar, tenemos la STC 76/1983, de 5 de agosto, (que es la ya citada de la LOAPA), cuyo FJ 2 matiza de forma sustancial las expectativas que puede despertar el controvertido artículo 149.1,1ª –e incluso otros más contundentes como el 9.2, el 14 y el 139.1- sobre la consecución de la igualdad en el marco del Estado de las Autonomías. Dice así el TC: *“Ya este Tribunal Constitucional puso de manifiesto en su sentencia de 16 de noviembre de 1981 (37/1981), al valorar la función del principio de igualdad en el marco de las autonomías, que la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto del territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento. No es, en definitiva, la igualdad de derechos de las Comunidades lo que garantiza el principio de igualdad de derechos de los ciudadanos, como pretende el Abogado del Estado, sino que es la necesidad de garantizar la igualdad en el ejercicio de tales derechos lo que, mediante la fijación de unas comunes condiciones básicas, impone un límite a la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas”*.

En el mismo sentido cabe citar la STC 150/1990, de 4 de octubre, cuyo FJ y afirma: *“Este principio, según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 37/1987 fundamento jurídico 10, no impone que todas las Comunidades Autónomas tengan que ejercer sus competencias <de*



una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes>... Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139 y 149.1,1ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de posiciones jurídicas fundamentales”.

Esa misma idea de limitar la igualdad a “las condiciones básicas” o las “posiciones jurídicas fundamentales” –en definitiva, una igualdad de mínimos- late también en la importante STC 61/1997, de 20 de marzo, que es la que, además, ha pretendido desentrañar con más profundidad el alcance del artículo 149.1,1ª (sentencias posteriores, como la 173/1988, la 188/2001, la 98/2004 o la 212/2005, entre otras, no añaden nada realmente nuevo a lo en ella argumentado). En dicha sentencia se parte de reconocer algo que podría parecer obvio, puesto que el artículo 149 CE se refiere a competencias del Estado, pero que, en realidad, no lo era tanto: que estamos ante un verdadero título competencial, a pesar de que el mismo no venga referido a una “materia” concreta; pero, al propio tiempo, se hace por el TC un considerable esfuerzo interpretativo para evitar que la hipertrofia de ese título competencial –que se produciría si se le concibe como un título horizontal que autorizara al Estado a entrar sin cautela alguna en cualquier materia, aunque la misma sea competencia exclusiva de una Comunidad Autónoma- pueda llegar a barrenar todo el diseño competencial del Estado de las Autonomías. Así, en el FJ 7, bajo el título “Delimitación negativa y positiva de la competencia del art. 149.1,1ª CE”, el TC afirma, entre otras muchas cosas, lo siguiente: *“El art. 149.1,1ª CE no viene a ser un trasunto, en el plano competencial, del art. 14 CE, que, por lo demás, vincula a todos los poderes públicos. Este título estatal no representa, pues, una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto a la legislación estatal. Ha de añadirse que <condiciones básicas> no es sinónimo de <legislación básica>, <bases> o <normas básicas>. El art. 149.1,1ª CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento –eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad”.* He subrayado esto para hacer notar hasta qué punto la doctrina del TC, que trata de aclarar el alcance de ese precepto constitucional, dista bastante de ser en sí misma clara. Porque, ¿cuál es la diferencia entre fijar las “condiciones básicas para garantizar la igualdad” y establecer las “condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad”? No está nada claro; pero, parece que el TC trata de minimizar el posible impacto de esa acción igualatoria de Estado ex art. 149.1,1ª CE. Y a esa misma idea minimizadora responden también las afirmaciones que el TC hace a continuación: *“La competencia ex art. 149.1,1ª CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo”.... “Finalmente, las condiciones básicas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos”*. Y, partiendo de esas ideas, el TC termina haciendo dos afirmaciones trascendentales. La primera es que *“la <materia>*



sobre la que recae o se proyecta (el 149.1.1ª) son los derechos constitucionales en sentido estricto...no de los sectores materiales en los que estos se insertan.... De lo contrario... quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1ª CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento..” (subrayado mío). Y la segunda es ésta, a la que el propio TC otorga un valr conclusivo: “En definitiva, y para recapitular, el art. 149.1.1ª CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, ni tampoco como un título residual..”. Y un poco más adelante, al comienzo del FJ 8, afirma: “Una comprensión sistemática del entero orden competencial lleva a concluir, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, que las <condiciones básicas> hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta”. Básicas, elementales, esenciales, fundamentales, imprescindibles..: no parece que la acumulación de adjetivos de similar significado sea el mejor procedimiento para aclarar una idea que, a la postre, sigue siendo bastante confusa.

Pero lo que sí queda claro es que, según la doctrina del TC, el artículo 149.1.1ª CE es un instrumento que el Estado habrá de utilizar con suma cautela y que no parece el más adecuado cuando de lo que se trata es de regular derechos prestacionales -.como es nuestro caso- en los cuales lo importante no es tanto que los poderes públicos establezcan un determinado marco normativo sino, sobre todo, que se impliquen en hacerlos reales y efectivos. Porque, en definitiva, yo estoy convencido de que el constituyente no estaba pensando en ese tipo de derechos –sino en los derechos de libertad- cuando redactó ese precepto. Por eso, una vez hecha esa opción, es claro que el legislador estatal tenía que moverse dentro de límites muy estrechos, uno de los cuales –el más importante de todos- es que, si bien se podía definir ese nuevo derecho de ciudadanía consistente en el derecho a la atención pública si se cae en situación de dependencia, lo que no podía es establecer con carácter exhaustivo el cuadro prestacional –de servicios sociales y de ayudas económicas- necesario para hacer efectivo ese derecho. Y no podía hacerlo, so pena de invadir competencias autonómicas que, aunque no se mencionen expresamente por el propio legislador estatal, se quieren respetar puesto qe, como decimos, el Estado desea involucrar a las CCAA en la tarea. Por eso muchas de las críticas que en los primeros momentos despertó la LPAD –cuando aún estaba en fase de proyecto o incluso de anteproyecto- giraban sobre la inconcreción del texto, que aplazaba a la actuación de un órgano por crear –el Consejo Territorial del Sistema- la articulación concreta de todo el catálogo prestacional: la nueva Ley –se decía- crea un derecho vacío, sin contenido. Pero lo cierto es que, por sus propias limitaciones genéticas, la LPAD no podía ir más allá de donde ha ido. La cuestión es, más bien, la contraria: ¿se ha mantenido el legislador estatal dentro de los límites que le marca el fundamento competencial elegido? Es el punto que analizaremos a continuación, para concluir nuestro análisis.

Pero avancemos ya que dicha problemática puede sintetizarse en estas dos preguntas: de entrada, el legislador estatal ofrece y llama a las CCAA a colaborar y participar en la puesta



en funcionamiento del Sistema pero, ¿qué ocurre si las CCAA –o alguna o algunas de ellas se niega a colaborar y participar? ¿acaso puede el Estado imponerle que lo hagan?; y la segunda cuestión es la siguiente: el Estado dice que se limitará a garantizar el contenido mínimo común de derechos –nótese que aquí, indebidamente en mi opinión, se pasa del singular al plural: no hay más que un derecho subjetivo a la promoción de la autonomía y la atención a la dependencia, si bien integrado por diversas facultades- pero ¿qué ocurre si en la LPAD el Estado va más allá de establecer dicha garantía de mínimos? Y adelantemos también la respuesta a esas dos interrogantes. Según mi parecer, el Estado no puede –con el título competencial del art. 149.1,1ª CE por todo fundamento- imponer a las CCAA conducta alguna de colaboración y participación en el Sistema que él crea. Dicha colaboración y participación será estrictamente voluntaria y de que se consiga o no dependerá todo el éxito de la empresa. A este respecto, la STC 61/1997 ya citada, en su FJ 17, es terminante: *“Ha de añadirse, por otra parte, que la regulación de las condiciones básicas ex art. 149.1,1ª CE no puede por sí misma llegar a imponer conductas determinadas a otros entes públicos, habida cuenta que el destinatario de dicho título competencial es exclusivamente el ciudadano, en cuanto titular de derechos y deberes constitucionales”*. Y mucho antes, en la STC 80/1985, de 4 de julio, FJ 2, hablando del deber de colaboración entre los poderes públicos, el alto tribunal había precisado: *“como este deber no implica extensión alguna en las competencias estatales, el Estado no puede tratar de imponerlo mediante la adopción de medidas coercitivas, sino buscando para la que haya de adoptar la previa conformidad de las Comunidades Autónomas competentes”*. Pero lo cierto es que, en algún momento, la LPAD parece querer ir más allá de “solicitar” la colaboración y participación de las CCAA y pretende imponerla (o, quizás, “comprarla”, como veremos). Y, en cuanto a lo segunda cuestión, la LPAD también va algo más allá de garantizar esos mínimos. Veamos ambos aspectos del problema conjuntamente, analizando los artículos más significativos por su orden numérico.

Nada hay que objetar a las definiciones contenidas en el artículo 2 ni a los principios enumerados en el artículo 3. Alguna objeción cabría, en cambio, oponer al artículo 4.1, según el cual los españoles tienen derecho a obtener “las prestaciones y servicios previstos en esta Ley, en los términos establecidos en la misma”, salvo que se interprete que “dichos términos” incluyen la insoslayable remisión a la legislación autonómica, al menos en relación con el nivel adicional que es exclusiva competencia de éstas, según veremos. La misma objeción cabe hacer a la exigencia del requisito de residencia de 5 años establecido en el artículo 5.1,c); es obvio que las CCAA, respecto a sus prestaciones adicionales, pueden establecer una duración diferente de dicho requisito (en el caso de que deseen exigirlo).

Ante todo, veamos lo que hace la LPAD. El artículo 1.1 se limita, sagazmente, a repetir el tenor literal del artículo 149.1,1ª CE, refiriéndolo al tema objeto de la Ley: *“La presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”*. Sucede, sin embargo, que ese derecho subjetivo de ciudadanía, como tal, era hasta ahora inexistente aunque, como hemos visto, algunas prestaciones sí que se venían otorgando a las personas



dependientes vía Seguridad Social o vía Asistencia social. En realidad, es la propia LPAD la que crea este nuevo derecho. Pero, prudentemente, el legislador estatal prefiere no atribuirse un mérito cuya paternidad podría discutírsele y se limita a añadir a la frase anterior: *“en los términos establecidos por las leyes”*. Y, tras esa lacónica declaración de intenciones, el legislador estatal se apresura a hacer el primer llamamiento a las CCAA y a fijar los límites de su propia actuación: la manera de hacer efectivo ese derecho será *“mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio español”*. En esa declaración se encierra todo el entramado competencial de la LPAD y toda su posible problemática, aunque la misma se pueda examinar con algo más de detalle a lo largo del articulado de la LPAD, y así lo haremos.

Y llegamos a los dos preceptos nodales en relación con la problemática competencial que estamos analizando: los artículos 6 y 7. El artículo 6.2 dice: *“El Sistema se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros servicios, públicos y privados”*. Si la expresión *“que integra”* significa que ese es el deseo del legislador estatal y que a ello irán dirigidos sus esfuerzos, sobre la base del principio de cooperación, nada hay que objetar. Pero si la interpretación de ese presente de indicativo es que, a partir de la promulgación de la Ley, los centros y servicios creados anteriormente por las CCAA sobre la base de su competencia exclusiva en materia de Asistencia Social/ Servicios Sociales han pasado a integrarse en el nuevo Sistema que la LPAD crea, es evidente que el legislador estatal se ha extralimitado en sus competencias. Ahora bien, lo curioso del caso es que, a tenor del artículo 16.1 los términos se invierten: no es que los servicios autonómicos se integren en el Sistema que la LPAD crea sino al revés: *“Las prestaciones y servicios establecidos en esta Ley se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas”*. La pregunta entonces es la inversa: si una *“red autonómica”* no desea integrar una determinada prestación de las que establece la Ley (por ejemplo, los centros de día), ¿qué pasaría? A mi juicio, sería imposible obligarle a ello. Así pues, es evidente que este precepto de la LPAD tiene un planteamiento teleológico-político más que propiamente normativo. Es decir, que expresa más un *desideratum* que un mandato eficaz por sí mismo.

En cuanto al artículo 7, es el precepto donde se traduce la idea central de la distribución competencial que contiene la LPAD que parte, como hemos dicho, de un fundamento constitucional que sólo permite al Estado la regulación de las *“condiciones básicas”* para garantizar el ejercicio el derecho que se crea (a la promoción de la autonomía y la protección frente a la dependencia). Pues bien, ese concepto un tanto difuso de *“condiciones básicas”* se traduce en un concepto mucho más concreto y más habitual en materia de protección social:: el *“nivel mínimo”* de protección. En efecto, el artículo 7 establece que la protección de la situación de dependencia que prestará el Sistema podrá alcanzar tres niveles: el mínimo, el intermedio (aunque no se le califica con este adjetivo) y el adicional. Y la atribución competencial es clara respecto al nivel mínimo,



que corresponde al Estado, y el adicional, que pertenece por entero a las CCAA. Lo cual significa que el Estado financiará íntegramente el nivel mínimo (arts. 9.2 y 32.2 LPAD) y que las CCAA, si desean establecer un nivel adicional, pues no están obligadas a hacerlo, lo financiarán íntegramente (art. 11.2). Aunque, aún dentro de esa claridad inicial, subsiste alguna duda importante. Porque, paradójicamente –en cuanto aquí la competencia que queda perjudicada es la estatal-, mientras el nivel adicional es enteramente definido por cada una de las Comunidades Autónomas que, según el artículo 11.2 *in fine* LPAD “podrán adoptar las normas de acceso y disfrute que consideren más adecuadas”, el nivel mínimo se garantizará por el Estado “para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado y nivel de su dependencia” (art. 9.1 LPAD); pero sucede que ese grado y nivel de dependencia –del que, en última instancia, depende que un ciudadano tenga derecho a un nivel prestacional mínimo mayor o menor- no lo reconoce el Estado sino las Comunidades Autónomas (art. 28 LPAD), si bien aplicando un baremo que deberá acordar el Consejo Territorial del Sistema, órgano mixto Estado CCAA (art. 27.2 LPAD).

Las dudas principales, en cualquier caso, surgen en relación con ese nivel intermedio al que el artículo 7.2º se refiere en estos términos: “El nivel de protección que se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas a través de los Convenios previstos en el artículo 10”. Porque la pregunta cae por su propio peso: ¿qué ocurre si no se llegan a alcanzar esos Convenios con todas o con alguna o algunas de las CCAA? Y la hipótesis no es retórica, habida cuenta de que, a tenor del artículo 10.4, “los Convenios establecerán la financiación que corresponda a cada Administración para este nivel de prestación, en los términos establecidos en el artículo 32 y en la disposición transitoria primera de esta Ley”.

Llegamos así al verdadero núcleo del problema competencial: la financiación del Sistema. Nada que objetar a la financiación prevista para los niveles mínimo y adicional, que corresponden respectivamente al Estado y a las CCAA. Las dudas empiezan a surgir en relación con ese que hemos denominado nivel intermedio de protección y que –salvo que el nivel mínimo sea muy generoso, lo que no es previsible- constituirá la columna vertebral del Sistema de protección que se intenta poner en marcha. Aquí es donde los principales enigmas que plantea el principio de colaboración interadministrativa. Porque, como decimos, ¿qué ocurre si las partes implicadas –Estado y CCAA o alguna de ellas- no llegan a ponerse e acuerdo? ¿Significa eso que el nivel de protección presumiblemente más importante del Sistema no podría entrar en funcionamiento? En mi opinión, esa hipótesis es tan impensable desde el punto de vista político que el legislador estatal ni se la plantea: la suscripción de los Convenios –parece querer decirnos el autor de la LPAD- está garantizada. Sin embargo, el último párrafo del artículo 32 contiene una prescripción que, al menos, puede conducirnos a relativizar tanta confianza. Dice así: “La aportación de la Comunidad Autónoma será, para cada año, al menos igual a la de la Administración General del Estado como consecuencia de lo previsto en este apartado y en el anterior”. En esos dos apartados se habla, respectivamente, del nivel intermedio y del nivel mínimo: es decir, que este precepto “obliga” a las CCAA a poner sobre la mesa, con destino a la financiación del Sistema, una cantidad de dinero igual a la suma de lo que el Estado aporte para financiar el nivel mínimo (que es una cantidad que el Estado



decide unilateralmente), más la mitad de lo que el Estado y cada Comunidad Autónoma acuerden, mediante el correspondiente Convenio, aportar para el nivel intermedio. Y he puesto “obliga” entrecomillado porque, digámoslo claramente: la LPAD no puede establecer semejante obligación sin invadir las competencias autonómicas y sin violar el principio de “autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias” de que gozan las CCAA en virtud del artículo 156.1 CE y los respectivos Estatutos de Autonomía. Una cosa es que la financiación del nivel intermedio se haga depender de unos hipotéticos Convenios entre Estado y CCAA –lo que sume al Sistema en un elevado nivel de incertidumbre- y otra cosa bien distinta es que dichos Convenios tengan que atenerse al pie forzado, establecido por el legislador estatal, de una financiación al 50 % de dicho nivel intermedio más –y esto es lo más inaceptable de todo- una cantidad igual a lo que el Estado haya aportado para el nivel mínimo, lo que equivale a decir que dicho nivel –sobre el que las CCAA carecen de competencia alguna- también debería ser financiado al 50 % por las CCAA.

Desde el punto de vista político práctico, alguien puede estar tentado de pensar que, ante el fracaso del acuerdo entre una determinada Comunidad Autónoma y el Estado, éste puede hacer dos cosas: o bien asumir por sí solo la puesta en marcha de ese nivel intermedio en la Comunidad Autónoma en cuestión, o bien “castigar” a esa Comunidad Autónoma no entregándole su parte de los fondos previstos en los Presupuestos Generales del Estado para financiar dicho nivel intermedio. Pues bien, el Estado no puede hacer ni una cosa ni otra. En primer lugar, no puede asumir la regulación y gestión de un nivel intermedio sobre el que carece de competencia, por exceder del nivel mínimo que es el único que se corresponde con el fundamento constitucional elegido del artículo 149.1,1ª CE: “regulación de las condiciones básicas...”. Y ello es así, por mucho que el Estado estuviera dispuesto a financiar íntegramente ese nivel intermedio, puesto que el TC está cansado de afirmar que la potestad de gasto no es un título atributivo de competencias, sino que es un poder instrumental que se ha de ejercer dentro, pero no al margen, del orden competencial establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía (SSTC 39/1982, de 30 de junio, 179/1985, de 19 de diciembre, 145/1989, de 21 de septiembre, 98/2001, de 5 de abril, 126/2002, de 23 de mayo, 175/2003, de 30 de septiembre, 77/2004, de 29 de abril y 212/2005, de 21 de julio). Y, en segundo lugar, el Estado no puede discriminar a la Comunidad Autónoma díscola. En este sentido, el pronunciamiento de referencia es la STC 13/1992, de 6 de febrero (con cita de la STC 96/1986), cuyo FJ 10 afirma: *“En estos supuestos el Convenio sólo puede servir para facilitar la puesta a disposición de las Comunidades Autónomas de los fondos destinados a subvenciones, si en los Presupuestos Generales del Estado se determina genéricamente su destino. Pero no podría ni siquiera condicionarse esa transferencia de fondos a la firma de un Convenio, pues, en todo caso, el Estado tiene la obligación de distribuir las subvenciones entre las Comunidades Autónomas durante el ejercicio presupuestario, con la mayor antelación posible”*.

Consciente, sin duda alguna, de esas enormes dificultades con que tropieza el sistema diseñado, el autor de la LPAD ha ideado una fórmula para deshacer el nudo gordiano no con la violencia de la espada sino con la sutileza de una varita mágica. Es la contenida



en la Disposición Transitoria Primera: *“Durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2015, y para favorecer la implantación progresiva del Sistema, la Administración General del Estado establecerá anualmente en sus Presupuestos créditos para la celebración de los convenios con las administraciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con el artículo 10 de esta Ley”*. Dicho en román paladino, el Estado le dice a las CCAA: “no se preocupen ustedes que, en los próximos 9 años, yo pago mi parte y la suya”. A eso me refería yo cuando hablaba de “comprar” voluntades. Me parece bien si con ello se encuentra una buena solución práctica. Pero los problemas competenciales teóricos, de los que solamente he hecho un breve resumen – siguen existiendo. Y entre ellos están no solamente los que pueden significar un menoscabo de competencias autonómicas sino también, a la inversa, los que pueden plantearse si las CCAA rechazan asumir determinadas competencias –léase obligaciones- que el legislador estatal ha decidido por sí y ante sí conferirles, como son todas las referidas al reconocimiento del derecho a las prestaciones (art. 28 LPAD). Pero es evidente que, si el asunto de la financiación se resuelve, las CCAA no tendrán objeción alguna en asumir toda esa gestión y aparecer ante los ciudadanos como los entes que dispensan esta importante protección. Depositemos, pues, un voto de confianza en unos y otros, pues a todos nos interesa la mejora y perfeccionamiento de nuestro Estado del Bienestar.



LOS EFECTOS LABORALES DE LA LEY DE DEPENDENCIA.

Sevilla, 8 de mayo de 2007. CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES & Departamento de Derecho Privado (UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE).

EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY DE DEPENDENCIA: EL RÉGIMEN DE PRESTACIONES*

Doña M^a Gema Quintero Lima.

Prof. Dra.

Instituto de Seguridad Social Juan Luís Vives de la Universidad Carlos III de Madrid.

Como sucede en cualesquier aproximación exegética de una nueva realidad normativa en materia de protección social, se hace necesario atender a los tres pilares esenciales de la nueva norma: ámbito subjetivo al que resulta de aplicación la nueva estructura protectora, ámbito objetivo, o de contenidos, y aspectos instrumentales –no por ello triviales– como serían las estructuras de gestión y financiación. Pues bien, aquí corresponde prestar atención al segundo de los bloques materiales relevantes de la nueva Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante Ley 39/2006); a saber, el ámbito objetivo y el régimen prestacional.

Antes de atender al nuevo dibujo de prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia, se hace preciso contextualizar el ámbito objetivo, no sólo en el marco de la ley en su conjunto, sino también dentro del escenario jurídico-político de la materia Protección Social. De este modo, en primer lugar, se han de realizar algunas consideraciones previas (I). Seguidamente, es obligado apuntar los aspectos comunes del régimen prestacional, susceptibles de ser referidos a cualquiera de las prestaciones del SAAD (II); algo que permite entrar en la sistematización y descripción general de las distintas prestaciones (III), así como en la profundización en algunos de los elementos más relevantes de la dinámica prestacional (IV). Sólo así, cabría la valoración última del diseño legislativo del ámbito objetivo de la Ley 39/2006.



* La ponencia tuvo lugar el día 8 de mayo de 2007, y se acompañó de una presentación pps. Dada la fecha ulterior de la publicación de los textos (septiembre 2007), se ha tratado de respetar el texto de la ponencia, si bien, mínimamente, se han actualizado aquellos aspectos más relevantes. No todos, sino solo aquéllos respecto de los cuales el desarrollo reglamentario acaecido desde el mes de mayo de 2007 ha tenido mayor trascendencia.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con carácter previo sería necesario dejar apuntadas algunas cuestiones preliminares que, de un modo directo o indirecto pueden explicar y hacer comprensible el diseño del ámbito objetivo, o prestacional, que el legislador de la Ley 39/2006 ha hecho.

De un lado, los condicionantes de orden competencial, han predeterminado muy seriamente dicho diseño. La interacción –clásica- entre las atribuciones competenciales de los art. 149.1.17 y 148.1.20 CE no aconsejaban sustentar sobre ellas una ley estatal por más que estuviera respaldada por una labor informal de consenso previa. En todo caso, dado que hay prevista una ponencia específica en esta materia, no resulta conveniente profundizar mucho más en este tema, salvo para insistir en que, finalmente, la Ley 39/2006, se apoya en un título de atribución de competencias estatales peligrosamente camaleónico, como es el del art. 149.1.1ª CE, pero que exige continuas llamadas a la acción coordinada y cooperativa (sirva simplemente ver el propio art. 1 de la Ley 39/2006). Así, conectado con lo anterior, esos presupuestos competenciales han exigido determinados mecanismos de concreción y desarrollo de la acción protectora del SAAD, sustentados en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía de la Atención a la Dependencia (art. 8 Ley 39/2006), así como en una relación ley-reglamento estatal relativamente atípica y novedosa porque exigen la intervención de dicho Consejo, compuesto paritariamente por miembros de la Administración Central del Estado y de las distintas Comunidades Autónomas.

De otro lado, en segundo lugar, la pre-existencia de prestaciones sociales, de distinta naturaleza y tipología, ha conllevado la opción por una determinada sistemática prestacional; siempre sobre la base de la asimilación conceptual entre “dependencia” y la suma del binomio (tercera edad + discapacidad). Antes de la aprobación de la Ley 39/2006 ya existían distintas formas de protección inespecífica de las situaciones de dependencia vinculadas a los mayores de 65 años, y a los menores de 65 años discapacitados en un grado relevante.

Por lo que respecta a este último colectivo, dentro del sistema de Seguridad Social, existen prestaciones económicas como las prestaciones contributivas de incapacidad permanente para el trabajo (en grado de gran invalidez), así como prestaciones no contributivas de invalidez (complemento por ayuda de tercera persona), o familiares por hijo a cargo con un grado relevante de minusvalía, y prestaciones asistenciales integrada en le marco de la antigua LISMI (subsidio por ayuda de tercera persona, especialmente). Junto a las prestaciones económicas, han venido existiendo prestaciones técnicas (ayudas orto-protésicas, ayudas para adaptaciones del hogar, etc.) y servicios sociales (estatales, autonómicos, e incluso locales, tales como servicios de atención primaria, de atención domiciliaria, de atención diurna, centros residenciales, e incluso centros de especialidades), vinculados o no con las previsiones de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.



Y, en lo que concierne a la tercera edad, con anterioridad a la ley 39/2006, existen prestaciones económicas de Seguridad Social, contributivas de jubilación y no contributivas de vejez, así como prestaciones y servicios sociales en los mismos términos que lo relativo a la atención a la discapacidad (servicios domiciliarios, teleasistencia, ayudas técnicas, centros de día, de noche y residenciales etc.)

En tercer lugar, la definición del marco de prestaciones para la promoción de la autonomía y protección de las situaciones de dependencia ha estado, subrepticamente, influenciada por una realidad incontestable: la imposibilidad material de la creación *ex nihilo* de un Sistema de Servicios sociales de protección de la Dependencia, con la consiguiente necesidad de tener que re-emplazar las estructuras ya existentes, y articular mecanismos alternativos de protección. Porque, en definitiva, el SAAD y la nueva pluralidad de agentes, no son *nada nuevo bajo el sol*. O dicho de otro modo, la Ley 39/2006, diseña ese Sistema de promoción de la Autonomía personal y Atención a la dependencia (denominado SAAD), como modo de organizar la pluralidad de agentes existentes. Se incluyen así dentro de la Red Pública de Servicios a los centros públicos (los ya existentes y los que se creen en el futuro) y los centros concertados.

No deja de ser relativamente original este modo de organizar un “sistema”, pero, sin embargo se plantea la duda de si este sistema será capaz de absorber la eventual demanda. Duda esta que subyace al propio legislador, que introduce una regulación –mínima- de otros agentes, externos, como sería los centros privados y empresas de servicios privados no concertados, pero debidamente acreditados en cumplimiento de eventuales estándares de calidad (art. 34 y 35 Ley 39/2006); así como el tercer sector. Así, independientemente del establecimiento de la Red Pública, se vislumbra un -¿nuevo? - mercado de servicios de atención a la dependencia, reservado al ámbito de la gestión privada.

Al margen de lo que se ha expuesto en la ponencia referida al ámbito subjetivo de la ley, en cierto modo, el diseño del ámbito objetivo o prestacional de la ley ha determinado una relativa modulación del principio de universalidad; algo sobre lo que se volverá más adelante.

2. ASPECTOS GENERALES DEL ÁMBITO OBJETIVO

Por otro lado, el ámbito objetivo diseñado por la ley presenta aspectos comunes a todas las prestaciones y servicios de dicho diseño.

El primer de ellos es el de los objetivos generales del SAAD (art. 3) y de las prestaciones (art. 13); objetivos todos ellos vinculados a art. 9.2º CE; o lo que es lo mismo, a la garantía de la igualdad material de los ciudadanos, mediante la remoción de los obstáculos a dicha igualdad.



De esta suerte, la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal deberán orientarse a la consecución de una mejor calidad de vida y autonomía personal, en un marco de efectiva igualdad de oportunidades, de acuerdo con los siguientes objetivos: a) Facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que desee y sea posible. b) Proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad (art. 13 Ley 39/2006). Si se observa, se trata, *a priori*, de un diseño omnicompreensivo de la nueva forma de protección, que no quedará ligado únicamente a la prestación de cuidado, sino también al fomento de la autonomía de los sujetos afectados. O dicho de otro modo, se pretenden abordar las situaciones de dependencia se pretendieron ya entonces desde una perspectiva dual: la persona dependientes deviene sujeto pasivo de la atención del sistema de atención a las situaciones de dependencia y, de la misma manera, en aquellos casos en que sea necesario, ha de posibilitárseles que sean sujetos con intervención activa en la sociedad, mediante la concesión de prestaciones que fomente la autonomía personal.

En segundo lugar, es común a todas las prestaciones del SAAD el que se articulen en último término en torno a tres niveles de protección: nivel mínimo estatal, nivel concertado entre el Estado y las Comunidades Autónomas y nivel adicional o autonómico. La concreción de estos tres niveles, en la Ley 39/2006, ha quedado a expensas de la aprobación de los oportunos desarrollos reglamentarios a través de un eventual Real Decreto de mínimos y un eventual Real Decreto de intensidades¹.

Por otra parte, en tercer lugar, al margen del cumplimiento de los requisitos de inclusión en el campo de aplicación subjetivo de la Ley 39/2006, a los eventuales sujetos perceptores de prestaciones, se les exige ciertos requisitos generales de acceso a las prestaciones: 1º valoración de la existencia de una situación de dependencia, en determinado nivel y grado, conforme a las reglas establecidas reglamentariamente en el RD 504/2007, de 20 de abril (BOE num. 96 de 21 de abril), por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; 2º determinada capacidad económica de la persona dependiente.

Este segundo requisito requiere tres mínimos comentarios: a) se refiere a la capacidad económica de la persona dependiente (y no del núcleo familiar o análogo), lo que supone un avance hacia la individualización de los derechos sociales; b) en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario oportuno, no presenta zonas relevantes de indeterminación del umbral cuantitativo, de las reglas (cualitativas) de valoración y cuantificación del

1 Algo que, se ha producido inicialmente mediante: 1º el RD 614/2007, de 11 de mayo (BOE num. 114, de 12 de mayo), sobre nivel mínimo de protección del sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia garantizado por la Administración Central del Estado; 2º el RD 727/2007, de 8 de junio (BOE num. 138, de 9 de junio), sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y las cuantías de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006; y la orden TAS//2455/2007, de 7 de agosto, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo en el 2007 de los real Decretos que desarrollan la ley 39/2006 en las ciudades de Ceuta y Melilla).

patrimonio y/o de la renta etc.; y, c) el requisito de la capacidad económica se presenta con una doble *vis*: como requisito de acceso a las prestaciones, pero también como elemento de determinación de la intensidad de la participación del sujeto dependiente en la financiación de las prestaciones (copago). Así, este requisito de la capacidad económica, podría modular, todo dependiendo del modo en que se regulen las intensidades de las prestaciones, el principio de universalidad en sí mismo. Es decir, este quedaría inoperativo en la medida en que se exigiera al sujeto dependiente carecer de un determinado nivel de rentas y/o en la medida en que el copago se aproximara a un porcentaje del cien por ciento de participación financiera en el coste de los servicios.

La valoración de la dependencia (art. 26 Ley 39/2006), así como el reconocimiento de algún tipo de prestación (art. 28 Ley 39/2006) están muy vinculados. Tal es así que, en principio, del diseño legal, se deduce que el procedimiento administrativo de reconocimiento de derechos a prestación contaría con una fase de instrucción del expediente, en la que se comprobaría la concurrencia de los requisitos (grado, nivel de dependencia, capacidad económica)², se establecería la prelación en el acceso a prestaciones y servicios concretos (según la capacidad económica, edad y tipo de servicio), y concluiría con una resolución administrativa, en forma de Programa Individual de Atención (art. 29 Ley 39/2006), denominado PIA, que viene a materializar el principio general de la personalización de la atención contenido en el art. 3.f) de la Ley 39/2006.

Este PIA tiene como contenido obligado la determinación de las modalidades de atención más adecuadas a las necesidades de cada sujeto, según su grado y nivel de dependencia, y, en consecuencia, requiere como presupuesto un fuerte grado de profesionalización de las unidades de valoración de la dependencia.

Subyace, en todo caso, a esa determinación, tanto la preferencia/ prioridad aparente por los servicios sobre las prestaciones económicas, cuanto el principio de *libre choix* o de libertad de elección del sujeto dependiente. Esto último se articula tenuemente a través de la consulta, no vinculante y la valoración de propuestas de alternativas de cuidado que provengan de la persona dependiente y/o de sus familiares. El carácter tenue de la libertad de elección en materia prestacional es el resultado paradójico de la eventual tecnificación o profesionalización de la evaluación de la dependencia, que entraña que la autonomía de la voluntad de la persona dependiente tenga un protagonismo irregular.

En el marco del elenco de subsidiariedad de las prestaciones y del establecimiento de una aplicación progresiva en el tiempo, a caballo entre una y otra, y dentro de la lógica de una asignación eficiente de recursos, se ha establecido la prioridad en el acceso a los recursos a partir de la aplicación de dos criterios principales (grado y nivel de la

2 Lo que no ha impedido que en algunas Comunidades Autónomas, en aquellas más involucradas políticamente con el SAAD, a falta del correspondiente desarrollo reglamentario de los niveles de intensidad prestaciones, el procedimiento de valoración del grado de dependencia se ha anticipado a la solicitud de prestaciones concretas; individualizando así, de facto, valoración de la dependencia y protección prestacional de la misma.



dependencia), y de un tercer criterio dirimente en caso de situaciones en las que no sean operativos en la prelación concreta los criterios de grado y nivel. Se trata de un criterio que, por ser secundario, no es menos relevante, como es el de la capacidad económica. A igual grado y nivel, será la capacidad económica del sujeto la de que venga a determinar el grado de prioridad en el acceso a los servicios.

3. TIPOLOGÍA DE PRESTACIONES.

El legislador ha optado por diseñar en la Ley 39/2006 una tipología plural de prestaciones de protección de las situaciones de dependencia, que se pueden sistematizar por una doble vía. De un lado, una primera sistematización se sustenta en tomar como criterio el de la finalidad de las prestaciones. En este sentido, se distinguen en el artículo 14 de la Ley 39/2006 las prestaciones que tienen como finalidad la promoción de la autonomía personal y las que tienen como finalidad la asistencia a personas en situación de dependencia. Pero del art. 14 se deriva una segunda sistematización de las prestaciones de la Ley 39/2006, a partir de la consideración de la modalidad prestacional mediante la cual se protegen las situaciones de dependencia y, así, se distinguen las prestaciones técnicas o servicios de las prestaciones económicas.

En este ámbito de la tipología prestacional, en todo caso, resulta trascendente el Acuerdo del Consejo territorial del SAAD (art. 20 ley 39/2006), que va a determinar, especialmente, las cuantías de las prestaciones de carácter económico; algo de importancia crucial por más que se haya establecido la prioridad sobre éstas, de las prestaciones técnicas previstas en el catálogo de servicios ofertada por la Red de Servicios Sociales (art. 15 Ley 39/2006).

Si se observa, el contenido del art. 14 de la Ley 39/2006, dedicado a las prestaciones del sistema, el legislador ha llevado a cabo un diseño prestacional aparentemente realista porque, a pesar de que se diseña el SAAD como un sistema de servicios o prestaciones técnicas para la protección de la dependencia, se es consciente de la imposibilidad de que, con los recursos e infraestructuras existentes en el momento de entrada en vigor de la ley 39/2006, se pueda atender el volumen de demanda estimada de prestaciones técnicas de atención a la dependencia. Tan realista el diseño legislativo se sustenta en una *confessio legis*: la insuficiencia y los déficits de la red actual de servicios sociales, que exige fijar un juego de prioridades organizado mediante los principios de subsidiariedad y de flexibilidad.

Así, el establecimiento de esta estructura escalonada de atención de las situaciones de dependencia, conecta con el hecho de que se hayan elevado a la categoría de principios el de la prioridad de atención de las personas en situaciones de gran dependencia (art. 3.q) de la Ley 39/2006, en conexión el apartado sexto de este artículo 14, y con la disposición final primera de dicha Ley). O dicho de otra manera, la dependencia como realidad social que da lugar a las nuevas estructuras de protección se percibe por el legislador como de un volumen tal, que, de partida, ha quedado plasmada la impotencia del actual SAAD.



Para lo que, en la Ley 39/2006, *ab initio*, se introducen salvaguardas que, pretendiendo ser transitorias, en realidad no tienen visos de serlo. Salvaguardas que se traban de una forma escalonada, de intervención subsidiaria, en torno a las prestaciones no técnicas o económicas. Este subconjunto de prestaciones económica se compone de la prestación vinculada al servicio (art. 17 ley 39/2006), la prestación económica para cuidados en el entorno familiar (art. 18) , y la prestación económica de asistencia personal (art. 19). La cuantía de las prestaciones económicas se acordará por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para su aprobación posterior por el Gobierno mediante Real Decreto (art. 20 Ley 39/2006)³, si bien en este ámbito se hacen especialmente visibles las potencialidades de la articulación de la protección en tres niveles de protección (mínimo-concertado-adicional o complementaria).

Entonces, el artículo 14. 3º Ley 39/2006 establece que cuando el acceso a un derecho a una prestación técnica (servicio del catálogo del art. 15, sobre el que vuelve más adelante) no sea materialmente posible, subsidiariamente se podrá hacer efectiva la prestación económica vinculada al servicio.

La prestación económica, que tendrá carácter periódico, se reconocerá (en un segundo peldaño de esa relación de elementos prestacionales), en los términos que se establezca, únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado (que constituiría el primer peldaño de esa estructura trabada de la que habló antes), en función del grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario, de acuerdo con lo previsto en el convenio celebrado entre la Administración General del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma. Esta prestación económica de carácter personal estará, en todo caso, vinculada a la adquisición de un servicio. Las Administraciones Públicas competentes supervisarán, el destino y utilización de estas prestaciones al cumplimiento de la finalidad para la que fueron concedidas (art. 17 Ley 39/2006).

A tenor de la redacción legal, la prestación tiene una doble finalidad: una mediata: la protección de las situaciones de dependencia, obviamente; y una finalidad inmediata: cubrir los gastos del servicio previsto en el programa individualizado de atención, pero cuya oferta por la Red de servicios del SAAD no resulta posible. El servicio ha de ser prestado por una entidad o centro privado, ajeno a la Red del SAAD, pero acreditado para la atención a la dependencia.

Excepcionalmente, el beneficiario podrá recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales (art. 18 ley 39/2006). Se trata del tercer peldaño del esquema de protección de la dependencia de carácter, no tanto subsidiario, cuanto excepcional. Es más, podría entenderse que no es tanto un tercer peldaño, sino

3 Sirva remitirse al desarrollo reglamentario contenido en el RD 727/2007, de 8 de junio (BOE num. 138, de 9 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades, y la orden TAS//2455/2007, de 7 de agosto, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo en el 2007 de los real Decretos que desarrollan la ley 39/2006 en las ciudades de Ceuta y Melilla); así como la normativa autonómica que pudiera existir en este ámbito.



una posibilidad prestacional que comparte espacio con la prestación vinculada al servicio. Una vez más, una percepción realista de la situación de la dependencia en España, así como de su carácter multiforme, ha generado que, bien en orden a mantener una situación arraigada en la idiosincrasia de la sociedad española (como es la del cuidado de los familiares en el hogar), bien en orden a dotar de mecanismos flexible de reacción contra las diversidades geográficas (distintas posibilidades del mundo urbano versus el mundo rural), se haya previsto una segunda modalidad de prestación económica, destinada, ya no a la adquisición de bienes y servicios de atención y cuidado en el mercado, sino a la compensación e incentivación del cuidado por el entorno familiar.

En el artículo 14.4º LPD, se prevé que, excepcionalmente, subsidiariamente a la obtención del derecho a un servicio de la Red de servicios del SAAD, y subsidiariamente a la obtención del derecho a una prestación económica vinculada al servicio, a la persona dependiente, se le puede materializar su derecho a protección como un derecho a prestación económica para el cuidado en el entorno familiar siempre que, previamente exista cuidados no profesionales en el entorno familiar.

En el nivel legislativo, se han introducido algunos elementos básicos de esta prestación, lo que no obsta para que, de nuevo, la remisión reglamentaria sea indispensable para la configuración completa del régimen jurídico de la prestación. En el art. 14.4º Ley 39/2006 se establecen dos grupos de requisitos, y una cautela formal que justifican la excepcionalidad de esta forma de atención y cuidado del art. 18 Ley 39(2006). Los requisitos son: uno de tipo objetivo, y una de carácter subjetivo. El primero se concreta en que se deben dar condiciones de habitabilidad de la vivienda. Por otro lado, el requisito subjetivo se traduce en, la existencia de cuidados no profesionales previos en el entorno familiar, y la exigencia de condiciones adecuadas de convivencia con los cuidadores profesionales. El cumplimiento de esos requisitos, se comprueba, y queda garantizado en el propio Programa Individual de Atención.

Insistiendo en lo ya señalado antes, a falta de un desarrollo reglamentario⁴, la Ley presenta algunas carencias: desde una perspectiva subjetiva no se concreta, para ser atendido en hogar por cuidadores no profesionales, qué tipo de vínculo ha de unir al cuidador y a la persona dependiente, ni qué se entiende por convivencia, ni cuáles son los parámetros temporales (cuanto tiempo, desde cuando) de dicha convivencia, y asimismo tampoco se explicita si cabe la pluralidad o no de cuidadores no profesionales.

Desde una perspectiva objetiva, se exigen que se den condiciones de convivencia entre el cuidador y el dependiente (requisito subjetivo), así como que se den condiciones de habitabilidad de la vivienda (requisito objetivo). Como garantía última: se exige que lo haya previsto el PIA. Parece que es en la evaluación realizada por el equipo de evaluación y atención de la dependencia donde se habrá de comprobar la concurrencia de esos requisitos, junto con la voluntad manifestada de permanecer en ese entorno.

4 Algo que se ha producido a través del RD 615/2007, de 11 de mayo (BOE num. 114, de 12 de mayo), por el que se regula la seguridad social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.



Por último, en el artículo 19 de la Ley 39/2006 se prevé el tercer tipo de prestación de carácter económico: la prestación económica de asistencia personal. Esta prestación, a diferencia de las dos anteriores, tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia, sin límite de edad. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal (del que no se precisa su carácter profesional o no), durante un número de horas (no se explica en la Ley cuántas), que facilite (no se especifica cómo) al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. De nuevo, se prevé legalmente que sea necesario el previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en el que se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación⁵.

A pesar de lo dicho, la Ley 39/2006 parece haber optado, más formal que materialmente, *a priori*, por un sistema de atención de la dependencia sustentado en los servicios de atención a la dependencia. Así lo confirma el art. 15 Ley 39/2006). De esta forma, el Catálogo de servicios comprende los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia, a saber: a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal, b) Servicio de Teleasistencia, c) Servicio de Ayuda a domicilio; d) Servicio de Centros de Día y de Noche: (i) Centro de Día para mayores. (ii) Centro de Día para menores de 65 años. (iii) Centro de Día de atención especializada. (iv) Centro de Noche; e) Servicio de Atención Residencial: (i) Residencia de personas mayores en situación de dependencia. (ii) Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia (art. 21 de la Ley 39/2006) tienen por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos. Con este fin, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordará criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deberían cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia que elaboren las Comunidades Autónomas, con especial consideración de los riesgos y actuaciones para las personas mayores.

Aunque la atención a la dependencia tiene una vertiente sanitaria, sin embargo, dejando a salvo este artículo 21, la LPD ha omitido incluir cualquier otra tipo de reglas de coordinación entre el SAAD y el sistema sanitario. Quizás sobre la base de que, en la medida en que coinciden las entidades territoriales competentes de sendas materias (sanidad y asistencia social y servicios sociales), queda a sus respectivas consideraciones el modo de organizar y coordinar esos dos mecanismos de protección.

⁵ Véase el mencionado desarrollo reglamentario contenido en el RD 727/2007, de 8 de junio (BOE num. 138, de 9 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades.



Por su parte, el servicio de Teleasistencia (art. 22) facilita asistencia a los beneficiarios mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información, con apoyo de los medios personales necesarios, en respuesta inmediata ante situaciones de emergencia, o de inseguridad, soledad y aislamiento. Puede ser un servicio independiente o complementario al de ayuda a domicilio, resulta incompatible con los servicios de atención residencial y, en todo caso, exigen que el Programa Individual de Atención lo prevea, en atención a la situación concreta de la persona dependiente. De la observación de la realidad pre-existente a la Ley 39/2006 es posible afirmar que este tipo de servicio no es el resultado de la creación legislativa de dicha ley, sino que se trata, de una modalidad prestacional ya existente, si bien especialmente relevante en el ámbito de las corporaciones locales.

Algo parecido sucede con el servicio de ayuda a domicilio (art. 23). Este servicio se concreta en un conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria, prestadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función. De un modo más preciso, se trataría de servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina u otros., así como de servicios relacionados con la atención personal, en la realización de las actividades de la vida diaria. Por su propia naturaleza, se trata de un tipo de servicio eventualmente incompatible con el internamiento en centros residenciales permanentes.

El servicio de Centro de Día o de Noche (art. 24 de la Ley 39/2006) ofrece una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas en situación de dependencia, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o cuidadores. En particular, cubre, desde un enfoque bio-psicosocial, las necesidades de asesoramiento, prevención, rehabilitación, orientación para la promoción de la autonomía, habilitación o atención asistencial y personal. Los tipos de centros serán (sin que tampoco sea una novedad respecto a los centros ya existentes con anterioridad a la Ley 39/2006): Centros de Día para menores de 65 años, Centros de Día para mayores, Centros de Día de atención especializada por la especificidad de los cuidados que ofrecen y Centros de Noche, que se adecuarán a las peculiaridades y edades de las personas en situación de dependencia.

Junto a los anteriores, los servicios de atención residencial (art. 25 de la Ley 39/2006) también son pre-existentes a la propia Ley 39/2006, que los incluye en su catálogo más de un modo declarativo que constitutivo o creativo. Este servicio de atención residencial ofrece, desde un enfoque bio-psicosocial, servicios continuados de carácter personal y sanitario, y se prestará en los centros residenciales (centros públicos propios de las Administraciones Públicas o centros concertados) habilitados al efecto según el tipo de dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona. Como venía siendo habitual antes de la ley 39/2006, la prestación de este servicio puede tener carácter permanente, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona, o temporal, cuando se atiendan estancias temporales de convalecencia



o durante vacaciones, fines de semana y enfermedades o periodos de descanso de los cuidadores no profesionales.

Dentro del ámbito objetivo, al margen de su ubicación normativa, cabría incluir las denominadas ayudas y prestaciones análogas apuntadas en la disposición adicional tercera de la Ley 39/2006. Se trataría de ayudas técnicas y subvenciones, de carácter discrecional, semejantes a las que ya existen en el nivel autonómico y local, que tiene como finalidad favorecer el normal desenvolvimiento de la vida ordinaria, y facultar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar, para la mejora de los desplazamientos en la propia vivienda.

Por último, no se pueden obviar las que –podrían denominarse- prestaciones de Derecho Privado, pendientes de mayor concreción normativa, pero que se insertarían en el ámbito de los seguros privados y demás formas de previsión social voluntaria complementaria, y así mismo, en el ámbito del Tercer Sector, bajo la forma de prestaciones de servicios o en metálico de carácter no lucrativo, propia de las estructuras no-gubernamentales o asociacionistas.

En definitiva, la Ley 39/2006, en lo que se refiere al diseño del ámbito objetivo, podría ser calificada, efectivamente, como una ley básica, que no de bases, que contiene algunos de los trazos generales de la regulación de las distintas prestaciones en especie y en metálico, pero que, indudablemente, demandan desarrollo reglamentario consensuado territorialmente.



4. ALGUNAS REFLEXIONES DE CIERRE REFERIDAS A LA DINAMICA PRESTACIONAL.

Sin que constituyan directamente elementos propios del ámbito objetivo de la Ley 39/2006, sí sería necesario, siquiera someramente, introducir algunas reflexiones en torno a instituciones como el copago del beneficiario de prestaciones del SAAD (art. 33 de la Ley), la incompatibilidad entre prestaciones del SAAD y de otra índole, y la aplicación en el espacio y en el tiempo de la Ley.

Por lo que respecta al primero, parece evidente que ejerce un papel importante: permitir la disociación –tradicionalmente inexistente- entre el concepto de universalidad de la protección y la gratuidad de la misma. Por ejemplo, las prestaciones sanitarias de los servicios públicos de salud son el paradigma de esa asociación pero, conceptualmente, nada obsta para disociar universalidad (propia del ámbito subjetivo de protección) y gratuidad (propia del régimen financiero de la protección). Si bien es cierto que, desde una perspectiva axiológica, puede resultar una falacia predicar el carácter universal de un sistema en el que los sujetos protegidos han de corresponsabilizarse en mayor o menor medida del coste de la protección.

Además, al margen de las inoperancias ya señaladas en torno al concepto de universalidad, la introducción del parámetro de la capacidad económica que determina el nivel de intervención del copago puede introducir dudas en torno al carácter o no asistencial de las prestaciones destinadas a la protección de las situaciones de dependencia.

Así, atendiendo a la capacidad económica de la persona dependiente, habrá de abonar una parte (por determinar aún reglamentariamente) del coste del servicio (prestación en especie), o percibirá un porcentaje variable de la prestación económica. Sólo en el primer caso se está ante un copago real y efectivo, de ahí que se haya de dejar a un lado el elemento de la capacidad económica como modulador de la cuantía final de la prestación económica recibida.

Por otro lado, en lo relativo a las reglas de relación de (in)compatibilidad entre prestaciones del SAAD y las de otro tipo, sirva apuntar dos. La primera, la de coordinación entre el SAAD y los servicios sanitarios del Sistema nacional de salud y de los distintos sistemas autonómicos de salud. La segunda, la regla de incompatibilidad contenida en el art. 31 de la Ley 39/2006, según la cual, la percepción de una de las prestaciones económicas previstas en la Ley deducirá de su cuantía cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social. Esta afirmación general se concreta en que, en particular, se deducirán el complemento de gran invalidez regulado en el artículo 139.4 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, el complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75%, el de necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva, y el subsidio de ayuda a tercera persona de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI).

Pues bien, esta regla resultaría criticable por dos razones: 1º ¿cómo es posible que las prestaciones económicas del SAAD puedan resultar incompatibles con esas prestaciones del Sistema de Seguridad Social, cuando la protección de la dependencia NO es Seguridad Social, y por lo tanto eso enerva cualquier analogía en la naturaleza o de la protección?. 2º. Si acaso esas prestaciones de Seguridad Social declaradas incompatibles tienen una finalidad "no-de-Seguridad Social", ¿Por qué mantenerlas, en lugar de depurar la regulación existente, con la finalidad de eliminar la incongruencia?

Finalmente la aplicación de la Ley 39/2006 en el espacio y en el tiempo plantea algunos interrogantes. Por lo que respecta a lo primero, a tenor de las previsiones de la Ley 39/2006, y conexo al ámbito objetivo de aplicación, el diseño del ámbito subjetivo, podría suscitar algunas cuestiones problemáticas el clave comunitaria. En efecto, es importante, en efecto, determinar si las prestaciones del SAAD son todas o algunas de ellas, o prestaciones complementarias de la rama de enfermedad o de vejez desde la perspectiva comunitaria. Esto es importante en la medida en que implica la aplicación o no de los reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Algo especialmente evidente, en la medida en que hay una fractura conceptual en el hecho de que rija, en algunos aspectos, la incompatibilidad de sus



prestaciones con las ayudas y prestaciones por ayuda a tercero que se otorgan desde el sistema, contributivo y no contributivo de Seguridad Social. Esto podría permitir interpretar que las limitaciones se interpretan restrictivamente y por lo tanto algunas prestaciones del SAAD son prestaciones complementarias de prestaciones de rama de vejez o invalidez. O dicho en otros términos, en la medida en que algunas prestaciones de dependencia presentan idéntica naturaleza que las prestaciones de gran invalidez o ayuda por tercera personas de las pensiones no contributivas de invalidez, se suscita el interrogante de si habría una vía de inclusión en el campo de aplicación del reglamento comunitario.

Desde un punto de vista material, se plantean, añadidamente, las vicisitudes derivadas de la conjugación del concepto de prestación de enfermedad/ prestación sanitaria, con la existencia de diecisiete sistemas autonómicos públicos de salud. Y complicando esto, a la vista de la definición comunitaria, tan amplia, de “prestación de seguridad social”, se suscita la problemática de la conjugación de la eventual inclusión de las prestaciones de dependencia dentro de aquél de prestación de seguridad social (y la correspondiente no exclusión por la vía de la consideración de asistencia social) con la existencia de diecisiete sistemas autonómicos de servicios sociales.

En lo que se refiere al ámbito subjetivo del nuevo SAAD español, es posible entender que, en principio, las condiciones exigidas a los eventuales titulares de derechos (Art. 5 de la Ley 39/2006) son discriminatorias por razón de la nacionalidad. Por despiste o torpeza jurídica, se ha hecho una mención expresa a los españoles, cuando, en realidad, mediante las oportunas interpretaciones de la normativa comunitaria y de la normativa interna en materia de extranjería, la nacionalidad no resulta ser el requisito de acceso, sino la residencia. El elemento problemático resulta ser el de la exigencia de periodos de residencia previos, por cuanto, en principio, no se aplicarán las reglas del reglamento que modulan este requisito. Pero, además, el requisito de periodos de residencia previos (tres o cinco años) puede entenderse justificado por exigencias financieras, pero también, se puede interpretar como una discriminación indirecta.

Igualmente se plantean algunas cuestiones referidas a la exportabilidad de –algunas- de las prestaciones del SAAD desde España hacia otros estados y a la inversa; al margen de aquellas otras dudas acerca de cómo afectará al nuevo diseño del SAAD la aplicación de las reglas de la libre prestación de bienes y servicios (de cuidados de larga duración), de la libre circulación de personas, conectado con bienes y servicios en lo relacionado con el reconocimiento de títulos, y la libre circulación de profesionales de la salud y de los servicios sociales; así como de las reglas del Derecho de la Competencias.

Para concluir, la aplicación de la Ley 39/2006 en el tiempo, a tenor de los contenidos de sus disposiciones transitorias, puede generar algunas vicisitudes en la medida en que, en ausencia de reglas de lógica borrosa, el diseño del ámbito objetivo y su aplicación paulatina, podría generar amplias zonas de desprotección, que llevarían, incluso, a la consideración de la posibilidad de aplicar con efectos retroactivos la Ley 39/2006.



Cuestiones todas estas que, exceden el objeto de esta ponencia, y que requerirían más tiempo de que aconseja el formato de este evento. Agradezco a los organizadores (CARL y UPO) el haberme permitido exponer brevemente estas ideas, y a los asistentes su atención y eventuales preguntas.



ACTA DE LA JORNADA SOBRE “LOS EFECTOS LABORALES DE LA LEY DE DEPENDENCIA”

Celebrada el 8 de mayo de 2007, en la Universidad Pablo de Olavide

Manuel García Muñoz

Universidad Pablo de Olavide.

I. Presentación

El 8 de mayo de 2007 se celebró en la Universidad Pablo de Olavide una edición más de las tradicionales jornadas organizadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en colaboración con el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la mencionada Universidad. En esta ocasión, como siempre se intenta, la temática elegida responde a la inquietud de ofrecer, básicamente, a los alumnos de las titulaciones jurídicas, económicas y sociales, así como a los profesionales y a todos aquellos, en general, interesados en las cuestiones sociolaborales, un tratamiento específico de los aspectos que por su especialidad, por su novedad o por su actualidad merecen un análisis científico y profesional. La reciente aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (llamada coloquialmente Ley de Dependencia), sin duda alguna, cumple estas tres características. La entrada en vigor el pasado uno de enero, si bien aún no en su totalidad debido, primero, porque expresamente se prevé una aplicación progresiva hasta el año 2015 y, segundo, porque requiere el correspondiente desarrollo reglamentario para la ejecución de la mayoría de sus disposiciones, pone de manifiesto la actualidad de esta norma en el ordenamiento jurídico español. La atención exclusiva del legislador, por primera vez, a una situación no nueva, pero que en los últimos años se ha intensificado tanto en su extensión como en su duración, y que solamente contaba con una dedicación legal parcial, a través de reglas de Seguridad Social, Asistencia Social y Servicios Sociales establecidas para otras contingencias en las que, de una manera u otra, además, sobresalía esta situación, evidencia su novedad jurídicosocial. Finalmente, su especialidad no se reduce únicamente al ámbito social del derecho, pues, aunque realmente diseña un particular sistema de protección social, del que enfáticamente se ha venido a decir que constituye el cuarto pilar del Estado de bienestar, también tiene una incidencia directa en el terreno laboral: creación de empleo, nuevas actividades empresariales, adaptación de cualificaciones profesionales, etc.

Con este objeto, se propuso por el coordinador de la jornada, el Prof. Dr. D. Fermín Rodríguez-Sañudo, un esquema de estudio que profundizará, en primer lugar, en un aspecto que podríamos decir externo al propio contenido de la ley, pero de trascendente importancia, como es título competencial constitucional, pues abre las posibilidades de actuación en materia de legislación y ejecución normativa del Estado y de las Comunidades



Autónomas en un materia concreta y, singularmente, en materia de dependencia. En segundo lugar, que permitiera descender en detalle a cada uno de los cuatro pilares en que se estructura todo sistema de protección social y, entre ellos, el sistema de protección de la dependencia, mediante la presentación de tres ponencias dedicadas a los principios generales en los que se asienta el sistema y, particularmente, a la delimitación de su ámbito subjetivo, a la descripción de su ámbito objetivo y, finalmente, a las reglas de gestión y de financiación, respectivamente. En tercer lugar, que acogiera la siempre sugerente visión de los agentes sociales, a través de la intervención, a modo de mesa redonda, de representantes de las centrales sindicales y de la organización empresarial andaluza mayoritarias, referida fundamentalmente a la repercusión laboral de la implantación del sistema de dependencia. Para terminar con el relato de las conclusiones obtenidas a partir de las reflexiones de los ponentes y las aportaciones vertidas en los correspondientes turnos de preguntas y debates.

II. Primera Conferencia: “Título competencial y Comunidades Autónomas”

Siguiendo el programa establecido, el Prof. Dr. D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, centrado en el título competencial constitucional, puso de relieve que la materia objeto de regulación por la ley de dependencia puede tener su encaje tanto en el campo de la Seguridad Social, como en el de la Asistencia Social, al intentar dar solución a un problema no nuevo que venía recibiendo una atención parcial, a través de medidas específicamente de Seguridad Social (prestación económica consistente en el aumento de la pensión de Incapacidad Permanente, en grado de gran invalidez, en un 50 %) y Asistencia Social, normalmente, en forma de Servicios Sociales (prestaciones básicamente de carácter técnico dispensadas de modo complementario a las de carácter económico). Asimismo, la protección prevista en la Ley de Dependencia también se concreta en la concesión, esencialmente, de prestaciones calificadas de Servicios Sociales, que desde siempre se han otorgado como medidas protectoras incluidas en el régimen prestacional de la Seguridad Social y en el de la Asistencia Social. Correspondiendo, como es sabido, la competencia exclusiva al Estado de la legislación básica de Seguridad Social y de su régimen económico, siendo su ejecución competencia de las Comunidades Autónomas, que, a su vez, también tienen asumidas, en sus Estatutos de Autonomía, las competencias en Asistencia Social. Por tanto, si se concluye que la protección por dependencia pertenece al ámbito de la Seguridad Social corresponde al Estado la competencia para establecer la legislación básica y su régimen económico, y a las Comunidades Autónomas su ejecución. En cambio, si se considera que pertenece al ámbito de la Asistencia Social corresponde a las Comunidades Autónomas tanto las competencias legislativas como ejecutivas sobre esta materia (todas las Comunidades Autónomas incorporan en sus Estatutos la competencia exclusiva en Asistencia Social e incluso algunos, como el de Cataluña y el de Andalucía, directamente en Servicios Sociales), aunque sin olvidar que los prestaciones de Servicios Sociales se dispensan tanto en el marco de la Seguridad Social, como en el de la Asistencia Social.

La cuestión, como señala el ponente, no tienen solamente un matiz técnico, sino también político, lo que determina que ni la Administración estatal, ni la autonómica quieran renunciar a intervenir en esta materia. Por ello, se ha optado para despejar esta cuestión, como solución política, por el recurso a la técnica de la cooperación interadministrativa, en forma de federalismo corporativo, creándose como instrumento para su aplicación el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, integrado por representantes de la Administración del Estado y de cada una de las Administraciones autonómicas y que en su conjunto suman la mayoría de los votos. El encaje constitucional de esta opción, en opinión del profesor Alarcón, se podría haber realizado a través de diferentes vías que tienen en común el reconocimiento de que la materia objeto de regulación es competencia estatal, pero en la que las Comunidades Autónomas tienen algún tipo de intervención. Así, se podría haber optado por considerar que es materia de Seguridad Social, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.17 de la Constitución Española, el Estado ejerce la competencia exclusiva en la aprobación de la legislación básica y las Comunidades Autónomas la ejecución de la misma, así como en la regulación de la legislación no básica. También se podría haber considerado, de conformidad con lo establecido en el art. 149.3 de la Constitución Española, que se trata de una materia que, por no haberse atribuido expresamente al Estado, es competencia de las Comunidades Autónomas al haber sido incluida en sus correspondientes Estatutos (Servicios Sociales como Asistencia Social), actuando únicamente el Estado en lo no regulado por éstas. Incluso se podría haber acudido a la posibilidad de dictar, en atención a la previsión contenida en el art. 150.1 de la Constitución Española, una Ley Marco, mediante la cual, entendiéndose que es materia de Seguridad Social, se podría haber atribuido a las Comunidades Autónomas la facultad de elaborar sus normas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por la ley estatal. Encontraba esta opción, sin embargo, la oposición empresarial ante el temor de que por ser Seguridad Social pudiera dar lugar a un potencial aumento de las cuotas sociales, salvo que la protección tuviera carácter no contributivo, lo que generaba otros problemas de configuración y aplicación técnica. Finalmente, la solución podría haber estado en lo establecido en el apartado 2º del mencionado art. 150 que permite que el Estado pueda trasladar a las Comunidades Autónomas, a través de Ley Orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal, pero tampoco fue esta la elegida. Como tampoco lo fue la opción completamente contraria de considerar que es una materia objeto de competencia de las Comunidades Autónomas, que impiden la intervención del Estado.

La opción elegida, como expresamente señala la propia ley (disposición adicional 8ª), no ha sido otra que la de considerar que el Estado ejerce la competencia en esta materia, según establecido en el art. 149.1.1 de la Constitución Española, regulando las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, para el conferenciante, este precepto, de acuerdo con la doctrina elaborada sobre el mismo por el Tribunal Constitucional, no resuelve el problema de carácter técnico, pues no impone que las Comunidades Autónomas tengan que ejercer la competencia de idéntica manera, ni permite que el Estado pueda imponerles el ejercicio de la misma, ni siquiera puede imponer un deber de colaboración, ni, en fin, puede el



Estado extralimitarse en su competencias. Por ello, quizás, la propia norma estructura el contenido de la protección en tres niveles: uno mínimo financiado por el Estado, uno adicional financiado por las Comunidades Autónomas y uno, el más importante, intermedio que se financia de acuerdo con el convenio que se alcance entre el Estado y las Comunidades Autónomas, disponiéndose en al disposición adicional primera, para el caso de que no se logren los convenios en los términos señalados, que el Estado habilitará créditos para que, en todo caso, se pueda dispensar el mencionado nivel intermedio (asumiendo así la parte de financiación que le corresponde y la parte que le pertenece a las Comunidades Autónomas).

III. Segunda Conferencia: “Los principios generales y al ámbito subjetivo de la dependencia”

A continuación, el Prof. Dr. D. Santiago González Ortega estructuró su ponencia, dedicada a los principios generales de la ley y al ámbito subjetivo del Sistema de Dependencia, en tres partes diferenciadas. En primer lugar, con carácter introductorio, presentó la situación protegida por la ley, indicando que se trata de una situación compleja, de perfil poliédrico y de tipo universal, en la que puede encontrarse cualquier ciudadano, aunque se vincula al cumplimiento de la edad y que constituye la concreción de un riesgo no económico, sino de fragilidad personal. Es, por tanto, esta circunstancia de fragilidad personal la que determina que para su protección se requiera no solo prestaciones económicas, sino prestaciones técnicas que proporcionen un tutela igualmente compleja, esto es, sanitaria, social, de atención personal, etc. Asimismo, la protección prevista intenta equilibrar la responsabilidad familiar y la responsabilidad pública en la atención a los sujetos en situación de dependencia. De un lado, porque cada vez existen más personas mayores que precisan de cuidados y menos familiares que pueden dispensárselos y, de otro lado, porque se considera que no puede desvincularse totalmente a la familia de la atención a sus personas dependientes. Por último, finalizó esta primera parte señalándose que la protección externa a la proporcionada por la familia del sujeto dependiente, puede dispensarse tanto por entes públicos como por entes privados, en tanto que los recursos de los primeros son insuficientes para ofrecer una respuesta adecuada a la demanda existente.

En segundo lugar, se refirió el ponente a los principios que inspiran la ley, mediante una sistematización de todos aquellos que de forma no ordenada se contienen en el articulado de la norma. Así, por una parte, se pueden unificar aquellos principios relativos al derecho a las prestaciones establecidas por la ley, entre los que se encuentran el principio de “universalidad”, al tratarse de un derecho de todos los ciudadanos, el de “asistencialidad limitada o gradual”, pues se configura como un derecho no sólo para los ciudadanos que no dispongan de recursos económicos, si bien la capacidad económica del beneficiario modulará el nivel de protección que pueda recibir del Sistema, el de “valoración de las necesidades según una regla de equidad”, valoración que corresponde realizar a la



Administración estatal, con objeto, de que independientemente del territorio en que se encuentre el sujeto protegido, la valoración sea la misma, y el de “atención preferente a personas con grado máximo de afectación”, que permite dispensar una protección más inmediata y de mayor contenido a las personas que por situación de fragilidad más lo necesitan. Por otra parte, se recogen en la ley una serie de principios relativos a las prestaciones que pretenden configurarlas como prestaciones que proporcionen una “atención integral” que facilite la autonomía personal al dependiente. Para ello, se prevé la combinación de “medidas de prevención y de rehabilitación” que sean de “calidad”, “sostenibles” y que favorezcan la “accesibilidad de los servicios”, en cuya dispensación se observen “medidas de género” y ofrezcan una “atención personalizada”, de conformidad con lo establecido en el Programa Individual de Atención (PIA), a través del “fomento de la autonomía personal” del beneficiario, en cuanto pueda decidir el tipo de protección que mejor se adapte a su situación, y de la permanencia en su entorno, siempre priorizándose los servicios (prestaciones técnicas) frente a las prestaciones (prestaciones económicas). Finalmente, se destacaron por el ponente los principios relativos a la organización y a la gestión del Sistema. Estos principios ponen de relieve que se establecen por la norma prestaciones de naturaleza “pública” y de carácter “transversal” que deben ser dispensadas mediante la “colaboración” y “cooperación” de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, procediéndose a la “integración de las prestaciones en las redes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas, permitiéndose, a su vez, la “iniciativa privada en todas sus dimensiones”.

Esta segunda parte de la intervención del profesor González Ortega se cerró con el análisis del concepto de dependencia establecido por la ley. Según este concepto, la situación de dependencia se define como el estado de carácter permanente (se considera que previsiblemente no va a remitir, sino a aumentar con el paso del tiempo) provocada por distinto origen (edad, enfermedad y discapacidad) que genera pérdida de autonomía (física, mental, intelectual o sensorial) que precisa de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar las actividades básicas de la vida diaria (que son las más elementales: desplazarse, vestirse, alimentarse, etc.) o en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

De acuerdo con esta definición legal, la situación de dependencia en que se puede encontrar la persona, se clasifica en tres grados, estructurados, a su vez, en tres niveles y que originan el derecho a las prestaciones concretas que pueda causar a su favor. La determinación de los grados y niveles se efectúa de conformidad con lo dispuesto en el RD 504/2007, de 20 de abril, en el que se recogen como criterios de baremación los siguientes extremos: cuestionarios y observación por parte del profesional cualificado; informe de salud y del entorno; aplicación del baremo en el entorno habitual y en el domicilio habitual; valoración de las necesidades de apoyo; capacidades propias del dependiente; valoración global; valoración para la identificación del nivel y del grado de necesidad de apoyo y valoración conforme a las tablas) y que dan lugar a la asignación de la puntuación a cada persona que fija el grado y el nivel de dependencia.



La tercera y última parte de la conferencia se concentró en la delimitación del ámbito subjetivo del Sistema de Dependencia. Delimitación que, como expuso el ponente, realiza la norma a través de tres requisitos. En primer lugar, la edad, aunque solamente opere en sentido negativo, pues la edad es indiferente a efectos de poder ser sujeto protegido. Solamente se prevé, por razón de edad y por las especiales circunstancias que rodean al supuesto, un tratamiento especial para los menores de tres años. En segundo lugar, la nacionalidad, que en este caso si se configura como requisito, pues se exige nacionalidad española, tanto para los ciudadanos que se encuentren en España, como fuera del territorio nacional, aunque esta eventualidad puede generar problemas en cuanto a la dispensación específica de las prestaciones técnicas más allá de nuestras fronteras. Respecto a otras nacionalidades distintas a la española, la ley remite a lo previsto en la denominada Ley de Extranjería. De este modo, la nacionalidad podrá ser un elemento determinante para el acceso a las prestaciones en función de la naturaleza que se considere que tiene la protección de la dependencia (si se considera que son prestaciones de Servicios Sociales, parece que en principio todas las personas tienen derecho a ellas, planteándose el problema de los extranjeros irregulares). El último requisito se concreta en la necesidad de acreditar la condición de residente en territorio nacional, así como mantener esta situación durante un determinado período de tiempo previo a la concesión de la prestación. En este sentido, se exige un período mínimo de residencia previa de cinco años, dos de los cuales deben ser inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación. Este requisito, en opinión del conferenciante, puede plantear problemas relativos a su cómputo y acreditación, pues no se especifican los medios de prueba válidos, ni si computan los períodos en el extranjero, fundamentalmente en países de la Unión Europea, ni tampoco si las Comunidades Autónomas podrán exigir, también, períodos de residencia específicos. Igualmente, respecto a la residencia de los comunitarios y a la exigencia de un tramo acreditado dependerá de la naturaleza que se considere que tienen las prestaciones, pues si tienen naturaleza de Seguridad Social será válida para su obtención la residencia en los Estados comunitarios, si se considera que su naturaleza es distinta dependerá, probablemente, de la interpretación que pueda realizar, en cada caso, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.



IV. Tercera Conferencia: “El ámbito objetivo de la Ley de Dependencia: el régimen de prestaciones”

La tercera conferencia, a cargo de la Profa. Dra. D^a. Gema Quintero Lima, estuvo dirigida al estudio del ámbito objetivo del Sistema de Dependencia descrito por la Ley. No obstante, antes de entrar en el contenido del régimen prestacional, se detuvo, a modo de presentación, en la exposición de algunas cuestiones previas de carácter técnico y de carácter social. En cuanto a las de carácter técnico, apuntó que se ha elaborado una ley que se puede calificar como organizativa, en la que relación ley-reglamento es bastante importante para su aplicación. Para hacer operativa esta relación, se crea el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en

el que se prevé que se discuta y, en su caso, se pacte el contenido concreto de las prestaciones, plasmándose a continuación en la correspondiente norma reglamentaria. Asimismo, desde la perspectiva técnica, es una ley que pretende reorganizar servicios públicos existentes, integrando algunos servicios privados, dedicados a prestar medidas de protección a la dependencia, en la llamada red pública de servicios. En cuanto a las de carácter social, llama la atención, como han hecho los ponentes precedentes, sobre la existencia previa a la ley de la situación que se pretende proteger y de las medidas que venían haciendo frente a la misma, recogidas tanto en la legislación de Seguridad Social como en otro conjunto de disposiciones, insistiéndose en que esta situación, en la actualidad, precisa de un atención específica, debido a la extensión y a la intensidad de las situaciones dignas de protección por razones meramente demográficas.

Acto seguido, comenzó la ponente a desarrollar el contenido del ámbito objetivo, mediante el análisis de todas aquellas cuestiones relacionadas con el régimen de prestaciones establecido por la ley. En este sentido, se puso de manifiesto que dicho régimen se estructura en tres niveles: básico, concertado y adicional, disponiéndose por la norma, como requisitos de acceso a los mismos, el estado de dependencia del sujeto protegido y su capacidad económica. Requisitos que determinarán el Programa Individual de Atención para cada beneficiario, en que se incluirán las prestaciones concretas a las que cada sujeto puede acceder. Para ello, es necesario previamente proceder a la valoración de la situación de dependencia de la que se está afectado, mediante la tramitación de las fases de solicitud (en la que se debe hacer constar la situación de dependencia, las personas que actualmente proporcionan algún tipo de protección y el patrimonio del sujeto protegido), instrucción (realización de las pruebas que se consideren oportunas, acreditaciones de diversos extremos para delimitar la situación a proteger) y resolución en la que se contenga el mencionado Plan Individual de Atención que, en todo caso, tendrá en cuenta la prioridad de dispensación de servicios antes que de prestaciones económicas, las medidas de intervención según sus necesidades y las preferencias del beneficiario (libre choix). Con ello, se indica, asimismo, que el régimen prestacional se compone de prestaciones de diversa tipología, esto es, prestaciones técnicas o en especie, dispensadas en forma de servicios, y prestaciones económicas o en metálico, dispensadas en forma de entrega de una cantidad de dinero.

Así, de un lado, las prestaciones técnicas se clasifican en: a) prestaciones destinadas a la promoción de la autonomía (prevención y teleasistencia, previstas para personas con un nivel no alto de dependencia); b) prestaciones de atención y cuidados (ayudas a domicilio: higiene, preparación de comidas, etc.; centros de día, de noche y atención residencial). De otro lado, las prestaciones económicas. Estas prestaciones se configuran con carácter subsidiario, aunque este carácter puede apreciarse de forma flexible en su aplicación. Con ello, se permite una mejor adaptabilidad de las necesidades específicas del sujeto con las medidas para su protección, sin olvidar que también tendrá relevancia la capacidad económica para determinar las prestaciones a percibir del Sistema y el copago del servicio en su caso. Estas prestaciones económicas se concretan en: a) prestaciones vinculadas al servicio (la cantidad asignada tiene la finalidad de que el sujeto pueda comprar el servicio en el ámbito de la empresa privada); b) prestaciones para cuidadores



familiares (están previstas con carácter excepcional y su reconocimiento depende de que se contenga su dispensación en el Plan Individual de Atención. Estas prestaciones plantean el problema de definir qué se entiende por las expresiones recogidas en la ley como cuidadores no profesionales y entorno familiar, así como convivencia con el beneficiario. Además, se exige como requisito para su acceso la existencia de condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad, términos también de perfil indeterminado); c) prestaciones de asistencia personal (consiste en la ayuda específica que pueda proporcionar una persona al beneficiario durante un determinado número de horas al día para su desarrollo personal, educativo, profesional, etc. A este respecto, no se concreta si el asistente tiene que ser o no familiar). Junto con este abanico de prestaciones, también se prevén otras ayudas y medidas de carácter público (para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria y para facilitar adaptaciones en el hogar con objeto de mejorar el desplazamiento en la vivienda), así como la posibilidad de que se contraten seguros privados (hipoteca inversa o seguros de dependencia).

La profesora Quintero Lima terminó su intervención con el apunte de diferentes problemas que puede suscitar la ley, entre los que se encuentran la incompatibilidad entre las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y las prestaciones del Sistema Nacional de Dependencia, la aplicación del principio de igualdad de trato en el ámbito comunitario y cuestiones de derecho tributario.



V. Cuarta Conferencia

Sin solución de continuidad, se impartió por D. Pablo Cobo, Subdirector General de Ordenación y Planificación del IMSERSO, la ponencia destinada a la financiación y gestión del Sistema Nacional de Dependencia, aunque el ponente únicamente se refirió con detalle a las cuestiones relativas a la financiación, dejando al margen la gestión, al señalar que es competencia de las Comunidades Autónomas y aún está pendiente del desarrollo reglamentario pertinente para su puesta marcha completa. Igualmente, el ponente dedicó los primeros momentos de su intervención a la presentación de cuestiones generales sobre la Ley de Dependencia. Así, se refirió, por una parte, al fundamento constitucional de la ley para subrayar que su objeto es materia que corresponde a la competencia de las Comunidades Autónomas. Por ello, el desarrollo reglamentario de la misma queda vinculado a los acuerdos que se alcancen en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Por otra parte, tras comparar los modelos de sistemas de dependencias implantados en otros países, puso de relieve que el modelo español diseñado por la ley es un modelo, desde su perspectiva financiera, de corte impositivo que pretende ofrecer una protección fundamentalmente a través de servicios.

En este sentido, señaló el ponente, que el modelo de financiación repercute en los niveles de protección establecidos, pudiéndose distinguir los siguientes cuatro niveles: a) nivel mínimo estatal (garantiza un mínimo por beneficiario y su importe global anual

se consigna en los Presupuestos Generales del Estado. Con ello, se pretende hacer efectivo el principio de igualdad que preside la ley); b) nivel acordado entre el Estado y las Comunidades Autónomas (las Comunidades Autónomas deben aportar la misma cantidad que aporte el Estado); c) nivel de aportación de los beneficiarios (la cantidad satisfecha por los perceptores de la protección puede elevarse hasta el 33 % del coste de la prestación, más la cantidad por manutención y alojamiento en el caso de que se trate de internamiento en residencia. Para la determinación de la cuantía concreta se tiene en cuenta el tipo y coste del servicio y la capacidad del beneficiario, acreditada mediante las rentas declaradas a efectos de IRPF, y su patrimonio, plantándose el problema de si debe o no computar la vivienda habitual como patrimonio); d) nivel privado (protección dispensadas por entidades privadas en forma de hipoteca inversa o planes de pensiones, surgiendo la cuestión de si las cantidades que reciba el beneficiario por ello debe computar para el reconocimiento de las prestaciones que pueda percibir del Sistema Nacional de Dependencia.

VI. Mesa Redonda: “Empleabilidad y Dependencia”

La vertiente eminentemente laboral de la incidencia de la Ley de Dependencia fue resaltada por los representantes de los agentes sociales, que en conjunto realizaron una valoración global positiva de la aprobación de la mencionada ley y, consecuentemente, de la implantación del Sistema Nacional de Dependencia. Efectivamente, una vez abierto el turno de intervenciones, tras la presentación realizada por el Jefe de Servicio de Negociación Colectiva del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, D. Francisco Pina Pérez, en la que básicamente se destacaron los motivos de la regulación de la protección de la dependencia (fenómeno demográfico de gran trascendencia, sintetizado en la muy ilustrativa expresión “envejecimiento del envejecimiento”), el reto ineludible que significa para las Administraciones públicas la actuación legislativa y aplicativa sobre una materia de gran impacto social, que afecta fundamentalmente a un colectivo necesitado de un tutela pública eficaz, como es el integrado por las personas en situación de dependencia, y, en fin, las consecuencias inherentes de la entrada en vigor de la ley en el terreno de la creación de empleo, UGT, CCOO y CEA ofrecieron sus respectivas posiciones.

Concretamente, la exposición de UGT, representada D. Alejandro Talavera, comenzó enfatizando la necesidad de hacer frente por parte del Sistema de Protección Social a la situación de dependencia, que, hasta el momento presente, se ha caracterizado por ser relativamente escasa, en comparación con los recursos destinados hacia la misma en otros países, como se puede deducir del exhaustivo conjunto de datos resultantes del análisis de esta situación desde sus diferentes perspectivas. Con ello, se pone de manifiesto que la protección de la dependencia es un cauce más para el avance en la justicia social y un derecho que constituye el “cuarto pilar del Estado de Bienestar” y, por tanto, un finalidad sindical constante, plasmada en el acuerdo alcanzado entre empresarios y sindicatos sobre la necesidad de la implantación del Sistema Nacional de Dependencia.



Pero, además, la protección de la dependencia supone un valor importante en la creación de empleo, pues va a generar un gran aumento de la ocupabilidad, una importante liberación de mano de obra para el mercado (fundamentalmente la representada por los familiares, básicamente de género femenino, que actualmente se encargan de ejercer este trabajo) y una reducción de la economía sumergida. Las estimaciones estadísticas así lo indican, pues se prevé que entre doscientos mil y trescientos mil empleos puedan crearse desde la puesta en marcha del Sistema (2007) hasta su instauración completa (2015).

Idéntica valoración positiva merece para CC.00, representada por D^a. Rosa Berges Acedo, la regulación de la protección de la dependencia, que establece un derecho subjetivo que permite el acceso a un servicio público que, además de proporcionar unas prestaciones específicas, probablemente mejorará la distribución de rentas entre los ciudadanos. En este sentido, la organización sindical, estima que se pasará a aumentar el esfuerzo económico a la protección de la dependencia, que actualmente representa el 0,14 % del PIB, hasta alcanzar el 1% del PIB con la implantación total del Sistema, y que supondrá un coste global de nueve mil millones de euros. Especial importancia tiene para esta central la exigencia de que los centros y servicios dedicados a dispensar las prestaciones de dependencia cuenten con las correspondientes acreditaciones, ya sean centros y servicios de carácter público, ya sean centros y servicios de carácter privado, pues son las que evidenciarán la calidad del servicio y el respeto de las condiciones de empleo de los trabajadores de estas entidades. Asimismo, se debe facilitar a los trabajadores la formación adecuada para el desarrollo de su profesión y se debe respetar la cuota legal del 2% reservada a los trabajadores con discapacidad. A este respecto, y junto con el seguimiento sindical que se pueda realizar, se propone la creación de un organismo autónomo que planifique todos los servicios, así como se prevea el pago delegado de la Administración a los trabajadores que desempeñen sus actividades en los centros y servicios de dependencia, como sucede en el ámbito de la enseñanza concertada, con objeto de dotar de una mayor garantía y seguridad los derechos económicos de los trabajadores.

Finalmente, por parte de la CEA, representada por D. Luís Picón Bolaños, también se consideró positivamente la instauración del Sistema de Dependencia y la apuesta de esta organización por la dispensación de un servicio de calidad, como se ha recogido en los acuerdos firmados, en este sentido, en 2004 y 2005. En ellos, se ponen de manifiesto algunas líneas que deben orientar la configuración y actuación del Sistema: reconocimiento de la participación privada en el sistema; sistema de financiación del mismo, al margen de las cotizaciones sociales, establecimiento de la regla del copago; promoción del seguro privado como complemento; especial esfuerzo en conseguir la calidad de las prestaciones; establecimiento de nuevas cualificaciones profesionales y, en fin, creación de un Comité Consultivo. Asimismo, se señaló, con particular referencia para Andalucía, que el sistema no debe generar una duplicidad de oferta, ni debe crear nuevos servicios que sustituyan los existentes. En cambio, si debe facilitar de manera rápida y eficaz el reconocimiento de las acreditaciones y la exigencia de las titulaciones correspondientes para la prestación de los servicios, así como también se debe compartir la participación con el tercer sector sobre todo en aspectos como las acreditaciones y



la ratio de personal, ya que sería conveniente que los criterios de actuación fueran los mismos en el desarrollo de los servicios. En definitiva, para la organización empresarial, la protección de la dependencia constituye una actividad económica, una oportunidad de negocio y un fenómeno de creación de empleo de suma importancia para el conjunto de la sociedad.

VII. Conclusiones.

Por último, se cerró la jornada con el relato en síntesis del contenido fundamental de las diferentes intervenciones y con la exposición de las conclusiones obtenidas, que básicamente, en opinión del ponente relator, el Prof. Dr. D. Manuel García Muñoz, se concretan en:

- la situación protegida por la Ley de la dependencia no es una realidad social nueva para el legislador totalmente carente de atención normativa, pues encontraba una repuesta parcial en diferentes normas de Seguridad Social y de Asistencia Social. Sin embargo, la aprobación de la esta ley supone, por primera vez un tratamiento unitario y específico de la situación de dependencia como contingencia singularmente protegida;
- la materia objeto de regulación puede encontrar, por su naturaleza jurídica, encaje conceptual tanto en el ámbito de la Seguridad Social como en ámbito de la Asistencia Social, ya que la prestaciones destinadas a reparar la situación protegida normalmente se dispensan en forma de Servicios Sociales, que por su configuración pueden constituir medidas de Seguridad Social y medidas de Asistencia Social;
- la naturaleza jurídica que se considere que tiene la situación protegida y las prestaciones reconocidas no tiene únicamente una importancia meramente dogmática, sino también de política legislativa, lo que determina que ni la Administración del Estado, ni la autonómica estén dispuestas a renunciar a tener algún tipo de intervención en su regulación normativa;
- la posibilidad, al menos de ensayo teórico, de que la materia regulada por la Ley de Dependencia pueda considerarse perteneciente a la esfera de la Seguridad Social y a de la Asistencia Social abre la vías de actuación por parte del Estado y de la Comunidades Autónomas, en atención a sus competencias, legislativas y ejecutivas constitucionales;
- el ejercicio de las competencias atribuidas por el texto constitucional para el desarrollo normativo y aplicativo de la protección de la dependencia, podía haberse realizado mediante diferentes técnicas legislativas recogidas todas en la Constitución Española, optándose finalmente por lo dispuesto en el art. 149.1.1 de dicho texto, que otorga la competencia exclusiva al estado para regular “las condiciones básicas



que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en cumplimiento de los deberes constitucionales”;

- la contingencia protegida por la Ley de Dependencia constituye una situación compleja, de perfil poliédrico y de tipo universal, en la que puede encontrarse cualquier ciudadano, aunque se vincula al cumplimiento de la edad y que constituye la concreción de un riesgo no económico, sino de fragilidad personal;
- la situación de fragilidad personal que origina la situación de dependencia determina que para su protección se requiera no solo prestaciones económicas, sino prestaciones técnicas que proporcionen un tutela igualmente compleja, esto es, sanitaria, social, de atención personal, etc.
- la protección prevista para reparar la situación de dependencia intenta equilibrar la responsabilidad familiar y la responsabilidad pública en la atención a los sujetos en situación de dependencia, ya que se observa un aumento progresivo de personas mayores que precisan de cuidados y una disminución de familiares que pueden dispensárselos, así como porque se considera que no puede desvincularse totalmente a la familia de la atención, que desde siempre viene realizando;
- el contenido de la ley se asienta sobre un conjunto de principios legales referidos al propio derecho a la protección, al régimen de las prestaciones y a la organización y gestión del Sistema Nacional de Dependencia;
- el ámbito subjetivo del Sistema de Dependencia se delimita por la ley en atención a los requisitos de edad, nacionalidad y residencia, planteando a efectos interpretativos la nacionalidad (comunitarios, extranjeros regulares e irregulares, etc.) y la residencia (cómputo, acreditación, períodos adicionales que se puedan exigir por las Comunidades Autónomas) el mayor número de cuestiones a resolver por los operadores jurídicos;
- la Ley de Dependencia se puede calificar como básicamente organizativa, en la que relación ley-reglamento es bastante importante para su aplicación, que pretende, en este sentido, reorganizar los servicios públicos existentes, integrando algunos servicios privados en la red pública de servicios;
- el Consejo Territorial del Sistema Nacional de Dependencia, creado por la ley, constituye el órgano de debate y celebración de pactos dirigidos a regular el contenido concreto de las prestaciones, plasmándose a continuación en la correspondiente norma reglamentaria;
- el régimen prestacional establecido por la ley se estructura en tres niveles: básico, concertado y adicional, disponiéndose por la norma, como requisitos de acceso a los mismos, el estado de dependencia del sujeto protegido y su capacidad económica, requisitos que determinarán el Programa Individual de Atención (PIA) para cada beneficiario, en el que se incluirán las prestaciones concretas a las que cada sujeto puede acceder;
- el Plan Individual de Atención, en todo caso, tendrá en cuenta la prioridad de dispensación de servicios antes que de prestaciones económicas, las medidas de intervención según sus necesidades y las preferencias del beneficiario (libre choix);



- régimen prestacional se compone de prestaciones de diversa tipología: prestaciones técnicas o en especie (prevención y teleasistencia; ayudas a domicilio; centros de día y de noche; residencias) y prestaciones económicas o en metálico vinculadas al servicio; para cuidados familiares y de atención personal), complementariamente se prevén otras medidas de carácter público;
- puede surgir problemas de incompatibilidad entre la percepción de prestaciones del Sistema de Seguridad Social y del Sistema Nacional de Dependencia;
- el modelo español de dependencia diseñado por la ley es un modelo, desde su perspectiva financiera, de corte impositivo que pretende ofrecer una protección fundamentalmente a través de servicios;
- la fuente de financiación del Sistema repercute en la protección, estableciéndose los siguientes niveles prestacionales: mínimo estatal; acordado entre el Estado y las Comunidades Autónomas; de aportación de los beneficiarios y nivel privado;
- los datos estadísticos revelan que el esfuerzo financiero destinado a de protección social se ha caracterizado por ser relativamente escaso, en comparación con los recursos dedicados en otros países;
- la protección de la dependencia es un cauce más para el avance en la justicia social y un derecho que constituye el “cuarto pilar del Estado de Bienestar” y, por tanto, una finalidad sindical constante, plasmada en el acuerdo alcanzado entre empresarios y sindicatos sobre la necesidad de la implantación del Sistema Nacional de Dependencia;
- en perspectiva sindical, la protección de la dependencia supone un valor importante en la creación de empleo, en la liberación de mano de obra para el mercado y en la reducción de la economía sumergida, pues se estima que entre doscientos mil y trescientos mil empleos puedan crearse desde la puesta en marcha del Sistema (2007) hasta su instauración completa (2015);
- desde la visión de los sindicatos, la exigencia de acreditaciones a los centros y servicios públicos y privados dedicados a dispensar las prestaciones de dependencia redundará en la calidad del servicio y en el respeto de las condiciones de empleo de los trabajadores de estas entidades. A lo que contribuirá también la formación de los trabajadores y el respeto de la cuota legal del 2% para trabajadores con discapacidad, así como la creación de un organismo autónomo que planifique todos los servicios, y asunción del pago delegado de la Administración;
- específicamente, para la organización empresarial, la protección de la dependencia constituye una actividad económica, una oportunidad de negocio y un fenómeno de creación de empleo de suma importancia para el conjunto de la sociedad. Por ello, el Sistema de Dependencia debe ofrecer una protección eficaz y de calidad en la que tenga cabida la participación de entidades privadas y seguros privados complementarios.



En definitiva, tanto del relato de las intervenciones, como de las conclusiones expuestas, se extrae un valoración muy positiva de la aprobación de la Ley de Dependencia, que, aunque puede originar algunos problemas interpretativos en su aplicación práctica (lo cual en el terreno jurídico puede ser relativamente normal, disponiéndose de las vías adecuadas para su resolución) va a incrementar e intensificar la intervención pública en el marco de la protección social española.

Manuel García Muñoz
Universidad Pablo de Olavide.
Sevilla, mayo de 2007.



2

EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA

EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA EN EL MARCO DEL ESTADO AUTONÓMICO

Francisco Balaguer Callejón.

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo.

Sumario

1. La necesidad de las reformas estatutarias.

- 1.1. Un cuarto de siglo de transformaciones sociales y políticas.
- 1.2. La creciente complejidad del ordenamiento jurídico y el proceso de integración europea.
- 1.3. Las reformas estatutarias en el contexto de la pluralidad de ordenamientos (europeo, estatal y autonómicos) y de su evolución dinámica.

2. El actual proceso de reformas estatutarias.

- 2.1. La ausencia de Europa en los Estatutos.
- 2.2. Los aspectos competenciales.
- 2.3. La financiación autonómica.
- 2.4. Las reformas institucionales.
- 2.5. Las cuestiones identitarias y relativas a derechos.

3. Las soluciones aportadas por el nuevo Estatuto de Andalucía de 2007.

- 3.1. Un Estatuto europeísta.
- 3.2. Cuestiones competenciales.
- 3.3. La financiación autonómica.
- 3.4. Las cuestiones institucionales.
- 3.5. Las cuestiones identitarias y relativas a derechos.
 - 3.5.1. *Las cuestiones identitarias.*
 - 3.5.2. *La incorporación de derechos al Estatuto.*

Conclusiones.

1. La necesidad de las reformas estatutarias.

Las normas fundamentales deben dar respuesta a las necesidades constitucionales de la sociedad. De esa manera cumplen una función efectiva de ordenación social y pueden ser también un instrumento poderoso de integración simbólica. Siendo la normatividad un



elemento fundamental de la concepción actual de las Constituciones, su desajuste con la dinámica social puede provocar una progresiva debilitación de su condición normativa lo que potencia su desconexión de la realidad social y política que deben regular. Esta pérdida de condición normativa es aplicable también a los Estatutos de Autonomía puesto que los Estatutos cumplen una función constitucional y son <<funcionalmente>> las Constituciones del nivel territorial en el marco de un Derecho constitucional que se articula en diversos niveles ordinamentales.

La pérdida de normatividad redundaría en la disminución de la capacidad de integración que tienen las normas fundamentales. Sin embargo, esa integración es tanto más necesaria en sociedades que van adquiriendo una progresiva conformación multicultural, en las que el reforzamiento de una identidad ciudadana basada en las normas constitucionales y estatutarias resulta absolutamente necesaria ante la ausencia de otros elementos de integración que puedan ser aceptados con carácter general.

Las reformas constitucionales y estatutarias del Estado autonómico han sido reclamadas durante muchos años por la mayor parte de los constitucionalistas españoles. No era, sin embargo, una mera cuestión de <<mantenimiento>> o <<ajuste>> propia de una mera revisión ordinaria del Estado autonómico. Por el contrario, la ausencia de definición constitucional del modelo autonómico exigía reformas sustantivas para <<cerrar>> el Estado autonómico, algo que sólo resulta posible en el plano constitucional. Sin embargo, uno de los problemas recurrentes que han hecho imposible, hasta ahora, la reforma constitucional, y que han dificultado las estatutarias es, justamente, el miedo a que las reformas pudieran suponer la reapertura del debate sobre el modelo de Estado generando fuertes tensiones nacionalistas. Pero ese miedo ha tenido como consecuencia el aplazamiento de reformas necesarias y el aumento de las reivindicaciones nacionalistas, manifestado a través del llamado <<Plan Ibarretxe>>, que supuso un comienzo inapropiado a las actuales reformas estatutarias, por fortuna superado por planteamientos más congruentes con el marco constitucional en las que siguieron.

En efecto, las reformas que siguieron, pese a los intensos debates políticos que han generado en algún caso, no ha provocado un replanteamiento del modelo territorial ni una ruptura del marco constitucional. Por el contrario, se han situado en la lógica de una actualización del Estado autonómico destinada a hacer posible la consolidación de las experiencias de gobierno autonómico del último cuarto de siglo así como la adaptación a las nuevas necesidades que se han generado en ese período en la sociedad española y en cada una de las Comunidades Autónomas.

1.1. Un cuarto de siglo de transformaciones sociales y políticas.

Las transformaciones sociales y políticas de los últimos veinticinco años han sido uno de los principales justificantes de las reformas estatutarias. Pocas dudas caben de la entidad de los cambios que se han producido en las sociedades española y andaluza en ese período. Muchos de esos cambios son compartidos con otras sociedades europeas



y otros son expresivos de un desarrollo propio, condicionado por la situación previa de España, en un especial atraso histórico en el momento en que se restablece el sistema democrático tras cuarenta años de régimen dictatorial.

Algunas transformaciones tienen relación con el proceso de globalización y con el fuerte desarrollo tecnológico de los últimos años. La integración en Europa ha favorecido especialmente la mejora de las comunicaciones y ha impulsado el desarrollo económico. Ese desarrollo se ha visto propiciado por las fuertes transferencias de fondos procedentes de la Unión Europea, que, como es sabido, están sometidas a término. Es necesario potenciar políticas que favorezcan la adaptación del sistema económico español a las nuevas estructuras propiciando la transformación de los sectores productivos. Esas medidas requieren una previa articulación de políticas entre el Estado y las Comunidades Autónomas a través de mecanismos eficaces que hoy están ausentes de la ordenación constitucional y estatutaria del Estado autonómico. Los países con una estructura territorial descentralizada (España no es el único que se ve sometido a estas exigencias) tienen en muchos aspectos más capacidad de respuesta a los retos sociales y económicos, pero también deben asumir las reformas necesarias en sus estructuras para facilitar esa respuesta e impedir que la ordenación política y constitucional genere obstáculos.

El desarrollo económico ha traído también una consecuencia importante en relación con los nuevos fenómenos migratorios que se han producido en los últimos años. El sistema constitucional y estatutario fue diseñado sin tener en cuenta esta variable porque no existía hace veinticinco años. Por el contrario, la preocupación de esa época era la atención a los emigrantes españoles y andaluces en el extranjero y las medidas para propiciar su retorno. En la actualidad, sin embargo, el porcentaje de emigrantes está ya en torno al diez por ciento de la población. La emigración marca una nueva frontera al ordenamiento jurídico y al sistema constitucional y estatutario, que no pueden permanecer ajenos a las necesidades de los nuevos ciudadanos que se incorporan a la sociedad española. No era posible mantener un sistema de derechos y una distribución de competencias que estaban diseñados para una realidad social muy distinta. Las reformas en esta materia resultaban especialmente urgentes en orden a propiciar la integración de los inmigrantes y a favorecer la configuración de un estatuto jurídico no discriminatorio para los inmigrantes de larga duración.

Otros muchos ámbitos requerían una reflexión y una modificación de los actuales textos normativos fundamentales. Entre ellos puede destacarse, por ejemplo, el relativo a las políticas de igualdad de género que han pasado a ser un elemento fundamental de la orientación de las políticas públicas tanto a nivel europeo como español. Es mucho el camino que queda por recorrer en este ámbito y aunque ya había Estatutos, como el de Andalucía, que habían anticipado principios en este sentido, esos principios debían de ser objeto de desarrollo en diversos órdenes.



1.2. La creciente complejidad del ordenamiento jurídico y el proceso de integración europea.

Un segundo motivo para las reformas consiste en la propia dinámica del desarrollo de un Estado autonómico que ha generado una creciente complejidad en un ordenamiento jurídico que no estaba diseñado para una estructura territorial descentralizada. La experiencia de esos veinticinco años aconsejaba la realización de algunos ajustes importantes.

Hay que tener en cuenta que, aunque la Constitución es la norma fundamental del sistema jurídico español, lo cierto es que con la mera lectura del texto constitucional no es posible dar cuenta de la complejidad que ha adquirido el ordenamiento jurídico en los últimos veintinueve años. Ello se debe al hecho inusual y particularmente relevante, de que dos de los tres ordenamientos cuyas normas se aplican a la ciudadanía están fuera de la Constitución. Naturalmente, existen porque la Constitución los reconoce, al remitir a esos ordenamientos y los integra dentro del sistema jurídico, pero no existen en la Constitución más que como una mera posibilidad. Tanto el ordenamiento europeo como los autonómicos adquieren su vigencia merced a las remisiones que se opera en el texto constitucional, pero ninguno de ellos está dentro de la Constitución.

Tenemos por tanto, un ordenamiento jurídico complejo, integrado por tres niveles o espacios constitucionales cuyo punto de conexión es el texto constitucional de 1978, sin que en ese texto haya una integración de esos ordenamientos que haga posible, tanto desde el punto de vista institucional como desde el normativo, que la Constitución cumpla su función de factor regulador de las relaciones interordinamentales. Esa complejidad se va incrementando con el tiempo, porque está sometida a una evolución dinámica de difícil previsión.

Durante todos estos años, las Comunidades Autónomas han crecido extraordinariamente desde la nada creando un cuerpo institucional que hoy asume una gran parte del gasto presupuestario público, ocupa a la mayor parte de los funcionarios y ejercita un amplio número de competencias que antes eran estatales. Del mismo modo, la Unión Europea se encuentra inmersa en un proceso de constitucionalización, cuyo punto de partida ha sido la elaboración del Tratado Constitucional y que ha seguido su curso histórico con el Tratado de Lisboa, ya que éste integra más del 90% de los contenidos del Tratado Constitucional, pese a no incluir el nombre de <<Constitución>>.

La complejidad y el carácter dinámico de los ordenamientos jurídicos europeo, estatal y autonómico resulta inevitable. En los próximos años podremos ver nuevas conformaciones de estos ámbitos que exigirán, necesariamente, reformas en todos sus niveles. Negar la necesidad de las reformas equivale a desconocer ese carácter dinámico y a mantener estructuras caducas allí donde más necesaria resulta la adaptación a las nuevas necesidades constitucionales de la sociedad.



1.3. Las reformas estatutarias en el contexto de la pluralidad de ordenamientos (europeo, estatal y autonómicos) y de su evolución dinámica.

En lo que al proceso autonómico se refiere, no podemos desconocer las importantes transformaciones que se han desarrollado durante todos estos años, en muchos casos fuera del marco constitucional y estatutario, contribuyendo así a debilitar la normatividad de las normas fundamentales del sistema. Toda sociedad hace frente a sus necesidades constitucionales mediante la reforma de sus normas fundamentales. No obstante, cuando esa reforma no es posible, porque los agentes políticos no se ponen de acuerdo, las necesidades constitucionales tienen que ser cubiertas mediante acuerdos o convenciones de carácter paraconstitucional o por vía de interpretación de los preceptos fundamentales.

Ejemplos de esta forma de proceder se pueden encontrar tanto a nivel constitucional como estatutario. Así, en el ámbito constitucional, la falta de un Senado que represente a las Comunidades Autónomas ha obligado a poner en práctica mecanismos alternativos de concertación, como son las Conferencias Sectoriales. En el ámbito autonómico han sido muchas las instituciones y técnicas que se han incorporado a las Comunidades Autónomas por vía extraestatutaria ante la dificultad para abordar reformas del texto del Estatuto. En todos los casos se trataba de necesidades justificadas y que no han producido distorsiones en el ordenamiento jurídico, aunque lo deseable hubiera sido la reforma del texto constitucional o estatutario.

Una de las principales enseñanzas que nos ofrece el análisis del sistema jurídico desde la perspectiva de las relaciones entre ordenamientos es la de la necesidad de introducir mecanismos más flexibles de reforma de las normas fundamentales y de abordar la institución de la reforma con una mentalidad más abierta de la tradicional. La excesiva rigidez de las normas fundamentales (Constituciones y Estatutos) como mecanismo de garantía de las minorías, carece de sentido en el contexto de la Unión Europea. Por el contrario, esa rigidez dificulta la realización de las reformas necesarias. Pero el aplazamiento indefinido de las reformas no contribuye a racionalizar el sistema y produce un efecto acumulativo en el que problemas menores de carácter básicamente técnico terminan por amplificarse y convertirse en grandes problemas políticos.

Una reflexión sobre los mecanismos actuales de reforma constitucional y estatutaria es cada vez más necesaria. Es necesario promover una cultura constitucional más abierta, que no se base en la sacralización de los textos fundamentales sino en su consideración dinámica. Son las normas las que deben estar al servicio de la sociedad y las que deben adaptarse para hacer frente a las nuevas necesidades sociales.



2. El actual proceso de reformas estatutarias.

Un ejemplo claro de los problemas que pueden generarse cuando las reformas de las normas fundamentales se aplazan indefinidamente lo podemos ver en la situación del Estado autonómico de los últimos años. Los problemas políticos se acrecientan y el nivel reivindicativo aumenta considerablemente. La persistencia en la percepción de abandono y de falta de respeto a la posición institucional de los órganos autonómicos puede contribuir a una radicalización que dificulta la posterior negociación política. Esta sensación resulta especialmente aplicable a aquellos Estatutos que siguieron inicialmente la vía del artículo 151 CE (Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco) y que no han sido objeto, todavía, de ninguna reforma (a diferencia de otros que han realizado ahora su tercera reforma).

Es preciso diferenciar, no obstante, aquéllas situaciones en las que la reforma se ha planteado explícitamente como una confrontación con el Estado y la Constitución (Plan Ibarretxe) de aquellas otras (el resto) en las que, con mayor o menor acierto en la definición de las técnicas que se han usado para promover la reforma, se ha intentado mantener una congruencia con el marco constitucional.

Estas últimas se han desplegado en diversos ámbitos, entre los que podríamos destacar los siguientes: relaciones con la Unión Europea, competencias, financiación, reformas institucionales y aspectos identitarios y relativos a derechos.

2.1. La ausencia de Europa en los Estatutos.

El Estatuto de Andalucía de 1981, como el de Cataluña y otros Estatutos, no contenía ninguna referencia a Europa. Naturalmente, no podía haber en esos textos referencias a la Unión Europea, pues todavía no existía como tal, pero tampoco había ninguna alusión de futuro a las Comunidades Europeas, en las que España se integró en 1986, o simplemente a Europa.

Por comprensible y disculpable que esto pudiera ser, lo cierto es que resulta insostenible conforme van pasando los años. Especialmente insostenible si tenemos en cuenta la lógica preocupación de las Comunidades Autónomas en los últimos años por la pérdida de competencias que se ha producido en la práctica como consecuencia del desarrollo y la aplicación por el Estado del Derecho europeo (a pesar del principio de autonomía institucional, cuya vigencia en nuestro ordenamiento ha sido claramente reconocida por el Tribunal Constitucional).

Todavía más incomprensible si consideramos la reivindicación autonómica, igualmente lógica, de participación directa en la fase ascendente, que dio lugar a los Acuerdos de 9 de diciembre de 2004 y que ha supuesto un avance importante en la implantación de una cultura constitucional más participativa y más congruente con el Estado autonómico.



Hay que tener en cuenta, además, que la propia Unión Europea apela ahora a las Comunidades Autónomas (como a los Länder alemanes o a las regiones italianas) con la previsión de mecanismos de participación en el control del principio de subsidiariedad que requieren pronunciamientos específicos de los parlamentos territoriales. Mecanismos que deberán aplicarse a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, prevista para el 1 de enero de 2009.

La impregnación europea de los Estatutos es, por tanto, absolutamente necesaria. Más necesaria todavía en aquellas Comunidades Autónomas que, como Andalucía, deben gran parte de su desarrollo reciente al proceso de integración europea y a la financiación recibida de las instancias europeas.

2.2. Los aspectos competenciales.

Las cuestiones competenciales no parecían, en principio, destinadas a formar parte de los debates relativos a las reformas estatutarias en curso. Había motivos para considerarlo así ya que el techo competencial de las Comunidades Autónomas parecía haberse alcanzado previamente en la formulación inicial de algunos Estatutos de Autonomía plena (Cataluña, País Vasco, Andalucía)¹ y se había extendido a las demás Comunidades a través de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 y los procesos de reforma estatutarias que siguieron en los años posteriores.

Lo cierto es, sin embargo, que había un mar de fondo en los últimos años, que sin replantearse la distribución competencial establecida en la Constitución sí se estaba cuestionando muy seriamente la interpretación de esa distribución realizada por el Estado y validada en ocasiones por el Tribunal Constitucional. El descontento con la interpretación dominante del sistema de distribución de competencias partía de la constatación de que el Estado estaba ampliando cada vez más su esfera de decisión sobre la base de la utilización de títulos horizontales (especialmente el del artículo 149.1.13 CE: <<Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica>>) y de la ampliación del concepto de bases en los ámbitos relacionados con la distribución bases-desarrollo. Esta ampliación es el resultado de operaciones interpretativas muy discutibles desde el punto de vista constitucional:

1- Por un lado, la extralimitación respecto de lo que estrictamente deberían suponer los títulos horizontales, incorporando en muchas ocasiones decisiones y medidas muy concretas que nada tienen que ver con su enunciado constitucional. Mediante esas decisiones se han producido alteraciones de la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Así, se han limitado las competencias normativas de las Comunidades Autónomas o se ha condicionado la forma de ejercicio

1 En esencia también respecto de Galicia aunque tuvieron que transferírsele algunas competencias por la vía del artículo 150.2 CE porque no se habían incorporado inicialmente al Estatuto de Autonomía (LO 16/1995, de 27 de diciembre y LO 6/1999, de 6 de abril).



de sus competencias ejecutivas en ámbitos que no tendrían que verse afectados por los títulos horizontales del Estado. Proceso interno que se ha visto amplificado, también de forma indebida, en la aplicación del Derecho europeo².

2- Por otro lado, la confusión habitual de dos operaciones diferentes que atañen a la diferenciación bases-desarrollo, como son la delimitación de lo básico y la regulación de lo básico. Esas dos operaciones tienen distinta naturaleza constitucional porque cuando el Estado delimita lo básico está realizando una función constitucional específica de ordenación competencial que debe incorporarse al bloque de constitucionalidad. Por el contrario, cuando regula lo básico está realizando una función normativa ordinaria en el ejercicio de sus competencias que no debe afectar a la delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas. Es obvio que estas dos operaciones no se pueden diferenciar tan netamente en la práctica. No obstante, el Estado ha abusado de su función constitucional incorporando a la delimitación de lo básico funciones que no le corresponden o regulando lo básico con un alcance delimitador utilizando instrumentos normativos inadecuados.

Preciso es reconocer que algunos de estos problemas se han acrecentado como consecuencia de la formulación concreta de los preceptos estatutarios dedicados a la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas. En esos preceptos se han incorporado cláusulas generales de salvaguardia de las competencias estatales (títulos horizontales o normativa básica) que no tienen sentido en cuanto tales cláusulas generales. Naturalmente que pueden operar como límites de acuerdo con su configuración constitucional, pero no de manera coextensa con el título competencial correspondiente de la Comunidad Autónoma. Por el contrario, ese título competencial define un ámbito material reservado a las potestades normativas y/o ejecutivas de la Comunidad Autónoma que no debe estar sometido más que en los aspectos concretos en que constitucionalmente sea procedente a limitaciones procedentes del Estado.

Se puede decir que, al menos en la perspectiva de algunas Comunidades Autónomas, se ha producido una contradicción o un desfase en los últimos años entre el desarrollo progresivo de las estructuras institucionales y del potencial de intervención sobre su territorio, por un lado, y las limitaciones derivadas de la interpretación que el Estado ha realizado de sus competencias, avaladas en muchos casos por el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la primera redacción que se dio a los títulos competenciales en los Estatutos de Autonomía. Este desfase se ha percibido como un lastre que impide el pleno desarrollo de políticas propias por parte de las Comunidades Autónomas, que hagan posible una mayor atención a las necesidades de su ciudadanía.

Para hacer frente a ese problema, se han realizado propuestas, procedentes básicamente de Cataluña, que suponen una nueva metodología en la formulación de los apartados estatutarios relativos a las competencias autonómicas:

2 Cfr. sobre esta última cuestión, J.A. Montilla Martos, *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 163 y ss.

- Por un lado, el intento de clarificar las categorías competenciales actuales en los propios Estatutos de Autonomía, de manera que la exclusividad de las competencias asignadas a la Comunidad Autónoma sea real, sin interferencias indebidas por parte del Estado. En este punto resulta difícil que la propuesta pueda ser totalmente efectiva por la ambivalencia del término <<exclusivas>> que se manifiesta ya en su propia formulación constitucional (cuando el artículo 149.1. CE reserva al Estado la <<competencia exclusiva sobre las siguientes materias...>>) y que tiene su reflejo correspondiente en la actual distribución de competencias en los Estatutos de Autonomía que utilizan ese término en un sentido amplio. Algo que ha sido muy criticado sin razón, en mi opinión, por cuanto que los Estatutos se limitan a aplicar el mismo criterio que la Constitución establece en relación con el Estado. Desde esa perspectiva <<exclusividad>> no tiene un significado estricto ni en la Constitución ni en los Estatutos por referencia a la plenitud de facultades normativas y ejecutivas sobre una determinada materia. Por el contrario, con el término exclusividad se hace referencia a que un ámbito material (delimitado en virtud de diversos criterios) o una función concreta (desarrollo legislativo y/o ejecución) están reservadas a la competencia del Estado o de las Comunidades Autónomas. La exclusión de la intervención estatal no depende de esa calificación sino de la existencia o no de título suficiente.

- Por otro lado, la pretensión de incluir submaterias o perfiles competenciales que precisen y detallen los actuales títulos competenciales incluidos en los Estatutos. Esta idea está vinculada a la de transformación del bloque de constitucionalidad mediante la reformulación de la redacción actual de los Estatutos de Autonomía. Podríamos decir que la finalidad perseguida es de doble naturaleza. Al incorporar perfiles competenciales en los Estatutos se deshace cualquier posible duda acerca de si la competencia concreta corresponde al Estado o a la Comunidad Autónoma. Comoquiera que, de acuerdo con el artículo 149.3 CE <<las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos>>, es posible incluir en los Estatutos, con el grado de concreción que se desee, todas aquellas materias que la Constitución no atribuya expresamente al Estado. Mediante esa operación se <<blinda>> la competencia pues al estar incluida en el Estatuto ya no puede ser objeto de regulación estatal.

Pero, al mismo tiempo, la mayor concreción de los títulos competenciales a través de esta técnica de submaterias o de perfiles competenciales hace posible también establecer diferenciaciones en relación con los límites conformados por los títulos estatales, que antes eran definidos con carácter general en los Estatutos de Autonomía. De ese modo, ya no es necesario establecer limitaciones generales a los títulos autonómicos que, en cuanto tienen ese carácter general, pueden estar afectando indebidamente a aspectos de la competencia autonómica. Ahora es posible distinguir entre aquellos aspectos que sí están sometidos a límites en virtud de los títulos que la Constitución reserva al Estado y aquellos otros que no deben ser, en principio, objeto de intervención estatal.



Esta última operación es posible porque al modificarse el Estatuto se modifica también el bloque de constitucionalidad y el parámetro con el que el Tribunal Constitucional debe delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas³. No obstante, no todo vale en lo que a la modificación del bloque de constitucionalidad se refiere. Es necesario tener en cuenta la jurisprudencia constitucional y, a partir de ella, eliminar tan sólo las limitaciones que la propia doctrina del Tribunal Constitucional ha dejado señaladas (o las similares que no han sido objeto de pronunciamiento) y que han justificado una restricción de las competencias autonómicas sobre la base de la redacción concreta de los Estatutos. No así aquellas otras limitaciones que se derivan de competencias que al Estado le corresponden constitucionalmente, con independencia de cual sea la formulación específica de los Estatutos.

Estas propuestas no plantean problemas de constitucionalidad si se aplican adecuadamente. No es inconstitucional definir las categorías normativas generales en el Estatuto (otra cosa es el contenido de esa definición que puede incurrir materialmente en problemas de constitucionalidad) aplicando criterios constitucionales. Tampoco lo es pormenorizar todo lo que se quiera las competencias siempre que no se incorporen submaterias o perfiles que correspondan constitucionalmente al Estado. Por último, tampoco es inconstitucional modificar el bloque de constitucionalidad a través de la reforma del Estatuto. Todo lo contrario, las reformas estatutarias que se habían realizado previamente en las Comunidades de autonomía diferida, habían cambiado el bloque de constitucionalidad al incorporar nuevas competencias. Nuevamente el límite no es formal sino material: ese cambio debe realizarse en congruencia con la Constitución y respetando, por tanto, las competencias que la Constitución reserva al Estado⁴.

Otros mecanismos, por último, están destinados a limitar el impacto del Derecho europeo sobre las competencias autonómicas o a ampliar las facultades autonómicas en las materias en las que la competencia de ejecución le corresponde a la Comunidad Autónoma. Esta última cuestión resulta especialmente relevante para la materia laboral y, por ello, creo que debo detenerme especialmente en ella.

La sentencia clave en esta materia, cuya doctrina se ha mantenido posteriormente, es la STC 18/1982, de 4 de mayo. En su FJ 5 se afirma que «cuando la Constitución emplea el término «legislación laboral» y la atribuye a la competencia estatal incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así, se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una

3 En última instancia, como indica Paloma Biglino, en relación con las modificaciones en la distribución de competencias, mientras en otros sistemas se requiere la reforma de la Constitución, «en España, la parcial desconstitucionalización del Estado de las Autonomías propicia que la discusión se lleve a cabo en un plano inferior al de la Norma fundamental y se traslade a la reforma de los Estatutos de Autonomía. El ámbito de decisión corresponde, entonces, a los poderes constituidos». Cfr. P. Biglino, «Reforma de los Estatutos de Autonomía y distribución de competencias», en AAVV, *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2005, p. 246.

4 Cfr. mi trabajo «Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía», en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 1, Madrid, 2006, pp. 39-53.



uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que sólo mediante una colaboración entre Ley y Reglamento (o mediante una hipertrofia inconveniente desde el punto de vista de política legislativa) del instrumento legal, puede lograrse>>.

La sentencia se fundamenta directamente en la Constitución y no en la redacción de los Estatutos, pues afirma que si no se incluye dentro del concepto de legislación los reglamentos ejecutivos <<se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia>>. Más allá de esa fundamentación constitucional directa, la sentencia apela también a los Estatutos vigentes en el momento en que se dictó, del mismo modo que se mencionan preceptos de la Constitución de la II República o de los Estatutos de Autonomía de Cataluña de 1932 y del País Vasco de 1936, por tratarse, se dice en la sentencia de una interpretación <<tradicional en nuestro Derecho constitucional>>.

Igualmente, en el FJ 3 se apela directamente al constituyente para justificar la incorporación de los reglamentos ejecutivos a la competencia estatal sobre legislación: <<La distinción entre Ley y Reglamento acentúa los perfiles en el terreno de eficacia y de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia, que es la que tiene presente el constituyente al reservar al Estado la legislación laboral, pues desde esta perspectiva, si no siempre, es evidente que en muchas ocasiones aparecen en íntima colaboración la Ley y el Reglamento, dependiendo el ámbito objetivo de cada uno de estos instrumentos de la mayor o menor pormenorización del texto legal y de la mayor o menor amplitud de la habilitación implícitamente concedida para su desarrollo reglamentario. En todo caso resulta cierto, que la materia cuya ordenación jurídica el legislador encomienda al reglamento puede en cualquier momento ser regulada por aquél, pues en nuestro ordenamiento no se reconoce el principio de reserva reglamentaria>>.

Queda claro a mi juicio que, en este caso, no existe una regulación estatutaria que el Tribunal considere como fundamento de su decisión. Por el contrario, la decisión del Tribunal se fundamenta directamente en la Constitución, por lo que se plantea la duda de en que manera se podría ver afectada esta doctrina por un cambio en la redacción de los Estatutos. A este respecto, hay que tener en cuenta que la doctrina del Tribunal Constitucional no puede considerarse formalista sino todo lo contrario. Al incorporar los reglamentos de desarrollo al concepto de legislación no lo hace porque considere necesario atribuir la competencia formalmente al Estado, sino que se basa en la necesidad de conseguir una finalidad concreta. Esa finalidad es la de garantizar una regulación unitaria de la materia, de <<mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia>>. Si esa es la finalidad perseguida, resulta obvio que el Estado no tiene porqué agotar la regulación de la materia mediante los reglamentos ejecutivos. Por el contrario, es posible dejar un espacio normativo a las Comunidades Autónomas que no resulte incompatible con esa finalidad⁵.

5 Cfr. mi trabajo <<Competencias de ejecución. Legislación-ejecución>>, en Francisco Balaguer Callejón (Director), Luís Ortega, Gregorio Cámara Villar, José Antonio Montilla Martos (Coordinadores), Reformas estatutarias y distribución de competencias, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pp. 51-60.



2.3. La financiación autonómica.

Respecto de la financiación autonómica, podrían realizarse las mismas consideraciones que en relación con las competencias. La reciente implantación de un nuevo modelo de financiación con vocación de permanencia (en vigor a partir de 2002)⁶ no hacía pensar que pudiera replantearse tan pronto ese nuevo modelo. Hay que tener en cuenta que ese modelo obtuvo el consenso de todas las Comunidades Autónomas, superando así los conflictos políticos y jurisdiccionales que había generado el sistema de financiación para el período 1997-2001⁷.

No obstante, también en este punto existía un malestar considerable, específicamente en la Comunidad Autónoma de Cataluña, por cuanto que ninguno de los modelos de financiación puestos en marcha hasta ahora (incluido el último) han conseguido que se produzca el efecto negativo para esa Comunidad Autónoma que supone la pérdida de puestos en la renta familiar disponible respecto del producto interior bruto. A diferencia de Comunidades como el País Vasco en la que la renta familiar disponible es superior al producto interior bruto, en Cataluña se produce el efecto contrario. Esto quiere decir que Cataluña aporta mucho más a la financiación del resto del Estado de lo que recibe.

Naturalmente que aportar más de lo que se recibe por parte de las Comunidades Autónomas con mayor nivel de renta es consustancial a los mecanismos de cohesión territorial, que resultan necesarios para hacer posibles mandatos constitucionales situados en el Título VIII y en otros apartados de la Constitución⁸. Por otro lado, no cabe duda de que la reducción de las diferencias entre territorios no sólo responde a la puesta en práctica del principio de solidaridad sino que tiene también efectos positivos sobre el conjunto del Estado al aumentar la capacidad económica de las Comunidades más pobres y, por tanto, su potencialidad para adquirir bienes y servicios de las más ricas. Desde esa perspectiva, una transformación radical del modelo podría terminar por repercutir negativamente, a medio plazo, sobre el conjunto del Estado, perjudicando el desarrollo económico de todas las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, la pérdida de varios puestos en la renta familiar disponible en una Comunidad tampoco puede considerarse como algo positivo por cuanto que puede suponer un lastre

6 El 27 de julio de 2001 se aprobó el nuevo sistema de financiación de las CCAA que debía regir a partir del año 2002. Este acuerdo se manifestó en diversas reformas legislativas, entre las que destaca la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que regula las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

7 Cfr. al respecto, mi trabajo <<La financiación de las Comunidades Autónomas>>, en Luís López Guerra (coordinador), Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 477-491. Cfr. Igualmente mi trabajo <<La Financiación de las Comunidades Autónomas y la constitucionalización del Estado Autonomico>>, en José María Vidal Beltrán y Miguel Ángel García Herrera: El Estado Autonomico Integración, solidaridad y diversidad. Editorial Colex - Constitución y Leyes, Madrid, 2005, pp. 607-618.

8 Así, el principio de solidaridad del artículo 2 CE y los artículos 138.1, 156.1 y 158.2 CE. Igualmente, la distribución más equitativa de la renta y de la riqueza regional, en los artículos 40.1 y 131.1 CE.

para su desarrollo económico. Era comprensible entonces que Cataluña pretendiera una modificación del modelo que le permitiera desarrollar una política propia e impulsar su economía. La cuestión más debatida, sin embargo, en el proceso de reforma estatutaria de Cataluña no ha sido tanto el fondo de la reforma –que finalmente apostó por un aumento en el porcentaje de los impuestos cedidos por el Estado para aumentar su autonomía financiera- cuanto si esa modificación era posible mediante la reforma estatutaria o requería, por el contrario, una concertación multilateral en el Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Finalmente se optó por mantener el modelo actual de financiación, aumentando los porcentajes de los impuestos parcialmente cedidos, si bien ese aumento no será efectivo hasta tanto no se acuerde en el Consejo de Política Fiscal y Financiera y se produzca la correspondiente reforma de la LOFCA y las leyes de cesión de tributos. Es previsible que, con estos nuevos porcentajes, Madrid e Islas Baleares no sean en el futuro las únicas Comunidades Autónomas de régimen común que no necesitan recurrir al Fondo de Suficiencia para completar su financiación.

2.4. Las reformas institucionales.

El apartado de reformas institucionales era, sin duda, el más pacífico de todos los que han sido objeto de reforma hasta ahora. Hay que tener en cuenta que la evolución del Estado autonómico ha dado lugar al desarrollo de órganos e instituciones en las Comunidades Autónomas que, en muchos casos, no estaban previstos en los Estatutos. Este tipo de órganos <<extraestatutarios>> (Consejos Consultivos, Consejos Económicos y Sociales, Tribunales o Cámaras de Cuentas) debían estar incorporados a los Estatutos como las demás instituciones básicas de la Comunidad Autónoma. Hay por tanto, un primer ámbito en el que existía un amplio consenso en relación con las reformas propuestas.

Existe un segundo apartado que afecta especialmente a algunas Comunidades Autónomas, como Andalucía, en la que las reformas institucionales han permitido incorporar a los Estatutos algunas técnicas (derecho de disolución parlamentaria, previamente conferido mediante normativa de rango legal) o suprimir otras (investidura automática). Igualmente podrían incluirse en este apartado actos con fuerza de ley como los Decretos Legislativos que todavía no existían en Andalucía (era la única que carecía de este instrumento normativo) o que se habían incorporado en otras Comunidades Autónomas por vía extraestatutaria. Lo mismo ocurre con los Decretos-Leyes, categoría normativa que no existía en ninguna Comunidad Autónoma.

Igualmente habría que considerar otros órganos (como los Consejos de Justicia autonómicos) que se han ido configurando en las propuestas de desarrollo del Estado Autonómico que han acompañado al debate doctrinal de los últimos años.



2.5. Las cuestiones identitarias y relativas a derechos.

Las cuestiones identitarias, que no parecían estar inicialmente en el paisaje de las reformas estatutarias, pasarían rápidamente al primer plano. En especial, la propuesta de reforma del Estatuto aprobada por el Parlamento de Cataluña generó una gran polémica por el uso del término «nación» para definir a Cataluña. El debate se centró en la compatibilidad de esa expresión con el artículo 2 CE. De menor entidad, aunque también importante, fue el debate sobre el uso del término «realidad nacional» en el Preámbulo del nuevo Estatuto de Andalucía.

Por lo que se refiere a los derechos incorporados al Estatuto, era éste un aspecto sobre el que había una voluntad previa de desarrollar las previsiones actualmente existentes. Hay que tener en cuenta que la legislación autonómica ha incidido progresivamente en múltiples derechos, que han sido objeto de tratamiento y desarrollo en virtud de las competencias de las Comunidades Autónomas. Aunque esos derechos pueden considerarse como especificidades de los derechos constitucionales (que están sometidos a la igualdad en las condiciones básicas de su ejercicio, ex artículo 149.1.1º), lo cierto es que su integración en los Estatutos de Autonomía no deja de ser significativa. En efecto, la referencia estatutaria a esos derechos puede cumplir una función importante de integración de los ciudadanos y las ciudadanas de la Comunidad Autónoma.

Por otro lado, si bien ya se habían incorporado a los Estatutos principios orientados a regir la actividad de los poderes públicos autonómicos⁹, no lo habían hecho de manera sistemática y ordenada, con una vocación específica de eficacia manifestada en preceptos destinados a garantizar la vinculación de los poderes públicos. Por ese motivo, la eficacia de los principios y objetivos de los primeros Estatutos resultaba más que dudosa. A falta de una previsión clara en relación con su capacidad de vinculación a los poderes públicos, se podía decir que estos principios sólo vinculaban positivamente al legislador autonómico, pero que no lo hacían en sentido negativo. Es decir, no podrían impedir una actuación contraria a los mismos pero congruente con los principios constitucionales, pero sí podrían servir para legitimar una actuación favorable a los mismos.

Toda vez que no había ninguna disposición relativa a su vinculación a los poderes públicos autonómicos, parecía lógico afirmar que no había en los Estatutos una voluntad específica de estrechar el amplio cauce por el que el pluralismo discurre a nivel constitucional sino tan sólo la descripción de algunos objetivos que podrían considerarse prioritarios por los poderes públicos. De ese modo, con la ordenación estatutaria anterior podía decirse que los poderes públicos autonómicos, si bien podrían basar sus políticas en estos principios, también podrían optar por el desarrollo de otros principios constitucionales¹⁰. Cuestión

9 Cfr. Lucas Murillo, P.: «Normas programáticas, Estatutos y autonomía comunitaria», RDP, n. 21, 1984. Cfr. igualmente, P. Cruz, «Los derechos sociales y el Estatuto de Andalucía», en G. Cámara Villar (ed.), Estudios sobre el Estado social, Tecnos, Madrid, 1993.

10 Cfr. al respecto mi trabajo Fuentes del Derecho, Vol. II: Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos, Tecnos, Madrid, 1992.



distinta se plantea si, como ocurre en los nuevos Estatutos, se establece una vinculación expresa de los poderes públicos en el propio Estatuto.

En relación con los derechos, se trata de una novedad en los Estatutos¹¹ respecto de la cual el carácter vinculante es un presupuesto necesario para que pueda hablarse de auténticos derechos. La legitimidad de su inserción en los Estatutos es, por lo demás, bastante clara, por cuanto que estos derechos estaban ya regulados por las leyes autonómicas¹² y se mueven dentro de las competencias de las Comunidades Autónomas.

La regulación de los derechos en los Estatutos debe realizarse dentro del marco competencial propio, para evitar que los derechos puedan quedar sin desarrollo normativo. Hay que tener en cuenta que el reconocimiento de derechos en los Estatutos no puede suponer una ampliación de las competencias que le corresponden constitucionalmente a las Comunidades Autónomas.

La legitimidad constitucional de los derechos estatutarios ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 247/2007, de 12 de diciembre. A pesar del limitado objeto del recurso que resuelve, el TC sienta una doctrina de gran importancia para el desarrollo futuro del Estado Autonómico.

3. Las soluciones aportadas por el nuevo Estatuto de Andalucía de 2007.

3.1. Un Estatuto europeísta.

Como hemos indicado anteriormente, el Estatuto de 1981 no contenía ninguna referencia a Europa. Esa ausencia era normal si tenemos en cuenta que España no se había incorporado todavía a las Comunidades Europeas. El Estatuto 2007, sin embargo, es profundamente europeísta. Baste señalar que contiene más de cincuenta menciones a Europa o a la Unión Europea, lo que da cuenta de la importancia que le ha dado a esta cuestión.

11 Sobre la incorporación de Derechos a los Estatutos, cfr. Rodríguez-Vergara Díaz, A.: “Ciudadanía europea, derechos sociales y Estatutos de autonomía: tres propuestas de reforma”, en J.M. Vidal Beltrán y M.A. García Herrera: El Estado autonómico. Integración, solidaridad y diversidad. Vol. I, Estudios Goberna, Colex/INAP, 2005, págs. 517-525. Por referencia a Andalucía, cfr.: Cámara Villar, G.: “Reflexiones sobre tres aspectos de la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: principios, derechos y deberes y Administración de Justicia”. En la obra colectiva Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (Vol II). Ciclo de Conferencias. Parlamento de Andalucía, Centro de Publicaciones no Oficiales, 2005, págs. 157-182. Cfr. igualmente, el estudio de G. Cámara sobre los Derechos en el Estatuto de Andalucía, en Francisco Balaguer Callejón (Coordinador) Gregorio Cámara Villar, José Antonio Montilla Martos, Ángel Rodríguez y Agustín Ruiz Robledo: El nuevo Estatuto de Andalucía, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

12 Como indica F. Caamaño, nada se puede objetar a la regulación estatutaria de derechos que pueden ser y han sido regulados por las leyes autonómicas. Cfr. F. Caamaño, <<Sí pueden (Declaraciones de Derechos y Estatutos de Autonomía)>>, REDC, n. 79, enero-abril de 2007, pp. 33 y ss.



Por lo que se refiere a la participación en las fases ascendente y descendente, esta materia es totalmente nueva en el Estatuto. Por un lado, se regula la participación de la Comunidad Autónoma en la fase ascendente, tanto en su vertiente indirecta (participación en la formación de la posición del Estado ante la Unión Europea) como directa (participación en las delegaciones españolas ante las instituciones de la Unión Europea, con la posibilidad de asumir la Presidencia en los supuestos relacionados con las competencias exclusivas de Andalucía, de acuerdo con lo que disponga la normativa aplicable). Esa participación en la fase ascendente se establece tanto con un carácter multilateral cuanto bilateral en relación con los asuntos que le afectan exclusivamente a Andalucía. Por otro lado, se regula la participación de la Comunidad Autónoma en la fase descendente, estableciéndose que la Junta de Andalucía desarrolla y ejecuta el derecho de la Unión Europea en las materias de su competencia (principio de autonomía institucional).

El Tratado de Lisboa prevé, mediante el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (que ya estaba previsto en el Tratado Constitucional y que ahora se ha reforzado) un mecanismo específico de alerta rápida destinado a garantizar de manera más efectiva esos principios. El Estatuto de 2007, aun siendo consciente de que este Protocolo no estaba todavía vigente, incorporó, con buen criterio, una referencia genérica al mecanismo, a efectos de hacer posible la futura participación de la Comunidad Autónoma en su aplicación. Hay que tener en cuenta que existía un amplio consenso en la Unión Europea sobre la necesidad de este mecanismo de alerta rápida, como evidencia el hecho de que se haya incorporado al Tratado de Lisboa. De acuerdo con las nuevas previsiones del Estatuto, el Parlamento de Andalucía será consultado previamente a la emisión del dictamen de las Cortes Generales sobre las propuestas legislativas europeas en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad y proporcionalidad que establezca el derecho comunitario.

3.2. Cuestiones competenciales.

En materia de clasificación y definición de las competencias propias existen novedades de relevancia respecto del Estatuto de 1981. Por lo que se refiere a las competencias exclusivas se contempla la previsión de que las potestades legislativa y reglamentaria y la función ejecutiva le corresponden «íntegramente» a la Comunidad Autónoma, lo que equivale a identificar estas competencias en virtud de la plenitud de potestades autonómicas (legislativa, reglamentaria, ejecutiva) sobre la materia. Respecto de las competencias compartidas, se establece que las bases que fije el Estado deberán contenerse en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinan de acuerdo con la Constitución.

En cuanto a las competencias ejecutivas, la nueva redacción hace posible que la Comunidad Autónoma de Andalucía pueda dictar reglamentos de ejecución de la normativa estatal. De acuerdo con esa formulación, los reglamentos ejecutivos del Estado podrían ser completados con los reglamentos ejecutivos de la Comunidad Autónoma. el 42.2.3.º del

nuevo Estatuto establece que la Comunidad Autónoma de Andalucía asume mediante el Estatuto: «Competencias ejecutivas, que comprenden la función ejecutiva que incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública y, cuando proceda, la aprobación de disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa del Estado.»

Tal y como se ha formulado en este texto, la potestad para «la aprobación de disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa del Estado» (o, como decía la fórmula aprobada por el Parlamento de Andalucía: «aprobación de disposiciones en orden a la ejecución de la normativa del Estado») no puede considerarse incompatible con la doctrina del Tribunal Constitucional siempre que permita una regulación unitaria de la materia por parte del Estado, que será completada por la Comunidad Autónoma mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, complementaria de la estatal. Cuestión distinta sería, si se hubiera pretendido ocupar todo el espacio normativo del desarrollo reglamentario de las leyes impidiendo que el Estado pudiera ejercer sus competencias de desarrollo por medio de reglamentos ejecutivos y contradiciendo la concepción material de la competencia de legislación establecida por la jurisprudencia constitucional.

Esta nueva redacción hace posible, por tanto, que la Comunidad Autónoma de Andalucía pueda dictar reglamentos de ejecución no ya «de las leyes» estatales sino «de la normativa» estatal. De acuerdo con esa formulación, los reglamentos ejecutivos del Estado podrían ser completados con los reglamentos ejecutivos de la Comunidad Autónoma. Estos últimos no podrán, como es lógico, contradecir lo establecido en la normativa estatal.

Por último, respecto de la aplicación del Derecho Europeo, se recoge implícitamente el principio de autonomía institucional y se contiene una previsión para el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, supuesto en el que la Junta de Andalucía podrá adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas.

3.3. La financiación autonómica.

Una de las pretensiones de la reforma del sistema de financiación consiste en potenciar la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas haciendo posible su intervención sobre un espacio fiscal propio. Para ello se han previsto diversas medidas, algunas de ellas pendientes de los necesarios acuerdos multilaterales, por lo que se incorporarán posteriormente al Estatuto sin necesidad de reformarlo. Es el caso del aumento de los porcentajes de participación en los tributos cedidos por el Estado: la cesión parcial del IRPF se incrementará del 33 al 50%, la del IVA del 35 al 50% y del 40% al 58% la de los impuestos especiales sobre el Alcohol y las Bebidas Alcohólicas, sobre Hidrocarburos y sobre las Labores del Tabaco.



Otras medidas destinadas a favorecer la autonomía financiera están relacionadas con la gestión de los tributos como es el caso, entre otras, de la creación de una Agencia Tributaria propia. También, como novedad, se prevé que la inversión estatal destinada a Andalucía será equivalente al peso de la población andaluza sobre el conjunto del Estado para un período de siete años.

Teniendo en cuenta la incidencia que puede tener en los principios de autonomía y de suficiencia financiera la alteración por el Estado del sistema de financiación y, de acuerdo con la experiencia previa de Andalucía, el nuevo Estatuto incorpora algunos principios que están destinados a evitar que se repitan los problemas que se plantearon en relación con el sistema de financiación 1997-2001 que fue rechazado por la Junta de Andalucía y no se aplicó en nuestra Comunidad.

Uno de esos principios consiste justamente en el reconocimiento expreso del necesario acuerdo de la Comunidad Autónoma para aceptar cualquier nuevo sistema de financiación. Igualmente, a la hora de definir los principios generales de la Hacienda de la Comunidad Autónoma y, en concreto, el principio de suficiencia financiera, se especifica claramente que este principio atenderá fundamentalmente a la población real efectiva determinada de acuerdo con la normativa estatal y, en su caso, protegida, así como a su evolución. Se intenta evitar así que se pueda producir en el futuro el perjuicio que se le ocasionó a Andalucía la utilización de un censo desfasado para determinar su participación en los ingresos del Estado. Esta previsión adquiere especial trascendencia después de la STC 13/2007, de 18 de enero, en la que el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Andalucía al considerar que la decisión del legislador estatal no era arbitraria (Cfr. FJ 4 de la sentencia y, en sentido contrario, VP del Magistrado Pérez Tremps). Para el futuro –en el supuesto de que Andalucía necesite este tipo de financiación– es claro que no podría volver a adoptarse una decisión similar pues el Estatuto vincula también al legislador estatal.

Por último, se determinan los plazos máximos para la liquidación definitiva de las cantidades que el Estatuto adeuda a la Comunidad Autónoma por la llamada <<deuda histórica>>. Se trata también de una previsión de especial importancia por cuanto en la STC 13/2007, de 18 de enero, antes mencionada, el Tribunal, en el FJ11 de esa sentencia, pese a considerar plenamente ajustada a la Constitución la llamada <<deuda histórica>> (<<cuya legitimidad constitucional está fuera de duda>> dice literalmente), entiende que el legislador estatal no estaba obligado a consignar en los Presupuestos Generales del Estado las cantidades si no mediaba acuerdo previo entre el Estado y la Comunidad Autónoma. Con el nuevo Estatuto, el legislador estatal sí está obligado por lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda.

3.4. Las cuestiones institucionales.

En materia de reforma institucional, el nuevo Estatuto ha cumplido con todas las previsiones. Por un lado, se han incorporado al Estatuto los nuevos órganos e



instituciones que se habían desarrollado mediante normas legales en estos años de desarrollo autonómico: Cámara de Cuentas, Consejo Consultivo, Consejo Económico y Social, Consejo Audiovisual. Igualmente, se han creado nuevos órganos como el Consejo de Justicia de Andalucía. También se han eliminado referencias ya improcedentes como la realizada al Consejo de Estado por el Estatuto de 1981. Por otro lado, se ha eliminado la investidura automática del Presidente de la Junta y se le ha dotado de rango estatutario a la Facultad del Presidente o Presidenta de la Junta de disolver el Parlamento, que la tenía conferida previamente mediante una norma de rango legal (la Ley 6/1994).

El Estatuto de 2007 incorpora también un nuevo tipo de leyes reforzadas similares a las leyes orgánicas estatales que exigen, para su aprobación, el voto de la mayoría absoluta del Pleno del Parlamento. Las leyes que afectan a la organización territorial, al régimen electoral o a la organización de las instituciones básicas, requerirán el voto favorable de la mayoría absoluta del Pleno del Parlamento en una votación final sobre el conjunto del texto, salvo aquellos supuestos para los que el Estatuto exija mayoría cualificada.

Por último, se produce la incorporación de los Decretos Legislativos y Decretos-Leyes al sistema de fuentes del Derecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La regulación de los Decretos Legislativos y de los Decretos-Leyes autonómicos es muy similar a la estatal, lo que facilitará, sin duda, la aplicación de la jurisprudencia constitucional sobre la materia así como el control que realice el Tribunal Constitucional, en el futuro, sobre este tipo de normas.



3.5. Las cuestiones identitarias y relativas a derechos.

3.5.1. Las cuestiones identitarias.

Los promotores de la reforma estatutaria andaluza han sido conscientes del capital político que supuso para Andalucía el 28 de febrero de 1980 y de la necesidad de mantener ese capital mediante el mantenimiento de un principio que resulta básico para la Junta de Andalucía: un nivel de autonomía que no debe ser inferior al de otras Comunidades Autónomas. Así, se afirma en el siguiente párrafo: <<El ingente esfuerzo y sacrificio de innumerables generaciones de andaluces y andaluzas a lo largo de los tiempos se ha visto recompensado en la reciente etapa democrática, que es cuando Andalucía expresa con más firmeza su identidad como pueblo a través de la lucha por la autonomía plena>>.

Esta orientación incluye la adopción de nuevas posiciones identitarias en la medida en que ese principio de igualdad requiera también de definiciones identitarias diferentes a las existentes hasta ahora. Desde esa perspectiva, el término <<realidad nacional>> se ha incorporado finalmente al Preámbulo de acuerdo con la formulación consensuada en las Cortes Generales: <<El Manifiesto andalucista de Córdoba describió a Andalucía como realidad nacional en 1919, cuyo espíritu los andaluces encauzaron plenamente

a través del proceso de autogobierno recogido en nuestra Carta Magna. En 1978 los andaluces dieron un amplio respaldo al consenso constitucional. Hoy, la Constitución, en su artículo 2, reconoce a Andalucía como una nacionalidad en el marco de la unidad indisoluble de la nación española>>.

Por su parte, el artículo 1.1 del Estatuto define a Andalucía como nacionalidad histórica: <<Andalucía, como nacionalidad histórica y en el ejercicio del derecho de autogobierno que reconoce la Constitución, se constituye en Comunidad Autónoma en el marco de la unidad de la nación española y conforme al artículo 2 de la Constitución>>.

Pero Andalucía no se ha limitado a definir como criterio de su identidad propia la idea de <<realidad nacional>> y de <<nacionalidad histórica>>. Ha incorporado también un elemento fundamental de su concepción, no sólo de la propia posición en el conjunto del Estado, sino también de la propia configuración del Estado. Así, la reforma del Estatuto de Andalucía incluye el término <<hechos diferenciales>>, pero no para reivindicar hechos diferenciales (salvo la referencia del Preámbulo a que en Andalucía <<se ha configurado como hecho diferencial un sistema urbano medido en clave humana>> que obviamente no tiene que ver con el sentido habitual de este término) sino para postular su condición de Comunidad Autónoma defensora de la igualdad de status entre Comunidades, marcando así distancias respecto de este concepto. En el Preámbulo de la Propuesta de Reforma se dice que: <<Hoy, como ayer, partimos de un principio básico, el que planteó Andalucía hace 25 años y que mantiene plenamente su vigencia: Igualdad no significa uniformidad. En España existen singularidades y hechos diferenciales. Andalucía los respeta y reconoce sin duda alguna. Pero, con la misma rotundidad, no puede consentir que esas diferencias sirvan como excusas para alcanzar determinados privilegios. Andalucía respeta y respetará la diversidad pero no permitirá la desigualdad>>.

Esta defensa de la igualdad no se concibe en el Preámbulo como algo contradictorio con la existencia de una identidad propia. De hecho, el Preámbulo comienza afirmando que <<Andalucía, a lo largo de su historia, ha forjado una robusta y sólida identidad que le confiere un carácter singular como pueblo>>. Ahora bien, de ese carácter singular no pretende derivarse una posición especial de la Comunidad Autónoma en el conjunto del Estado. En definitiva, la identidad andaluza no se considera contradictoria con la idea de igualdad de *status* de las Comunidades Autónomas y, por tanto, de igualdad de derechos de la ciudadanía en el conjunto del Estado, que ha sido la motivación esencial de Andalucía desde la transición democrática.

3.5.2. La incorporación de derechos al Estatuto.

La formulación de los derechos en el Estatuto es otro de los aspectos que resultan especialmente destacables. Los derechos estatutarios (cuya legitimidad constitucional está fuera de duda a partir de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, antes mencionada) suponen la incorporación del desarrollo autonómico realizado en esta materia a lo largo de los años de vigencia de los anteriores Estatutos. No conllevan nuevas competencias para



la Comunidad Autónoma sino que, claramente, como se indica en el artículo 13 del propio Estatuto, se mueven dentro del marco estricto de las competencias ya asumidas. Basta leer los preceptos relativos a derechos para darse cuenta de que esto es así: las parejas de hecho, el testamento vital anticipado, los derechos sanitarios o educativos, habían sido objeto de desarrollo legislativo previo por parte de la Comunidad Autónoma.

Ahora bien, la incorporación de estos derechos al Estatuto resulta especialmente relevante por diversos motivos. En primer lugar porque suponen una vinculación para las mayorías gobernantes en el futuro. Esas mayorías tendrán que respetar estos derechos sin poder legislar en contra de los preceptos estatutarios. No tendrían ese límite, sin embargo, si no se hubieran incorporado los derechos al Estatuto.

Pero, además, hay que tener en cuenta la importante dimensión de integración simbólica que tienen los derechos. El Estatuto de 1981, pese a ser una referencia necesaria para autoridades públicas y para juristas, no establecía una vinculación directa e inmediata con la ciudadanía. La sociedad andaluza estaba prácticamente ausente de un Estatuto que se limitaba a regular los aspectos institucionales, competenciales y financieros de la autonomía.

El Estatuto de 2007 está destinado, sin embargo, a tener una mayor difusión y un alcance mucho más amplio. La vinculación de los poderes públicos autonómicos a una tabla de derechos estatutaria le otorga una vida propia al Estatuto más allá de las instituciones y de la administración autonómica, donde el Estatuto de 1981 desplegó la mayor parte de su fructífero pero reducido curso vital. El Estatuto de 2007 es ahora, dentro del marco constitucional, la norma fundamental no sólo de la Junta de Andalucía, sino también de la sociedad andaluza.

Un aspecto a destacar en el ámbito de los derechos en el nuevo Estatuto es el relativo a la igualdad de género. Aunque el Estatuto de 1981 contenía ya una formulación pionera del principio de igualdad de género en su artículo 12.2, el Estatuto de 2007 contiene un gran número de disposiciones que están orientadas a promover la igualdad en todos los ámbitos: desde el cultural hasta el laboral, pasando por la democracia paritaria, la representación equilibrada en órganos e instituciones y desafortunadamente en menor medida el lenguaje no sexista. También es objeto de atención la lucha contra la violencia de género, en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma. Se trata de un Estatuto muy avanzado que se corresponde con una amplia sensibilidad social que, por fortuna, se ha desarrollado en los últimos años en nuestra Comunidad Autónoma y que ha tenido su reflejo en una orientación política clara y decidida por parte de los poderes públicos. Lo mismo cabe decir del tratamiento de la inmigración, con una atención preferente a la integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes, la previsión de competencias específicas en esta materia y la promoción de su participación en la vida pública.



Conclusiones

La primera conclusión es, en realidad, un punto de partida confirmado por la evolución del proceso de reformas. Las reformas estatutarias (como las constitucionales) son necesarias y el retraso en abordarlas no es una solución viable a medio y largo plazo. Por el contrario, contribuye a hacer que los problemas se vayan agrandando y a favorecer un mayor nivel reivindicativo por parte de los sectores que las propugnan. Seguramente, si se hubieran puesto en marcha hace algunos años no se habrían planteado los problemas que se han generado después.

La reforma del Estatuto de Andalucía ha utilizado algunas de las técnicas que se habían promovido por la reforma catalana, pero estableciendo su propia impronta en la formulación del nuevo Estatuto de Andalucía. Hay que tener en cuenta la especial posición que ocupa Andalucía en el conjunto del Estado, por su potencial demográfico, territorial y estratégico, que le dota de una singular relevancia en los procesos de configuración del Estado autonómico. Esa relevancia se evidenció ya en el primer momento de instauración del Estado autonómico, con la opción a favor de una formulación igualitaria y solidaria entre todas las Comunidades Autónomas. Esa opción se ha mantenido en el actual proceso de reformas, de tal manera que Andalucía ha desarrollado un modelo competencial, una fórmula de financiación de su autonomía y unos mecanismos de relación con el Estado y con la Unión Europea que le permiten seguir ocupando una posición fundamental en el Estado Autonómico. La lucha por la igualdad de *status* de las Comunidades Autónomas, que Andalucía ha llevado a cabo hasta ahora se basa en la idea de que sólo mediante la igualdad de *status* de las Comunidades Autónomas, se podrá conseguir la igualdad de derechos de la ciudadanía en todo el Estado.

Además de lo anterior, por medio de la reforma, se ha creado un nuevo modelo de Estatuto que no se limita ya a regular las competencias, las instituciones y la financiación de la Comunidad Autónoma. El nuevo Estatuto es también la norma fundamental de la sociedad andaluza. La ciudadanía está presente en el Estatuto de 2007, puede reconocerse en él y sabe que tiene un marco de derechos y de principios que establecen un vínculo entre la norma estatutaria y la ciudadanía.

En definitiva, la reforma ha afrontado y resuelto adecuadamente las cuestiones que nos habíamos planteado previamente y que constituían las claves del actual proceso de reformas estatutarias del Estado autonómico.



LAS POLÍTICAS DE EMPLEO E INMIGRACIÓN EN EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA.

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Sumario

- 1.El marco constitucional y los Estatutos de Autonomía. La doctrina del Tribunal Constitucional.**
- 2. El Modelo Emergente: Nuevos Estatutos de Autonomía. En especial: Tratamiento de las cuestiones relativas a la política de empleo y a la política de inmigración.**
 - 2.1. La política de empleo en el contexto del Estado Social Autonómico.
 - 2.2. Distribución de competencias en el ámbito material de la “Política de empleo”.
 - 2.3. Valoración jurídico-crítica respecto a la distribución de competencias en el ámbito de la política de empleo.
- 3. Distribución de Competencias en materia de política de inmigración.**
- 4. Una reflexión jurídico-crítica de conjunto.**
- 5. Bibliografía.**



1. El marco constitucional y los Estatutos de Autonomía. La doctrina del Tribunal Constitucional.

“...Existen formaciones políticas que ciertamente están sometidas al poder del Estado, sin disolverse totalmente en el Estado, que no son Estados, pero ofrecen los rudimentos de un Estado. Son los “Fragmentos de Estado””.

George Jellineck¹

Las materias relativas a las “políticas de empleo” y de “inmigración” están *vinculadas* al “Derecho Social del Trabajo” (que es, actualmente, algo más amplio que el Derecho

1 JELLINECK, G.: *Fragmentos de Estado*, Introducción de M.Herrero de Miñón, Madrid, Civitas,1981, pág.57.

Laboral). Pero el reparto constitucional de competencias Estado-CCAA no alude expresamente al “empleo” aunque sí a la “inmigración” en sentido estricto (art.149.1.2ª CE). Ello va a plantear problemas difícilmente eludibles.

El marco de referencia obligado para el tratamiento de esta materia es la comprensión del modelo constitucional de distribución territorial del poder político y jurídico, porque el modelo de distribución de ese poder “en lo social” no es sino un *precipitado* del modelo general diseñado en la Constitución.

Sin duda una de las innovaciones más significativas que realizara la Constitución Española de 1978 fue la construcción de un “Estado Autonómico”, como nuevo modelo de organización del poder público descentralizada territorialmente. Pero desde el principio los términos de aplicación concreta del Título VIII ha sido materia que se ha revelado de gran complejidad en el plano político y técnico-jurídico. Ha tenido que ser el Tribunal Constitucional el que –en el marco de un intenso debate doctrinal- haya precisado con carácter evolutivo la interpretación del grupo normativo regulador de la distribución de competencias en el Estado Social Autonómico.

Esa complejidad deriva de un conjunto de factores interrelacionados. Lo primero que es necesario destacar es la imprecisión de la redacción del Título VIII, que ha supuesto una multiplicidad de lecturas del sistema constitucional. Es lo cierto que parece ser que en gran medida se trata de una ambigüedad “calculada” en el proceso constituyente como exigencia de consenso político y de *textura abierta de la formulación constitucional* para dar una potencial cabida a legítimas opciones políticas de conformación del Estado autonómico. De manera que esa ambigüedad sería instrumental a la búsqueda del necesario consenso para la aceptación del texto constitucional.

De cualquier modo, es necesario superar toda lectura ingenua, porque se puede inquirir sobre el hecho de si es posible acaso que una materia como esta no sea conflictiva. Toda vez que afecta a los cimientos del Estado Autonómico que parte de la premisa de la existencia de diferentes núcleos de poder constituido. Aparte de que en las sociedades humanas no cabe la paz perpetua más allá de su desaparición. Existe aquí, necesariamente, una *apertura* hacia el conflicto regulativo. La pluralidad de centros de poder conduce a situaciones conflictivas, porque cada instancia (“centro”) de poder tiende no sólo a consolidar su espacio sino también a *ampliarlo* irremisiblemente. De ahí la tensión entre la unidad y la pluralidad y la tendencia hacia su articulación y composición dinámica entre esos dos elementos inherentes al bloque constitucional. Esa tensión de poderes coexistentes en un mismo espacio ha sido permanente en la experiencia de nuestro país y al tiempo ese imperfecto Título VIII de nuestra Carta Magna ha podido servir de marco de para la *transición* de un Estado autoritario centralizado hacia un modelo de Estado democrático descentralizado, que se sitúa en un punto intermedio entre el Estado regional y el Estado Federal (sin serlo en sentido técnico). Prueba de la flexibilidad del modelo constitucional ha sido el hecho de que se haya podido afrontar el actual proceso constituyente sin una previa reforma constitucional.



Interesa hacer notar el hecho de que en un sistema político democrático se reconozca la diversidad cultural y la existencia de “países” (“nacionalidades”) y “regiones” dentro de un mismo sistema político, en el sentido de Jellinek, que vincula la idea de país (y, en general a los que denomina significativamente “Fragmentos de Estado”²) con la existencia de comunidades diferenciadas que dan lugar a formaciones políticas dotadas de autonomía, no puede sino considerarse como un fenómeno positivo para la democratización del Estado. Ahora bien, admitido esto, el problema reside, en establecer la distribución de competencias y sus límites (la línea de demarcación competencial) para conjugar el hecho diferencial (país o región) con la exigencias de unidad y homogeneidad que imponen los valores fundamentales que también consagra el texto constitucional (igualdad, solidaridad y libertad real para todos en el cuadro de un sistema de Estado social pluralista -Estado democrático/social-, que es dónde realmente pueden tener juego). La Constitución tiene la fuerza jurídica suficiente como para aplicarse a uno de sus objetivos fundamentales como es la *transformación de la organización y de las estructuras del Estado*.

Todo ello permite comprender la importancia de acometer un estudio científico riguroso de la conformación de nuestro Estado autonómico en el actual proceso de redefinición constituyente autonómico en la dirección de una *ampliación del espacio de competencias regulativas (señaladamente en el ámbito sociolaboral)*. La línea de tendencia es sin duda el reforzamiento de un modelo de Estado complejo o compuesto, que se construye con base a la pluralidad efectivamente existente de *centros articulados de impulso político* en nuestro espacio geopolítico interno. En tal sentido el art.2 CE reconoce y garantiza el derecho de autonomía de las nacionalidades y regiones (“fragmentos de Estado”, en terminología de Jellinek) que integran la Nación Española. Dicho precepto acoge el fundamento político-jurídico en base al cual se ha de organizar el reparto territorial del poder, a saber: la solidaridad como principio unificador en la dialéctica unidad y autonomía. Ese derecho de autonomía se conjuga con el principio de unidad de la Nación que fundamenta el texto constitucional. En lo jurídico ello se traduce en la unidad jurídica (“cohesión formal”): se conforma un sistema jurídico complejo, que se concreta en una forma de *Estado plurilegislativo* en cuyo marco se produce una coexistencia articulada e integrada de diversos centros de producción normativa (Estado central y entidades políticas territoriales). La unidad lo es también desde un punto de vista jurídico-material (racionalidad jurídica de fondo o material), pues se ha de procurar la cohesión material en la Constitución con base a los principios de solidaridad e igualdad material (arts.1 y 9.2 CE). Es, en efecto, un sistema articulado e integrador porque el mismo texto constitucional diseña un cuadro de competencias (principio de competencia, como técnica jurídica del reparto funcional) y criterios de cohesión social (principio de solidaridad) y de coordinación internormativa dentro de un modelo de Estado autonómico necesariamente abierto (aunque sólo relativamente por la existencia de reglas de juego y el obligado respecto a un conjunto de valores fundamentales sobre los cuales se ha elaborado la Constitución). En este sentido la constitución –acto del poder Constituyente- refleja una *decisión política previa*³ sobre



2 JELLINECK, G.: *Fragments de Estado*, Introducción de M.Herrero de Miñón, Madrid, Civitas,1981

la organización de una comunidad política y de los valores fundamentales que la inspiran, donde adquiere una importancia extraordinaria el control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional. Es la Constitución el instrumento de decisión jurídico-político fundamental de organización de una determinada comunidad política. Pero la Constitución no es cualquier tipo de decisión fundamental es una decisión política que se orienta hacia *integración* (Smend) de la comunidad política reconociendo el pluralismo existente y la homogeneidad social (Heller)⁴. Preside la pluralidad de ordenamientos jurídicos (públicos y privados) y la conformación polisistémica interna del Ordenamiento jurídico del Estado autonómico.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica ello se traduce en una pluralidad de las fuentes de producción jurídica en el ordenamiento estatal, en el Estado Social Autonómico. Ese ordenamiento polisistémico realza la complejidad de la organización del poder público racionalizador (esa enorme maquinaria maxweberiana de racionalización). El Ordenamiento Jurídico que se crea en España con el desarrollo de las previsiones constitucionales se compone de dos subsistemas diferenciados, el estatal general y el territorial autonómico, que es también múltiple; ambos subsistemas se vinculan y articulan entorno al pilar de procedencia que representa la Constitución como centro de referencia de todo el sistema jurídico. Es el mismo texto constitucional el que establece distintos mecanismos de conexión entre las normas derivadas de los ordenamientos (centralizado y descentralizados). Es la Constitución el elemento unificador de ese ordenamiento polisistémico (Irti; Teubner; Arnaud). Ese carácter unificador se manifiesta en la articulación ordenamiento estatal-ordenamientos autonómicos a través de la instrumentación del principio de distribución competencial (principio de competencia), sobreañadido al principio de jerarquía normativas, y de la predisposición de típicas *reglas de conflicto*, esto es, criterios de solución y creación de un organismo especializado que entiende de la solución de los conflictos de competencia que se susciten (Tribunal Constitucional).

Es lo cierto que el grupo normativo regulador de la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas presenta arduos problemas de adaptación entre las ordenaciones normativas en el marco del Estado plurilegislativo. Ello hace necesario establecer mecanismos de cohesión e integración interna para evitar la ruptura de un Estado autonómico que podría devenir en unidades políticas y jurídicas inconexas y desestructuradas, con lo que fracasaría en la práctica el modelo de Estado autonómico abierto dibujado en la Constitución. Entre los distintos círculos de producción normativa se sitúa la Constitución, donde se aprecia la técnica de cohesión internormativa y de articulación sistémica que el propio Tribunal Constitucional ha venido denominando "bloque de constitucionalidad", noción ésta que contribuye a preservar la unidad del

3 Se ha advertido por Carl Schmitt que la Constitución es una decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política concreta. Véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, espec., págs.45 y sigs.

4 HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Est.prel., a cargo de J.L.Monereo, Granada, Ed.Comares, 2002; ID.: *Escritos políticos*, edición de A.López Pina, Madrid, Alianza, 1987.



sistema jurídico general. La dialéctica entre unidad y autonomía está funcionarizada a la realización de los principios constitucionales (artículos 2, 149.1.1 y 148.1 CE). El art.2 CE formula sintéticamente esa necesaria conciliación entre unidad-pluralismo autonómico (*unitas multiplex*), al establecer que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española..., y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. En la coyuntura actual se está intensificando el proceso de descentralización territorial del poder, y no sólo por la “presión” de las unidades políticas territoriales, sino también como proceso de adaptación estructural y funcional a las condiciones creadas por la mayor complejidad de gobierno político y regulación jurídica que presentan las sociedades postmodernas. La complejidad inherente a las relaciones sociolaborales parecería poder afrontarse (“reducirse”) mejor a través de una descentralización territorial (“local” en sentido amplio) del poder. Este proceso supone la descentralización de los lugares de toma de decisión jurídica y política en el seno de una misma nación soberana aglutinante basada en el principio de solidaridad frente a una posible fragmentación de la soberanía en el Estado autonómico. Supone la existencia de una policentralidad que remite a la multiplicidad de centros de decisión jurídica y política en un determinado sistema jurídico (un pluralismo de poderes territoriales en la producción normativa de naturaleza sociolaboral). Preside aquí una racionalidad plural y compleja, que exige técnicas flexibles para ordenar lo múltiple (pluralismo jurídico interno ordenado) sin pretender buscar una monocentralidad –inevitablemente perdida ante el agotamiento de un orden piramidal- que suponga una artificiosa simplificación de un orden único. Ello obliga a tomar en consideración el hecho de que el Derecho estatal es complejo internamente (Estado Autonómico) y que ha de coexistir, ateniendo a esa complejidad interna, con el Derecho de la Unión Europea que le enmarca en gran medida y le penetra fuertemente.

Esa distribución de competencias normativas efectuada por el texto constitucional encuentra su proyección específica en el sistema normativo sociolaboral por el instaurado (“construido”). Dentro del grupo normativo regulador, corresponde al art. 149.1.7ª el campo de acción normativa del Estado, al disponer que este tiene competencia exclusiva sobre *la legislación laboral*, sin perjuicio de su *ejecución* por los órganos competentes de las CCAA. La legislación reservada al Estado es comprensiva de la ley y el reglamento de desarrollo, con pretensión de tratamiento uniforme (“bloque de legalidad”) (SSTCo. 69/1988, de 19 de abril, 80/1988, de 28 de abril, etcétera). De este modo, el criterio de unidad normativa en relación a toda esta materia social queda abstractamente garantizado. Es así que en la lectura usual de dicho precepto las CCAA *no tienen, en principio, competencias normativas sustantivas a estos efectos*.

Es manifiesto que a esta conclusión asentada en la comunidad jurídica se llega con base a una determinada interpretación de los términos “sin perjuicio de la ejecución por las CCAA”. Esta frase ha concitado diversas lecturas interpretativas; un debate formalmente cerrado por la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque en ciertos aspectos se puede decir que en falso y con no pocas zonas de ambigüedad interpretativa. La que aporta es una interpretación marcada ciertamente por una *precomprensión de sentido del término*



“ejecución” en relación con la legislación estatal, porque no está explicitada en el propio texto constitucional (el término “ejecución” es un típico concepto jurídico indeterminado). Es lo cierto que el TC se pronunció, como es sabido, indicando que el término “ejecución” *no significa normativa reglamentaria ejecutiva*; que el poder reglamentario quedaba subsumido en el llamado “Bloque de legalidad”, competencia del Estado, y que por consiguiente ejecución supone una competencia mínima; a saber: aplicación, vigilancia y control de aplicación de la legislación estatal (integrada por la Ley y su desarrollo reglamentario de ejecución *normativa “ad extra”* no meramente organizativo *“ad intra”* de la Administración actuante; queda fuera del bloque de legalidad los reglamentos administrativos *“internos”* o *“Ad intra”*). Esta interpretación estricta fue la que prevaleció en la reiterada doctrina del TC (la establecida por la STCo 18/1982 y las muchas que le sucedieron en sentido análogo). Con esa doctrina, las CCAA no pueden dictar reglamentos de ejecución o desarrollo normativo, pero sí reglamentos meramente organizativos.

Depurando la distribución competencia en materia “laboral”, cabe decir que el TC ha entendido la expresión “legislación laboral” en un sentido jurídico-material, de manera el carácter laboral de una regulación es lo que determina la competencia del Estado, y no el título de una determinada Ley. Por su parte, el término “laboral” ha sido objeto de una interpretación estricta, en el sentido de que “lo laboral” será toda aquella materia que incida sobre las relaciones de trabajo asalariado o trabajo por cuenta ajena y dependiente; con exclusión de otros modos de trabajar profesionalmente (trabajo autónomo o por cuenta propia y trabajo semi-autónomo o “parasubordinado”) (SSTCo 39/1982, 76/1986, 360/1993). Es así que el Estado ostenta una competencia normativa *completa y única* en el plano sustantivo, pero compartida desde el punto de vista de la “ejecución” (STCo. 195/1996); pero sólo respecto de todo lo que afecte directamente al “trabajo asalariado”, quedando fuera la regulación sustantiva iuslaboral del trabajo autónomo en sus distintas formas. No se olvide, por lo pronto, que a través de la competencia autonómica en materia de política de empleo las CCAA pueden regular materias conexas como el trabajo cooperativo y la formación profesional (SSTCo. 48/1985, 88/1989). Lo cual deriva, entre otras cosas, de la interrelación de la materia de empleo con la política económica (art.40 y 149.1.13 CE, art.1 LE). El carácter exclusivo refleja la opción de política constitucional por un modelo unificante o unificador del núcleo fundamental de las garantías de los valores superiores garantizados en la Constitución. Pero el modelo de distribución del poder territorial en el campo sociolaboral no es centralista, sino mixto y descentralizado donde se combina centralización-descentralización, con la preeminencia del elemento centralizador en materias esenciales para la política pública sociolaboral. El art.149.1.7 CE (que enlaza sistemática y teleológicamente con el art.149.1.1 CE) enuncia típicamente una competencia compartida en sentido “débil” para las CCAA (“ejecución”); y, viceversa “fuerte” para el Estado (exclusiva de “legislación”). Este *sistema organizativo del poder está funcionalizado a conseguir la unidad del mercado de trabajo y de su estatuto jurídico regulador general* (un mercado “normalizado”, es decir, altamente juridificado).

Con todo, a las CCAA se les ha atribuido competencias de ejecución a través de transferencias (Reales Decretos), una vez que esa asunción estaba prevista en los correspondientes Estatutos de Autonomía. También se han establecido “Convenios de



Colaboración” a estos fines entre el Estado y las CCAA. Es lo cierto que en el desarrollo del proceso de transferencias de ejecución de las CCAA ha adquirido una extraordinaria envergadura, hasta tal punto es así que la aplicación práctica de las normas laborales no puede ser comprendida correctamente sin tener en cuenta el grupo normativo realmente operativo que forman el entramado de normas laborales estatales y las multiplicidad de normas autonómicas de “ejecución”, las cuales no siempre se atienen a una concepción estricta de la competencia “ejecutiva”.

Se podría concluir de lo dicho que atendiendo a este desarrollo del marco competencial la “legislación laboral” (SSTCo. 86/1991, de 25 abril, 249/1988, de 20 diciembre y 360/1993, de 3 diciembre) y la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social” (vid. SSTCo. 69/1988 19 abril, y 149/1991, 4 de julio)⁵ en cuanto integran la disciplina estatal marco para la ordenación del sistema de relaciones laborales y de seguridad social *deben predicarse uniformemente en lo esencial o básico (vale decir, coherentemente y en un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional)* para todo el Estado Autonómico y dentro de una lógica globalizadora del sistema público de protección social en su conjunto, atendiendo a las exigencias de política del Derecho igualitarias y solidarias en el Estado social. La *unidad en la diversidad* no obedece a razones técnicas, sino esencialmente políticas (Políticas de igualdad y solidaridad). De ahí que se trate de una opción de política constitucional. Pero ya el sistema público de protección social está diversificado internamente en el texto constitucional (asistencia social y servicios sociales atribuida como competencia exclusiva de las CCAA ex art.148.1.20^a CE; aparte de la misma Constitución *garantiza* institucionalmente (aunque como competencia implícita pero originaria, que es lectura más coherente desde el punto de vista de la lógica interna ex art.149.1.17^a CE) un espacio de legislación *no* básica autonómica ex art.149.1.17^a CE y su necesaria limitación por el juego del art.149.1.1^a CE, el cual actúa como punto de conexión y de referencia en la coordinación entre el bloque estatal de legislación básica y el bloque autonómico de legislación no básica; una vinculación presidida por la atención al interés general del Estado autonómico)⁶. Aquí el constituyente separa dentro de las potestades legislativas en esta materia la



5 Sobre el alcance de esta competencia exclusiva, y señaladamente, respecto del régimen económico de la Seguridad Social, puede consultarse el completo estudio, SUÁREZ CORUJO, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Prólogo de L.E. de la Villa, Madrid, Iustel, 2006, págs. 31 y sigs. Para el autor la intervención autonómica no se reduce al ámbito de la legislación básica por dos razones fundamentales: por un lado, la constatación efectiva de que algunos Estatutos de Autonomía asumen competencias sobre la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, y, por otro, la asunción de una determina forma de entender la concepción unitaria del sistema, abogando por una interpretación necesaria de los principios de unidad de caja (o de caja única) y de solidaridad financiera (Ibid., págs.39 y sigs.). En todo caso conviene señalar que en el plano jurídico-formal (de la sistemática constitucional) el régimen económico ex art.149.1.17 CE reserva una competencia exclusiva estatal que supondría una suerte de monopolio absoluto, es decir, comprensivo de la legislación básica y no básica. Cuestión distinta, ciertamente, es la operatividad práctica y real de ese “monopolio” estatal como pretendidamente identificable con “caja única del Estado”.

6 El nuevo Estatuto de Cataluña (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio), atribuye a la Generalitat como “competencia compartida” “el desarrollo y la ejecución de la legislación estatal, excepto las normas que configuran el régimen económico”. Con ello ocupa el espacio permitido por la Constitución de dictar una legislación no básica o de desarrollo legislativo autonómico de la legislación básica estatal.

competencia para dictar legislación básica, de aquella que supone tan sólo el desarrollo de la misma a nivel legislativo “no básico” (desde el punto de vista técnico cabe hablar aquí más que de competencias compartidas estrictas del grado más incisivo consistente en “*competencias concurrentes*” en sentido débil, aunque esta expresión ha podido dar lugar en esta sede a equívocos innecesarios⁷). La noción de legislación “básica” remite a la idea de un común denominador normativo, que permite establecer un marco general a partir del cual las CCAA pueden ejercitar sus competencias respetando el interés general⁸. En este esquema de competencia concurrente el Estado establece la regulación jurídica común –bases– para todas las CCAA, correspondiendo a éstas su desarrollo legislativo y ejecución. En este sentido las CCAA a través de la competencia concurrente de legislación no básica, y con aplicación exclusiva al ámbito específico de Comunidad Autónoma, pueden proceder a mejorar la acción protectora dispensada por la legislación básica (y mínima a estos efectos desde el punto de vista jurídico-material) estatal. Con todo, las CCAA pueden articular distintas políticas propias de Seguridad y de protección, dejando a salvo el núcleo básico común representado por la legislación básica estatal (cfr. STCo 239/2002). De este modo en lo que se refiere a las materias de competencia concurrente el propio texto constitucional parte de la posible creación de un *espacio regulador no uniforme* respecto de la acción normativa de las CCAA; lo que en sí supone aceptar la lógica inherente al pluralismo de subsistemas jurídicos autonómicos. En este sentido el TC había declarado que “la fijación de las bases no puede implicar en ningún caso, el establecimiento de un régimen uniforme, sino que debe permitir opciones diversas” (STCo. 48/1988, de 22 de marzo, fj.14).

Esquemáticamente se puede decir que las CCAA tienen atribuidas competencias de legislación no básica o de desarrollo normativo y de ejecución (art.149.1.17 CE). También ostentan competencias exclusivas sobre un ámbito de “Asistencia social” basada ésta en técnicas de ayuda y no de previsión social (art.148.1.20 CE). Pero ello no entraña una reserva autonómica de todo “lo asistencial”, porque en el art.41 CE debe integrarse un nivel asistencial que opera con técnicas integradas propias de una Seguridad Social renovada (“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la *asistencia* y prestaciones sociales suficientes ante *situaciones de necesidad...*”), aunque ciertamente la garantía constitucional del sistema de Seguridad Social es compatible con la admisión constitucional de diversos modelos de organización de la protección pública (STCo. 206/1997, de 27 de noviembre). La Seguridad Social contemporánea no es tan sólo una técnica de previsión (un sistema de seguros sociales evolucionados), pues presenta también un componente o dimensión asistencial (véase STCo.146/1986, de 25 de noviembre, que subraya que la redacción del

7 En las competencias concurrentes implican que lo que se separa en una determinada materia es la competencia de dictar legislación básica de la que implica solo el desarrollo legislativo no básico de la misma. Véase AJA,E.: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Balance y perspectivas”, en Revista del CEC, núm4 (1989), págs.233 y sigs.; ID.: “El concepto de competencia concurrente. La legislación básica del Estado y de desarrollo de las Comunidades Autónomas”, en VVAA.: Normativa básica en el Ordenamiento Jurídico español, A.Pérez Calvo (Coord.), Madrid, INAP, 1990.

8 SSTCo. 48 y 49/1988, de 22 de marzo, 69/1988, de 19 de abril, 182/1988, de 13 de octubre, 227/1988, de 29 de noviembre y 248/1988, de 20 de diciembre.



art.148.1.20 CE y la asunción efectiva de competencias de las CCAA, *no impide que existan y puedan seguir existiendo políticas de asistencia social que excedan del ámbito de las CCAA referidas al Estado autonómico en su conjunto*). Lo cual resulta tanto más expresivo por la proliferación de mecanismos expansivos de la Seguridad Social con la incorporación (y dentro de su evolución hacia un sistema más complejo de protección social pública) en su propio “campo específico” de los niveles prestacionales no contributivos (cuya base constitutiva continúa siendo, doblemente, la *técnica* de ayuda y la *orientación finalista* hacia atención preferente a la situación objetiva de necesidad).

En este sentido parece que desde el propio texto constitucional se puede avanzar en la *construcción de un (1º) modelo integrado de protección social pública en el Estado Autonómico*, con base a un (2º) modelo de reparto del poder político, que lejos de poder ser calificado como centralizador, se acerque a las *técnicas cooperativas descentralizadas de organización del espacio político-legislativo (de federalismo cooperativo débil)*; basado más que en la lucha por las competencias exclusivas en una más positiva coordinación y cooperación permanente por parte de los poderes autonómico y central⁹. Es manifiesto que la consolidación e intensificación del Estado Autonómico traza una posible *tendencia federalizante, en la línea del federalismo cooperativo del modelo de Estado compuesto descentralizado*¹⁰. El Estado se conforma como un Estado plurilegislativo, dónde el poder legislativo se distribuye entre las distintas Unidades Territoriales cuya legitimidad está constitucionalizada. En esta dirección, un examen atento y detenido de los artículos 149.1 (7ª legislación laboral; y 17ª legislación de seguridad social) y del art.148.1 (20ª Asistencia), muy lejos de una primera lectura superficial y aparente, pone de relieve, que con mayor o menor intensidad, contienen auténticas *competencias compartidas* (o, incluso en algún caso “concurrentes” en sentido débil, esto es, de legislación “no básica”) por el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la política de protección social; es decir, respecto a las materias laboral y de seguridad social y otras técnicas públicas de protección social.

Decir, por último, que el *sistema de distribución de competencias “en lo social” (y en general) es abierto y flexible* y no comprensible (inteligible) bajo un esquema de *racionalización formalista* que pretenda “cerrar” el tema mediante una formulación vacía y estática (propia del temor maxweberiano de la “jaula de hierro” derivada del proceso de racionalización, el cual impediría todo espacio de apertura del Derecho a la vida en continua transformación). *El sistema distributivo de nuestro Estado Autonómico es complejo y abierto, y creo que es mejor que sea así* frente a cualquier intento artificioso encaminado a implantar una “coherencia” forzada de carácter puramente “explicativo” (esto es, en términos de afirmar la necesaria coherencia y uniformidad para que todo el edificio construido funcione bien) y de carácter no discursivo. Hay que apartarse de esa “lógica explicativa” propia del funcionalismo estructural.

9 Véase LÓPEZ LÓPEZ,J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Madrid, Marcial Pons, 1993.

10 Véase RUIZ-HUERTA CARBONELL,A.: *Constitución y legislación autonómica*, Madrid, Editorial Ibidem, 1995, pág.17.



En la actual coyuntura se asiste a una expansión de las competencias en materia sociolaboral de las CCAA, lo cual se refleja en el nuevo proceso autonómico. Se está nuevamente ante una etapa de fuerte tensión entre poder unificante (principio de unidad) y poderes de diversificación (principio de autonomía). Este proceso constituyente estatutario pone a prueba el margen de flexibilidad del vigente modelo constitucional y se plantearán problemas de constitucionalidad. Esto se ha verificado ya en toda la tramitación de los nuevos Estatutos de Autonomía: Cataluña, Valencia y Andalucía. En ellos se produce una ampliación de competencias a menudo “oculta” bajo el velo de una calculada ambigüedad en la redacción de numerosos preceptos. En este sentido resulta expresivo, y paradigmático, el Estatuto Catalán (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de Julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; BOE núm.172 de 20/07/2006), el cual dispone que en materia social y económica que “Los poderes públicos deben adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos laborales y sindicales de los trabajadores, deben impulsar y deben promover su participación en las empresas y las políticas de ocupación plena, de fomento de la estabilidad laboral, de formación de las personas trabajadoras, de prevención de riesgos laborales, de seguridad e higiene en el trabajo, de creación de unas condiciones dignas en el puesto de trabajo, de no discriminación por razón de género y de garantía del descanso necesario y vacaciones retribuidas”. Por otra parte, “La Generalidad debe promover la *creación de un espacio catalán de relaciones laborales* establecido en función de la realidad productiva y empresarial específica de Cataluña y de sus agentes sociales” (art.45). Pero, obsérvese que el art.25.4 dispone también que “Los derechos y principios de presente Título no supondrán una alternativa del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España”. El art.138.2 dispone, en materia de *inmigración* que “corresponde a la Generalitat la competencia *ejecutiva* en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esa competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye...”. Por cierto el Proyecto de Estatuto de Andalucía sí contenía una regulación análoga, la cual se mantuvo en el curso de la tramitación parlamentaria¹¹; art.62.1.b) Estatuto de Autonomía, versión definitiva). No es cuestión controvertida el que las CCAA tengan competencia de ejecución en materia de inmigración, como se verá después. Es sin embargo problemático el art.136.c) del Estatuto de Cataluña, a cuyo tenor corresponde a la Generalitat, en materia de “función pública”, respetando el principio de autonomía local: “La competencia *exclusiva, en materia de personal laboral*, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal”. Esto es materia laboral, aunque sea a estos fines más limitados, por lo que no parece que sea correcto atribuir una competencia “exclusiva”.

11 “Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía”, 7-06/PPPL-000001, Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, núm.374, Andalucía, 9 de febrero de 2006, y la versión definitiva, texto aprobado por las Cortes Generales, en sesión plenaria celebrada el día 20 de diciembre de 2006.

Aspecto relevante del nuevo proceso constituyente es la inclusión en los Estatutos de Autonomía de las “*Cartas Autonómicas*” de derechos, con especial referencia a los derechos sociales¹². Es de significar que no se trata tanto de cartas homologables a la establecida en la Constitución española en su parte dogmática, como más bien equiparables a las “*Cartas de derechos sociales*” de los textos europeos, con una fuerza jurídica debilitada y en algún caso desprovistas de toda fuerza normativa directa (es éste el caso extremo, por ejemplo, de la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de la Unión Europea, que carece incluso de toda fuerza normativa). Por lo pronto, es de señalar que no estamos ante nada parecido a un texto de valor constitucional en sentido estrictamente técnico-jurídico (aunque los Estatutos de Autonomía cumplen funciones constituyentes del Estado Autonómico y de complementación del texto constitucional). Su existencia es un dato sin duda positivo, especialmente si permite una concreción y aplicación efectiva de los derechos sociales, pero hay que añadir inmediatamente que su valor jurídico es relativo. No parece que, en general, sus preceptos tengan fuerza normativa directa. De ahí su carácter meramente declarativo, porque el derecho vale lo que valen sus garantías de efectividad. Aparte de ello, los nuevos Estatutos de Autonomía contienen normas concretas, de carácter programático, que acumulan declaraciones de derechos de los ciudadanos, cuyo valor jurídico también es “débil”. Cabe hablar aquí de un *garantismo débil o debilitado* (que no debe confundirse con garantismo de mínimos), que se contrapone al garantismo “fuerte”, el cual significa primariamente garantía normativa que se traduce en un vínculo fuerte al legislador (en este caso autonómico) en sus contenidos. Estos nuevos textos se limitan a proclamar valores y derechos y, en particular, derechos sociales: existe una diferencia básica entre proclamar y garantizar. El problema es que en muchos casos las CCAA no tendrán competencias suficientes para garantizarlos. Su fuerza “jurídica” será más “declarativa” (y reiterativa en gran parte, aunque en algunos casos introducen innovaciones en el catálogo realmente significativas, como, por ejemplo, rentas de ciudadanía, protección jurídica en situaciones de dependencia, etc.) que verdaderamente constitutiva¹³. De manera, que en su mayor parte la carta estatutaria de derechos no será el instrumento jurídico propiamente garante sino que, y en lo que corresponda, su garantismo jurídico vendrá dado por el sistema de garantías consagrado ya en la Carta Magna constitucional. ¿Son por ello del todo inútiles? No parece que haya de llegarse a tanto en esa valoración crítica, porque al menos esa declaración de derechos autonómica parece querer ser un *impulso político-jurídico para que tales derechos tengan una realidad o praxis efectiva dentro del ámbito efectivo de la cada Comunidad Autónoma de referencia. En este sentido puede acaso tener el valor de un refuerzo político-jurídico del sistema general de garantías constitucionales (él cual si integra una forma de “constitución fuerte”, con fuerza vinculante bilateral y con procedimientos específicos de*



12 Véase Estatuto de Cataluña, Título I, Capítulo I, arts.15 y sigs.; Estatuto de la Comunidad Valenciana, Título II, arts.8 y sigs.; Estatuto de Andalucía, Título, arts.12 y sigs.

13 Sobre la diferencia básica entre “proclamación” y “garantía” jurídico-institucional de los derechos sociales fundamentales, me permito remitir a mi ensayo “Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (y II)”, en REDT, núm. 57 (1993), espec., págs.65 y sigs. También desde la teoría del garantismo jurídico en una perspectiva general, véase FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995.

tutela jurisdiccional). Es, en cualquier caso, un modo complementario, y no sustitutivo, de búsqueda de la efectividad del Estado Social Autonómico.

En todo caso, aparte de las insuficiencias en la técnica de garantía, es muy criticable la deficitaria técnica de reconocimiento (v.gr., mezcla de “objetivos”, “derechos” y de “principios”) y el carácter asistemático y poco ordenado de las declaraciones autonómicas de derechos, como es fácilmente verificable con tan sólo una atenta mirada a los catálogos de derechos contenido en los nuevos Estatutos de Autonomía¹⁴. No obstante, es manifiesto que en ese valor jurídico va a influir el sistema de garantías previsto para los “derechos estatutarios” y, en relación a ello, los propios límites del marco de competencias autonómicas, entre otras cuestiones porque sobre todo en materia de derechos de contenido sociolaboral es práctica generalizada la remisión a las leyes autonómicas que los desarrollen (Es obvio que esto será posible si es competencia de la Comunidad Autónoma y según la intensidad de esa competencia compartida, concurrente y exclusiva; su resultado es que en numerosos casos o no tendrán competencia, o cuando esta sea débil –ejecución- entonces lo que contará será la garantía constitucional y legal estatal general, salvo que estemos ante una competencia de legislación no básica o más aún exclusiva autonómica, en cuyo caso se estará ante una posible garantía infraestatutaria a través de la legislación autonómica). En este sentido el Estatuto Catalán dedica un Capítulo IV a la “garantía de los derechos estatutarios”, el cual entre otras garantías prevé: que “los derechos reconocidos por los capítulos I, II y III del presente Título vinculan a todos los poderes públicos de Cataluña y, de acuerdo con la naturaleza de cada derecho, a los particulares. Las disposiciones dictadas por los poderes públicos de Cataluña deben respetar estos derechos y deben interpretarse y aplicarse en el sentido más favorable para su plena efectividad” (art.37.1). Por otra parte, se establece que “el Parlamento *debe* [reténgase que es un imperativo categórico] aprobar por ley la *Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña* (art.37.2), será este texto legal, y con los límites competenciales autonómicos, el que materialice la efectiva garantía jurídico-positiva de los derechos formulados en la parte dogmática –o de modo extrasistemático- del Estatuto de Autonomía. Pero al mismo tiempo se deja sentado que: “los derechos y principios del presente Título *no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes*”. Formalmente es esta una “norma de cierre” del marco competencial estatutario que pone límites explícitos a una posible extralimitación de las fronteras establecidas entre los espacios de poder regulador trazados entre el Estado central y las CCAA. Pero el posible desbordamiento de estas “reglas de juego” preestablecidas es el campo genuino de la apertura de zonas de conflicto de competencias. En dicho Estatuto se añade seguidamente, como resulta manifiesto, que “ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España” (art.37.4). Lo que más allá

14 Insiste en ello el excelente ensayo de MOLINA NAVARRETE, C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las “materias de “empleo”, “trabajo” y “protección social””, en CEF-Trabajo y Seguridad Social, núm.283 (2006), págs.53 y sigs., en particular págs.68 y sigs.



de la descripción no añade nada sustancialmente nuevo respecto de la cláusula o canon hermenéutico del art.10.2 de la CE¹⁵, que *en sí mismo se proyecta sobre todos los Estatutos de Autonomía*. Además es de realzar que se crea un organismo específico de tutela: por un lado, los derechos reconocidos por los capítulos I, II y III del presente Título y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña son tutelados por el Consejo de Garantías Estatutarias, de acuerdo con lo establecido por el art.76.2.b) y c); y, por otro, los actos que vulneren los derechos reconocidos por los capítulos I, II y III del presente Título y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña serán objeto de recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de acuerdo con los procedimientos establecidos en las leyes (art.38).

En una perspectiva distinta, a propósito de los principios rectores de carácter sociolaboral, se imponen en el Estatuto de Cataluña una *obligación promocional y un deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de los trabajadores* (Cap. V, “Principios rectores”, espec., arts. 42 y 45). También el Estatuto de la Comunidad Valenciana impone la elaboración de la Carta de Derechos Sociales de la Comunidad Valenciana (art.10.2), y con gran realismo dispone que “la Generalitat, en el marco de sus competencias y mediante su organización jurídica, promoverá las condiciones necesarias para que los derechos sociales de los ciudadanos valencianos y de los grupos y colectivos en que se integren sean objeto de una aplicación real y efectiva” (art.10.4).

Se ha de reconocer que en este plano de la política de empleo en sentido tan sólo relativamente amplio (pues en ningún caso puede abarcar, por ejemplo, la protección por desempleo de la Seguridad Social ex art.41 CE y arts.203 y sigs. de la LGSS, que está comprendida en la política de empleo en sentido amplio conforme a la definición y delimitación legal efectuada por la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo¹⁶)



15 Conforme a dicho precepto constitucional “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Para la determinación específica y operativa de esa virtualidad hermenéutica ex art.10.2 CE del sentido y alcance de las normas constitucionales sobre derechos “fundamentales” (en el sentido amplio de este término), consúltese la doctrina de la jurisprudencia constitucional establecida las SSTCo. 78/1982, 84/1989 y 139/1989, entre otras.

16 Según el art.1 LE, “la política de empleo es 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”. Pero respecto a la protección de las situaciones de desempleo pueden asumir facultades de dictar legislación no básica ex art.149.17ª CE, y por tanto al amparo de la competencia de legislación de Seguridad Social no básica. Por cierto, el art.2.e) LE incluye entre los objetivos generales de la política de empleo: “Mantener la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio estatal, teniendo en cuenta las características específicas y diversas de los diferentes territorios y promoviendo la corrección de los desequilibrios territoriales y sociales”. Véase, en una perspectiva de conjunto, MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario a los artículos 35.1 y 40 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo/Molina/Moreno (dirs.), Granada, Editorial Comares, 2002; y GARCÍA GIL, Mª.B.: *Los Instrumentos Jurídicos de la Política de Empleo*, Pamplona, Tromson-Aranzadi, 2006.

las CCAA asumen competencias compartidas o exclusivas. Pero es de significar que dentro del campo de la política de empleo se comprende todo lo relativo a las llamadas políticas activas de empleo y las distintas acciones de formación profesional (cfr. arts.2 y capítulos II y III del Título II). Es manifiesto que el *carácter transversal y horizontal* de toda la amplísima materia comprendida dentro de la “política de empleo” sobrepasa los límites de un único título de habilitación competencial. Esto es obvio si se toma en consideración las materias ya aludidas de las políticas activas de empleo y la formación profesional o la política de protección de Seguridad Social de las situaciones de desempleo¹⁷. Los Estatutos de Cataluña y Andalucía pueden, así, acoger, por ejemplo, competencias relativas a las políticas activas de ocupación, incluyendo la intermediación laboral, y las materias concernientes a las cualificaciones profesionales en el ámbito específico de la respectiva Comunidad Autónoma, aunque podrían ir más allá del campo estricto de estas materias concernientes a las políticas de empleo (como la formación de los demandantes de ocupación y de los trabajadores en activo –STCo. 190/2002-, la gestión de las subvenciones públicas y lo relativo a la participación en la formación que supere el ámbito espacial de la Comunidad). Otras de las materias vinculadas a las políticas de empleo y que no inciden en el régimen jurídico del trabajo asalariado o por cuenta ajena es el del *autoempleo* en su dimensión individual (fomento del trabajo individual autónomo) y colectiva (fomento de la economía social)¹⁸. Sobre ella puede desplegarse con plena lógica jurídica las competencias sustantivas de las CCAA.



2. El Modelo Emergente: Nuevos Estatutos de Autonomía. En especial: Tratamiento de las cuestiones relativas a la política de empleo y a la política de inmigración.

Dos consideraciones preliminares deben hacerse respecto a la regulación autonómica de estas materias. Por un lado, la amplitud del tratamiento estatutario de los principios y derechos sociolaborales. Por otro, que una de las críticas que razonablemente se puede hacer al tratamiento en los Estatutos de Autonomía de toda materia relativa a la política de empleo e inmigración es su falta de precisión –ambigüedades difícilmente justificables- y sus carencias en lo que se refiere a la sistematización técnica. Presenta deficiencias de técnica legislativa en el modo de reconocimiento o proclamación.

17 Molina Navarrete ha señalado como exponente expresivo de ello el que la formación profesional tenga una regulación específica como la LO 5/2002, vinculada al título de Educación, diferenciado del marco de ordenación jurídica general de las políticas de empleo (la Ley 56/2003). Cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las “materias de “empleo”, “trabajo” y “protección social””, en CEF-Trabajo y Seguridad Social, núm.283 (2006), págs.53 y sigs.

18 Sobre ello puede consultarse CEREZO MARISCAL, J.M.y RUIZ CIRIZA, J.J.: *Los “falsos autónomos”. Normas y prácticas*, Jaén, Fundación Eurolingua, 2004.

2.1. La política de empleo en el contexto del Estado Social Autonómico.

El punto de partida remite a la necesidad de acotar la noción de política de empleo. La indagación siempre reflejará el carácter multívoco y transversal de las políticas de empleo, como ya se infiere del mismo art.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (“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” (El art.2 LE establece, a su vez, de forma algo confusa y reiterativa, los objetivos perseguidos por esta política). Por otra parte, la noción amplia es evidente si se atiende a varios elementos de comprensión: 1º) Los cuatro pilares de la política comunitaria de empleo –inserción ocupacional, fomento del espíritu de empresa, flexibilidad e igualdad de oportunidades-. 2º) La misma LE adoptará un concepto muy amplio de políticas *activas*: “el conjunto de todos los 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 adaptar la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social” (art.23.1 LE). La políticas activas de empleo pueden ordenarse del siguiente modo: (a) Las políticas de intermediación o colocación; (b) las políticas de fomento que son todas aquellas que promueven bien la contratación de trabajadores, especialmente de aquellos colectivos con menores oportunidades en el mercado de económico de trabajo, bien la inserción mediante la facilitación de un proyecto empresarial propio –política de fomento del autoempleo, individual o colectivo (relaciones de trabajo en empresas de economía social: sociedades laborales, cooperativas de trabajo asociado, empresas de inserción). (c) La política de formación profesional. Tras la LO 5/2002 esta política representa un complejísimo sistema normativo e institucional integrado para facilitar la conciliación de diferentes situaciones del trabajador respecto a la relación de empleo (la educación previa –formación reglada-; la de búsqueda de empleo –formación ocupacional-; la de madurez laboral –formación permanente. (d) Las políticas de flexibilidad de la gestión de las relaciones de personal, que se identifican de pleno con el eje de las reformas de la legislación laboral. (e) Las políticas de reparto de empleo (que persiguen una regulación de la demanda de empleo en atención a factores como la edad –retraso o adelanto de la edad mínima y máxima de acceso al mercado-, el tiempo de trabajo –reducción de la jornada, empleo a tiempo compartido-, las pautas de vida activa -activación de las prestaciones de desempleo para que incentiven la búsqueda de empleo; conciliación de la vida laboral y familiar-, la nacionalidad –políticas *migratorias*-). (f) Como aspecto transversal de todas ellas está la preocupación por garantizar el Principio de Igualdad y Prohibición de toda forma de Discriminación (arts.9.2 y 17 ET; Cap. III, Título II, de la Ley 62/2003, 30.12, LMFAOS, que lleva a cabo la transposición para le ordenamiento de la Directiva 2000/78 y la Directiva 2000/43/CE, Directiva 73/2002/CE. Asimismo aparece como uno de los objetivos generales de la política de empleo recogidos en el art.2 de la LE.



La ordenación normativa que debe hacer frente al problema de crear “empleo” –o de lucha contra el “desempleo”–, si quiere ser eficaz, debe atender a la multiplicidad de causas y a la diversidad de consecuencias, todas ellas nocivas, que tiene las cifras abultadas de parados, lo que supondrá, entre otras cosas, un reparto de competencias político-normativas mucho más complejo que el analizado en relación a la política “laboral”, resuelto con el “fácil” esquema dual: exclusividad legislativa para el Estado Central, exclusividad ejecutiva para las CCAA. Quizás de manera un tanto simplista el TC viene incluyendo la “Política de empleo” dentro del art.149. 1.7ª CE, pero la realidad evidencia una situación bien diferente.

Uno de los problemas originarios que ha desvirtuado e incluso tergiversado en gran medida la interpretación del grupo normativo constitucional regulador de la distribución de competencias en el Estado autonómico ha sido el de su inexacta ubicación sistemática. En efecto, pese a que la Constitución no incluye nominativamente el “empleo” en ningún título competencial específico, y aún constatado el carácter netamente horizontal, o incluso transversal de estas políticas, desde la STCo. 195/1996 se ha entendido incluido en el título del art. 149.1.7ª CE. No obstante, esa ubicación transversal es en realidad predicable respecto del propio Derecho del Empleo en el cual cristaliza, desde el punto de vista científico jurídico, dicho ámbito de políticas públicas.

Desconociendo ese carácter multifacético de la política de empleo, se ha tendido a afirmar la “laboralidad” a efectos competenciales de la materia concerniente a la “formación profesional continua”, porque afectaría a la regulación de un derecho específico de los trabajadores asalariados en el marco de la relación jurídico-laboral (SSTCo. 95/2002, 230/2003; 195/1996). Con ese encuadramiento en la sistemática constitucional las CCAA sólo pueden ostentar competencias de ejecución y las de carácter instrumental a ella vinculadas (organización administrativa, dictando reglamentos internos o “ad intra”, y gestión de los fondos económicos adscritos a dichos fines formativos; STCo 95/2002). De manera que las CCAA no ostentan competencias propias de legislación no básica. No hay concurrencia de legislaciones sustantivas, sino simple diversificación autonómica en el ámbito de la ejecución meramente administrativa y gestora de la legislación estatal. No es de extrañar que los Estatutos de Autonomía hayan venido a abordar esta materia conformando tan sólo una *modulación en el campo específico de la ejecución de la ordenación estatal de las materias laborales*.

Con base en el *título de ejecución ex art.149.1.7ª CE*, los Estatutos de Autonomía han abordado la amplia materia acotada bajo la rúbrica de las “políticas activas de empleo”, entrando en la regulación de medidas de fomento del empleo (fomento de la contratación laboral, fomento del autoempleo, subvenciones a la contratación de trabajadores, etc.). Pero hay otros títulos competenciales vinculados a la política económica y de empleo que permiten que las CCAA regulen materias de carácter sociolaboral o conexas a ellas sobrepasando la simple función de ejecución de la legislación estatal. Es el caso significativo de las previsiones contenidas en los artículos 148.1.13ª (competencias sobre las materias de “fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional”) y 149.1.30ª



(competencia exclusiva en materia de “regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art.27 CE, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”, lo que permite el desarrollo de las bases del Estado en materia de formación profesional; cfr. STCo.195/1996) de la Constitución¹⁹.

Hay que tener en cuenta que el proceso de transferencias y asunción expansiva de competencias ejecutivas se inserta en una tendencia favorable a la regionalización de las políticas de empleo. Se parte de la idea de que la descentralización autonómica es un espacio idóneo para articular políticas de empleo específicas a fin de atender a las exigencias de ordenación y regulación del mercado de trabajo dentro del ámbito concreto de cada Comunidad Autónoma. La orientación hacia una especie de Derecho autonómico de empleo vendría motivada por esa necesidad político-jurídica y social de atención a la situación específica de cada espacio territorial autónomo. La experiencia acumulada por las CCAA más activas y atrevidas ha puesto de relieve que el “empleo”, su creación y mejora, ha sido un ámbito de cooperación y colaboración activa entre el Estado y las CCAA, en el marco, además, de la realización de políticas de concertación social articuladas a escala estatal y de Comunidad Autónoma, bien la forma de pacto social tripartito o bien en la forma de Administración concertada, o combinando ambas formas de modo interdependiente. La Ley 56/2003, de Empleo, de 16 de diciembre, de Empleo, parece asentarse en el principio de cooperación y coordinación entre las distintas Administraciones Públicas implícitas, especialmente a través de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales (cfr. “Exposición de Motivos” y art.7.1.a) LE). La política de empleo autonómica, coordinada con las políticas de empleo estatal general, en atención a la especificidad del problema del empleo y del desarrollo económico autonómico dentro de cada unidad política territorial. En este orden de ideas ha adquirido una singular relevancia los llamados Pactos territoriales o regionales sobre el empleo, siendo estos instrumentos concertados de intervención sobre el mercado de trabajo en el ámbito concreto autonómico. Dichos pactos han contribuido poderosamente al desarrollo emergente de formas de Derecho del empleo autonómico²⁰. En ellos se contienen “planes de intervención” de los poderes públicos autonómicos, con medidas de incentivación (técnica de fomento o alentamiento público institucional), tales como ayudas, subvenciones, bonificaciones, cursos de formación y readaptación profesional, atención a los colectivos especiales (parados de larga duración, jóvenes, mujeres, discapacitados, etc.), fomento del autoempleo y, en general, con creciente interés por las formas alternativas de trabajo profesional autónomo.

Es preciso destacar aquí que de forma paralela y simultánea y en coordinación con la concertación social de ámbito estatal, la concertación social autonómica ha encontrado

19 Véase MOLINA NAVARRETE,C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía ...”, cit.,págs.53 y sigs.

20 Véase ARAGÓN,J.,ROCHA,F. y TORRENTS,J.: *Pactos y medidas de fomento del empleo en la Comunidad Autónoma*, Madrid, MTAS, 2000, con referencia a los distintos instrumentos de intervención autonómica, y MOLINA HERMOSILLA,O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Sevilla, Mergablum Edición, 2005, págs.249 y sigs.



un desarrollo realmente extraordinario. Ello en cierta medida ha estado facilitado por el creciente proceso de transferencias de funciones y servicios de distintas materias, y a la asunción de competencias efectivas cada vez más intensas en materia de política de empleo. Es ya un dato significativo el que estas políticas de concertación hayan cristalizado en dos tipos de Acuerdos Sociales Autonómicos interrelacionados. Se trata de los pactos de empleo y de los acuerdos de desarrollo económico y social regional. Los pactos de empleo encuentran su centro de gravedad en la materia de políticas activas de empleo dentro de las singulares del mercado de trabajo en el espacio autonómico. Suelen tener en este sentido un carácter marcadamente monográfico (aunque operan ya en sí sobre una materia de contenido amplio y heterogéneo, como es el empleo). Los acuerdos de desarrollo económico y social autonómico, persiguen aunar esfuerzos políticos y sociales para el desarrollo y la modernización económica y la adecuación y mejora de las políticas sociales en sentido amplio (sanidad, servicios sociales, educación, vivienda, empleo, etc.) a las exigencias de cada Comunidad Autónoma. Estos acuerdos aportan dos elementos fundamentales a tomar consideración: por un lado, introducen un elemento de necesaria programación en el ámbito de la Comunidad Autónoma; y, por otro, proporcionan una línea de financiación de las políticas y programas acordados, de ahí su vinculación a cada ejercicio presupuestario. La naturaleza de tales pactos y acuerdos no es normativa, pues tienen un carácter esencialmente político-jurídico y programático en cuanto a su orientación teleológica. Pero esa naturaleza sociopolítica les ha permitido ser una pieza determinante y *permanente* (dada su misma estabilización y continuidad) de impulso político-jurídico de la organización del mercado de trabajo y de las relaciones laborales en el marco más amplio de las políticas económicas y sociales. Entre los más significados se pueden citar los siguientes: VI Acuerdo de Concertación Social en la CCAA de Andalucía, con vigencia de 2005-2008, Acuerdo para el Desarrollo Económico, la Competitividad y el Empleo en la CCAA de Asturias, con vigencia de 2004-2007, Acuerdo Económico y Social para el Progreso de Aragón en la CCAA de Aragón, con vigencia 2004-2007 y Plan de Ocupación en la CCAA de Baleares, con vigencia 2005-2007. En general inciden en las políticas activas de empleo en sentido amplio, pues entre otras cosas suelen abarcar el fomento del autoempleo. Desde el punto de vista técnico, todos ellos son manifestaciones del fenómeno sociopolítico de la concertación social autonómica en su expresión paradigmática de Pactos Sociales Tripartitos. Preside en ellos la lógica de la implicación y la corresponsabilidad de los agentes sociales: en políticas macroeconómicas de crecimiento y desarrollo, en las cuales *se enmarcan e insertan* el tratamiento de las cuestiones sociolaborales. Esa praxis de concertación social en materias económicas y de empleo ha sido *eficiente* en el plano económico (modernización del tejido industrial y adaptación de las formas del trabajo a las exigencias cambiantes del orden público económico) y social (mejora de los niveles y de la calidad del empleo y promoción de la paz social).

Estos Pactos Autonómicos constituyen una manifestación específica, y cualificada, del fenómeno de la concertación social, entendida como proceso de negociación sustancialmente política entre el Gobierno Autonómico y los Agentes Sociales con la finalidad de tomar decisiones conjuntas sobre materias de naturaleza social y laboral (y dentro de este ámbito muy señaladamente en materia de política de empleo en sentido



amplio). Suelen tener la previsión explícita de situarse funcionalmente en dos campos: a) En el espacio propio de marcar la senda por la cual ha de transitar el propio sistema de negociación colectiva autonómica en los aspectos en los que incide el contenido material de los Pactos. Y b) en el campo propio de la “*negociación legislativa*” (*condicionante de la iniciativa legislativa gubernamental*), toda vez que a través de él el Gobierno adquiere el compromiso sustancialmente político de establecer Proyectos legislativos que traduzcan en Derecho objetivo las medidas previamente acordadas (pre-condicionamiento material de la iniciativa legislativa gubernamental). Se parte de la idea de que el diálogo y la concertación social y la búsqueda de acuerdos son el instrumento adecuado para el diseño y puesta en marcha de las medidas de reforma social y de empleo. Su presupuesto es un *diagnóstico común y soluciones compartidas* sobre el sentido de los cambios en curso y las medidas de reforma, adaptación y corrección, que deben ser adoptadas y asumidas por todos los actores implicados²¹.

2.2. Distribución de competencias en el ámbito material de la “Política de empleo”.

El punto de partida recordatorio no es sino la misma noción jurídica ya referida de lo que haya de entenderse por política de empleo. Noción ciertamente compleja y sólo acotable en términos relativos con gran dificultad en la delimitación de sus contornos. Ello determina que no pueda acometerse su tratamiento jurídico-estatutario sino atendiendo al conjunto de la regulación de todo lo relativo al “empleo” y sus conexiones con el Sistema normativo Social.

La Exposición de Motivos de la “Proposición de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía”²², apuntaba, entre otras cuestiones, a destacar dos aspectos del nuevo texto estatutario:

- (a) Una de las novedades significativas del texto es el nuevo Título I, de los Derechos Sociales, Deberes y Políticas Públicas, que configura una elenco que pretende dar respuesta a nuevas demandas y realidades sociales, como la dependencia, la *inmigración*, las nuevas tecnologías, la lengua de signos o la renta básica, por citar tan solo algunas.
- (b) Se introduce un nuevo Capítulo sobre el *empleo* en el Título VI, desde una perspectiva integral y activa.

En el Título Preliminar del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por las Cortes Generales, en sesión plenaria celebrada el día 20 de diciembre de 2006, se incluye

21 Respecto a los Pactos Sociales Tripartidos como manifestación del fenómeno sociopolítico de la concertación social y las distintas manifestaciones que puede asumir esta última, puede consultarse MORENO VIDA, M^a.N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1989; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999.

22 El Estatuto de Autonomía para Andalucía sería aprobado por las Cortes Generales, en sesión plenaria celebrada el día 20 de diciembre de 2006. Texto sometido y aprobado por referéndum.



entre los “Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma” (art.10) y por lo que aquí más interesa:

- 1º) La consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, la seguridad en el trabajo, la conciliación de la vida familiar y laboral y la especial garantía de puestos de trabajo para las mujeres y las jóvenes generaciones de andaluces;
- 2º) El acceso de los andaluces a una educación permanente y de calidad que les permita su realización personal y social;
- 3º) La modernización, la planificación y el desarrollo integral del medio rural en el marco de una política de reforma agraria, favorecedora del crecimiento, el *pleno empleo* y la corrección de los desequilibrios territoriales;
- 4º) La cohesión social, promoviendo un eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a las personas y colectivos más desfavorecidos, para facilitar su plena incorporación a la vida social y económica de Andalucía;
- 5º) La especial atención a las personas en situación de dependencia;
- 6º) La integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes;
- 7º) La participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociativa en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una *democracia social avanzada y participativa*;
- 8º) El diálogo y la concertación social, reconociendo la función relevante que para ello cumplen las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía (No se olvide las políticas de empleo en Andalucía han estado presididas por un previo proceso de concertación social. La importancia de la institucionalización del diálogo y la concertación sociales, como se ha señalado antes, es extraordinariamente importante en el nuevo modelo descentralizado autonómico (y local) de programación y organización de las acciones públicas y colectivas en materia de política de empleo.

En el Título I (“Derechos sociales, deberes y políticas públicas”) se aprecia igualmente la centralidad del tratamiento de las cuestiones sociolaborales. Veámoslo.

En el capítulo II, de los derechos y deberes: por lo que aquí interesa se consagra el derecho a la igualdad de género (se garantiza el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos; art.15); derecho a acceder a la formación profesional y a la educación permanente en los términos que establezca la ley (art.21); derechos de las personas con discapacidad o dependencia a acceder a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesaria para su desarrollo personal y social (art.24).

En particular en los que se refiere a los *derechos sociales vinculados al “Trabajo” –y que se integran en su estatuto jurídico protector-* se indica que: 1. En el ejercicio del derecho constitucional al trabajo, se garantiza a todos: a) El acceso gratuito a los servicios

públicos de empleo; b) El acceso al empleo público en condiciones de igualdad y según los principios constitucionales de mérito y capacidad; c) El acceso a la Formación profesional; y d) El derecho al descanso y al ocio (art.26). Es de realzar que ese modelo de reconocimiento se aproxima a la técnica ya consolidada de las Cartas europeas de derechos (Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 y Protocolo adicional de 5 de mayo de 1988; Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989...), en las cuales el reconocimiento del derecho viene acompañado de la determinación de un núcleo esencial del mismo que lo hace reconocible como tal y más eficiente respecto al desarrollo normativo de las previsiones estatutarias.

Por su parte, en el Capítulo III, relativo a los “Principios rectores de la políticas públicas” (el cual, en general, sigue nuevamente la sistemática de la Constitución Española), se establece que la Comunidad Autónoma de Andalucía *orientará sus políticas públicas a garantizar*: 1º) La prestación de unos servicios públicos de calidad; 2º) El acceso de las personas mayores a unas condiciones de vida digna e independiente, asegurando su protección social e incentivando el envejecimiento activo y su participación en la vida social, educativa y cultural de la comunidad; 3º) especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida; 4º) la atención social personas que sufran marginación, pobreza o exclusión y discriminación social; 5º) La autonomía y la integración social y *profesional de las personas con discapacidad*, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades; 6º) El empleo de calidad, la prevención de los riesgos laborales y la promoción en el trabajo; 7º) La plena equiparación laboral entre hombres y mujeres y así como la conciliación de la vida laboral y familiar; 8º) La integración de los jóvenes en la vida social y laboral, favoreciendo su autonomía personal; 9º) El fomento de la capacidad emprendedora; 10º) La integración laboral, económica y cultura de los *inmigrantes*, y 11º) El impulso de la concertación con los agentes económicos y sociales (art.37).

Las Competencias de la Comunidad Autónoma (Título II) se clasifican en el sistema normativo interno del Estatuto del siguiente modo: La Comunidad Autónoma de Andalucía asume y ejerce mediante el presente Estatuto las competencias siguientes:

- 1º) Competencias exclusivas, que comprenden de forma íntegra la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. En el ámbito de sus competencias exclusivas, el derecho andaluz es de aplicación preferente sobre cualquier otro.
- 2º) Competencias compartidas, que comprenden, en el marco de las bases que fije el Estado, la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. En el ejercicio de estas competencias, la Comunidad Autónoma puede establecer políticas propias.
- 3º) Competencias ejecutivas, que comprenden la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado, así como la función ejecutiva que, en todo caso, incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la administración Pública.



- 4º) Competencias en relación con la aplicación del derecho comunitario, que comprenden el desarrollo y ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de las competencias de la CA.
- 5º) Competencias no contempladas expresamente en este Estatuto que puedan ser transferidas o delegadas por el Estado.
- 6º) En todo caso la CA podrá ejercer, mediante acuerdo o convenio, facultades de inspección y sanción respecto a competencias estatales, en los términos que se acuerden.

En la ordenación de las Competencias *exclusivas* se ha producido un cambio del proyecto o Propuesta inicial a la versión definitivamente aprobada:

Es competencia *compartida* de la Comunidad Autónoma el régimen jurídico de la Administración de la CA de Andalucía y régimen estatutario de sus funcionarios y personal estatutario, así como de su *personal laboral* (art.47.2.1ª versión definitiva). En la Propuesta aprobada por el Parlamento de Andalucía se postulaba, sin embargo, dentro de la "competencia exclusiva" de la Comunidad Autónoma que "en el marco de la regulación general del Estado, corresponde a la Comunidad Autónoma el *desarrollo legislativo y ejecución* de las siguientes materias: 1ª. El régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y régimen estatutario de sus funcionarios y personal estatutario, así como de su personal laboral" (art.45.2.1ª). En este caso se precisaba que esta era una competencia concurrente de legislación no básica ("desarrollo legislativo"). Ello impone una reflexión jurídico-crítica sobre la acomodación constitucional de esta competencia "exclusiva" (y excluyente) del texto originario. En la versión definitiva se subsana esta extralimitación y se formula sin más precisiones como una materia de "competencia compartida" (art.47.2.1ª), con lo cual en un plano formal se residencia esta competencia en las facultades de "ejecución", no de legislación sustantiva propia de la Comunidad Autónoma (ni siquiera a título de atribución de legislación no básica de desarrollo normativo de la legislación estatal). No obstante, persiste una posible zona de fricción constitucional cuando más adelante se establece "la competencia *exclusiva, en materia del personal laboral, sobre la adaptación a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal*" (art.76.c) del Estatuto en su versión definitiva). Aunque el art.76, tenga la rúbrica de "Función Pública y estadística" es evidente que dicha competencia relativa al personal laboral no puede incluirse en ese ámbito estricto, otra cuestión distinta sería si se hablase de personal al servicio de la Administración Pública. Pero en todo caso, no puede reivindicarse como competencia exclusiva esta materia laboral. El conflicto de constitucionalidad está aquí servido potencialmente.

La Comunidad Autónoma de Andalucía es competente también en las siguientes materias:

- Fomento, ordenación y organización de cooperativas y de *entidades de economía social* que tengan su actividad principalmente en Andalucía (competencia exclusiva ex art.58.1.4º versión definitiva);

- Fomento y planificación de la actividad económica en Andalucía (competencia exclusiva ex art.58.2.1º versión definitiva)²³;
- Empleo y Seguridad Social: a) Corresponde a la CA, en el marco de la legislación del Estado, las competencias *ejecutivas* (el Proyecto, art.59²⁴ postulaba la competencia “exclusiva”, en el marco de la legislación del Estado; por el contrario, en la versión definitiva se configura como “competencias ejecutivas” el art.63 del texto definitivo²⁵) en materia de empleo y relaciones laborales²⁶, que incluyen en todo caso: a) las *políticas activas de empleo, que comprenden también las actividades de formación de los demandantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes, la intermediación laboral y el fomento del empleo (la regulación, autorización y control de agencias de colocación, se suprimió en el*

23 Conforme al art.58.2. “La Comunidad Autónoma de Andalucía asume competencias exclusivas de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general, y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11ª y 13ª de la Constitución, sobre las siguientes materias: 1º. Fomento y planificación de la actividad económica de Andalucía”. En su apartado 3 se indica que corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo y la gestión de la planificación general de la actividad económica.

24 “Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía”, 7-06/PPPL-000001, Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, núm.374, Andalucía, 9 de febrero de 2006. Conforme al art.59 “Empleo y seguridad social”) de dicha Proposición: “1.Corresponde a la Comunidad Autónoma como competencia exclusiva, en el marco de la legislación del Estado, las políticas activas de empleo, que incluyen también las actividades de formación y empleo, así como las intermediación laboral, la regulación, autorización y control de las agencias de colocación. 2. Corresponde a la Comunidad Autónoma, como competencia exclusiva (sic), la prevención de riesgos laborales y seguridad en el trabajo, así como la labor de control, evaluación e inspección...”.

Por otra parte, según la redacción de esta Proposición (art.55.2). “La comunidad Autónoma de Andalucía asume competencias exclusivas de acuerdo con las bases y ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado, y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.1.1ª y 13ª de la Constitución, sobre las siguientes materias: 1º. Fomento y planificación de la actividad económica...”; y en su apartado 3 se indica que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía el desarrollo y ejecución de a) Los planes establecidos por el Estado para la reestructuración de sectores económicos” (art.55.3). Materia importante por lo que se supone de vinculación con la problemática iuslaboral de la reestructuración o regulaciones de empleo de las empresas afectadas.

25 Conforme al art.63.1 (“Empleo, relaciones laborales y seguridad social) del Estatuto de Andalucía en su versión definitiva, “corresponde a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen en todo caso...”.

26 En términos análogos el art.170.1 del Estatuto Catalán, sobre “Trabajo y relaciones laborales” establece que: “1. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales, que incluye en todo caso: a) Las relaciones laborales y condiciones de trabajo. b) Las políticas activas de ocupación, que incluyen la formación de los demandantes de ocupación y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes. La Generalitat participa en los planes o actividades de formación que superen el ámbito territorial de Cataluña. c) Las cualificaciones profesionales en Cataluña. d) La intermediación laboral, que incluye la regulación, la autorización y el control de las agencias de colocación con sede en Cataluña. e) La negociación colectiva y el registro de los convenios colectivos de trabajo. f) Los procedimientos de regulación de ocupación y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos entre centros de trabajo situados en Cataluña. g)La prevención de riesgos laborales y la seguridad y la salud en el trabajo. h) La potestad sancionadora de las infracciones del orden social en el ámbito de sus competencias. i) La determinación de los servicios mínimos de las huelgas que tengan lugar en Cataluña. j) El control de legalidad y, si procede, el registro posterior de los convenios colectivos de trabajo de las empresas que ejercen su actividad exclusivamente en Cataluña. k) Los instrumentos de conciliación, mediación y arbitraje laborales. l) La elaboración del calendario de días festivos que debe regir en todo el territorio de Cataluña.



texto definitivo); b) *Las cualificaciones profesionales en Andalucía* b) *Corresponde a la Comunidad Autónoma, como competencia exclusiva, la prevención de riesgos laborales y seguridad en el trabajo, así como la laboral de control, evaluación e inspección;* [c) En materia de seguridad social corresponde a la CA las competencias ejecutivas que se determinen en aplicación de la legislación estatal, comprendiendo la gestión de su régimen económico, con pleno respeto al principio de unidad de caja. Pero es significativo que respecto de la materia de Seguridad Social no aprovecha las posibilidades jurídicamente legítimas de dictar una legislación autonómica no básica en esta materia] (art.59 del Proyecto; 63 de la versión definitiva)²⁷. La expresión “en todo caso” pone de relieve que la enumeración no es exhaustiva sino “ad exemplum” o de carácter ejemplificador. En el texto definitivo (art.63) se resuelve el problema de constitucionalidad que planteaba el texto en su formulación originaria, porque el título competencial de las políticas activas de empleo y de las demás políticas enunciadas aquí es el de “ejecución”, no es una competencia exclusiva y desde luego la prevención de riesgos laborales es, al menos en su mayor parte (la nuclear), “legislación laboral”.

5º) Políticas de Género: a) Corresponde a la CA la competencia exclusiva en materia de promoción de la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos sociales, laborales, económicos o representativos. Se atribuye, expresamente a la CA la facultad de dictar normas propias o de desarrollo en esta materia (art.67 Proyecto; 73 del texto definitivo). b) Corresponde a la CA la competencia compartida en materia de lucha contra la violencia de género, la planificación de actuaciones y la capacidad de evaluación y propuesta ante la Administración central (art.67 del Proyecto; 73 del texto definitivo).

6º) Política de juventud: corresponde a la CA la competencia exclusiva en materia de promoción del desarrollo personal y social de los jóvenes, así como las actividades de fomento o normativas dirigidas a conseguir el acceso de éstos al trabajo, la vivienda y la formación profesional (art.68 del Proyecto; 74 del Texto definitivo).

7º) Función pública (art.70 del Proyecto; y 76.1 del Texto definitivo).

a) En materia de función pública corresponde a la CA el desarrollo legislativo (legislación autonómica no básica) y la ejecución en los términos del art.149.1.18ª

27 Hay que realzar aquí que el Estatuto Catalán postula en materia de Seguridad Social una competencia compartida con base (al amparo) a la legislación autonómica no básica, a saber: según el art.165.1 corresponde a la Generalitat, en materia de seguridad social, respetando los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social, la competencia compartida, que incluye: a) El desarrollo y ejecución de la legislación estatal, excepto las normas que configuran el régimen económico. b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social. c) La organización y la gestión del patrimonio y los servicios que integran la asistencia sanitaria y los servicios sociales del sistema de la Seguridad Social en Cataluña. d) La ordenación y el ejercicio de las potestades administrativas sobre las instituciones, las empresas y las fundaciones que colaboran con el sistema de la Seguridad Social, en las materias indicadas en la letra c), así como la coordinación de las actividades de prevención de riesgos laborales que desarrollen en Cataluña las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. e) El reconocimiento y gestión de las pensiones no contributivas. f) La coordinación de las actuaciones del sistema sanitario vinculadas a las prestaciones de Seguridad Social.

de la Constitución. (art.70 del Proyecto; y 76.1 del Texto definitivo). El art.149.1.18ª CE reconoce, en efecto, que las CCAA pueden asumir competencias de legislación no básica respecto al régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios. Esta atribución es correcta, pero es harto discutible la exclusiva que se postula, como se verá de inmediato, respecto al personal laboral.

b) Corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de función, respetando el principio de autonomía local:

- la competencia exclusiva sobre la planificación, organización general, la formación la acción social de su función pública en todos los sectores materiales de prestación de los servicios públicos de la CA.
- la competencia compartida sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones andaluzas. Conforme al art.55.2 del texto definitivo, “corresponde a la CA la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el art.61., el régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público, así como la formación sanitaria especializada...”.
- la competencia exclusiva, en materia de personal laboral, sobre la adaptación a las necesidades derivadas de la organización administrativas y sobre la formación de este personal (art.76.2.c) del texto definitivo). Aquí la crítica está servida, como se dijo, porque sin duda se está sobrepasando el ámbito de la “función pública” y se entra plenamente a regular “materia laboral y de formación profesional”. Por tanto, esta previsión es difícil que pueda superar la tacha de inconstitucionalidad. Por lo demás, incluso para el personal funcionario, el art.149.1.18ª CE sólo admite la legislación no básica respecto al personal funcionario.

Es evidente que estas competencias *no alcanzan a formar un Derecho del Empleo Autónomico, sino en términos muy incompletos* (se entran en la regulación de ámbitos concretos del empleo privado y público, personal laboral y funcional, trabajadores autónomos, etc.). En todo caso, ese “Derecho incompleto” constituye un bloque normativo regulador que pone de manifiesto y refleja también en este ámbito de problemas la formación de “microsistemas normativos” en interior del Derecho Social del Trabajo²⁸ que obedecen no sólo a la presiones de poder autonómico sino también a exigencias de gobernabilidad descentralizada y de intermediación territorial al ámbito específico donde se ha de elaborar

28 Esa emergencia en el ámbito iuslaboral y dentro de una tendencia más amplia en el Ordenamiento jurídico-general, en MONEREO PÉREZ,J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del trabajo*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, y en una perspectiva general, IRTI,N.: *La edad de la descodificación*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1992; ZAGREBERSKY,G.: *El derecho dúctil*, Prólogo de G.Peces-Barba, Barcelona, 1995.



y aplicar las ordenaciones normativas sociolaborales. Es también el reflejo de la crisis de la legislación general y la emergencia de regulaciones sectoriales y territorialmente descentralizadas ante la complejidad de la realidad social.

Entre los Principios de política económica y de empleo (Título VI: “Economía, Empleo y Hacienda”) se diseñan principios y objetivos básicos con una innegable proyección sociolaboral:

- 1º) La política económica de Andalucía se rige por los siguientes principios: -el Pleno empleo, la calidad en el trabajo y la igualdad en el acceso al mismo; -la cohesión social ; -la política económica de Andalucía promoverá la capacidad emprendedora y de las iniciativas empresariales, incentivando especialmente la pequeña y mediana empresa, la actividad de las economía social y de los emprendedores autónomos, la formación permanente de los trabajadores, la seguridad y la salud laboral (arts.134 y 138 del Proyecto y 157 de la versión definitiva).
- 2º) Principios y Derechos en materia de Empleo y Relaciones Laborales: -Los poderes públicos velarán por los derechos laborales y sindicales de los trabajadores en todos los sectores de actividad (art.144 Proyecto; 166 del texto definitivo); derechos de las mujeres en el mercado laboral (art.145 Proyecto; 167 Texto definitivo); principio de las políticas públicas: orientación a la creación de empleo estable y de calidad, así como a la formación de los trabajadores (art.146 Proyecto; 169 versión definitiva); políticas de empleo: los poderes públicos aplicarán y fomentarán los criterios de estabilidad en el empleo, reducción de la precariedad laboral y participación, así como la promoción y acceso de jóvenes y mujeres. Igualmente, establecerán políticas específicas para la inserción laboral de las personas con discapacidad, y prestarán especial atención a los colectivos en situación o riesgo de exclusión social (art.147 Proyecto; 169 versión definitiva); trabajadores autónomos cooperativas: una ley del Parlamento de Andalucía regulará las políticas de apoyo y fomento de la actividad del trabajador autónomo. Serán objeto de atención preferente, en las políticas públicas, las cooperativas y demás entidades de economía social (art.150 Proyecto; 172 versión definitiva); relaciones laborales: la CA tendrá política propia de relaciones laborales, que comprenderá, en todo caso: 1º. Las políticas activas de empleo, la intermediación, las políticas activas de empleo y el fomento del empleo y del autoempleo. 2º. La promoción del marco autonómico para la negociación colectiva (en el proyecto se iba más lejos reclamando la política propia respecto a “La negociación colectiva y el arbitraje, la conciliación y la mediación laborales”; art.151 Proyecto; sin embargo la negociación colectiva es un derecho de autonomía social de los grupos sociales existentes en el mundo del trabajo, correspondiendo a los poderes públicos una actividad de fomento y de apoyo a los procesos de autorregulación social). 3º. Las políticas de prevención de riesgos laborales y protección de la seguridad y salud laboral, y 4º. Las relaciones laborales (art.151 Proyecto; 173 texto definitivo); contratación y subvención pública (art.174 texto definitivo): las Administraciones públicas de Andalucía, en el marco de sus competencias, y en el ámbito de la contratación y de la subvención pública, adoptarán medias relativas a: la seguridad y salud laboral; la estabilidad en el empleo; la igualdad de oportunidades de las



mujeres; la inserción laboral de los colectivos más desfavorecidos (art.152 Proyecto; 174 texto definitivo).

- 3º) Esa política económica y de empleo se ha de instrumental en el marco del diálogo y concertación social. Conforme al art.159 del texto definitivo, “los sindicatos y las organizaciones empresariales contribuyen al diálogo y la concertación social, y ejercen una relevante función en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”. Ya se hizo notar la relevancia de la concertación social en la elaboración y puesta en marcha de las políticas públicas económicas y de empleo. El art.159 reconoce ese papel institucional de las organizaciones profesionales más representativas como sujetos sociopolíticos, en un innegable paralelismo respecto al art.7 CE.
- 4º) En las relaciones externas de la Comunidad Autónoma (Título IX), se garantiza su participación en la Planificación de la actividad económica: “La CA participará en la planificación de la actividad económica, tanto general como sectorial, especialmente cuando afecte a sectores estratégicos de Andalucía, de acuerdo con el art.131 de la Constitución” (art.222 del Estatuto de Andalucía, texto definitivo).

Igualmente se asegura su intervención en la Gestión de los *fondos europeos*: Corresponde a la CA la gestión de los fondos provenientes de la UE y, en general, de los que se canalicen a través de programas europeos, salvo que las competencias de ejecución en la materia objeto de la financiación corresponda al Estado (art.209 del Proyecto). Conforme al art.185 (“Gestión de los fondos europeos”) del Estatuto de Autonomía, en su versión definitiva: “1. Corresponde a la CA la gestión, planificación y ejecución de los fondos europeos destinados a Andalucía y, en general, de los que se canalicen a través de programas europeos, asignados a la misma, en especial de aquellos aprobados en aplicación de criterios de convergencia o derivados de la situación específica de Andalucía. 2. Los fondos que se reciban en estos conceptos podrán ser modulados con criterios sociales y territoriales por la CA, dentro del respeto a las normas europeas aplicables”. Por su parte, el art.190 del Estatuto de Cataluña, relativo a la gestión de los fondos europeos, dispone que corresponde a la Generalitat la gestión de los fondos europeos en materias de su competencia en los términos previstos en los artículos 114 (actividades de fomento con apoyo a fondos estatales y comunitarios) y 210 (corresponde a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat, “d) Negociar el porcentaje de participación de Cataluña en la distribución territorial de los fondos estructurales europeos”. Se ha de tener en cuenta que ya antes de la aprobación de los nuevos Estatutos de Autonomía viene rigiendo el *principio de cooperación* como esencial criterio rector del funcionamiento de los Fondos estructurales, y atendiendo a un reparto de funciones y tareas entre el Derecho comunitario y los Ordenamiento jurídicos internos. Las CCAA participan en la negociación del marco comunitario de apoyo, e intervienen en el funcionamiento y *gestión* de los Fondos estructurales dentro del sistema interno de relaciones y distribución de competencias entre Estado y CCAA²⁹.

29 Un análisis detenido de todo esta problemática puede verse en MEDINA GUERRERO, M.: *Los Fondos Estructurales en Andalucía: La distribución de competencias entre la Unión Europea, el Estado y la Comunidad Autónoma*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002, espec. Segunda Parte, págs.135 y sigs.



- Principio de solidaridad internacional con los países menos favorecidos, promoviendo un orden internacional basado en una más justa redistribución de la riqueza (art.217).
- Como competencia de desarrollo y ejecución, corresponde a la Comunidad Autónoma la regulación, en el ámbito de sus competencias, de las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, así como el control de sus condiciones laborales. La CA participará en la fijación del contingente de inmigrantes en Andalucía, facilitando al respecto la información necesaria al Estado (art.58 del Proyecto, que parece configurar, en principio, una típica competencia compartida). El art.62.2 del texto definitivo lo configura como un ámbito de participación de la CA. Se analizará después la problemática competencial en materia de inmigración.

2.3. Valoración jurídico-crítica respecto a la distribución de competencias en el ámbito de la política de empleo.

Teniendo en cuenta que el ámbito de la política de empleo es relativamente “difuso” se puede dejar constancias de dos impresiones iniciales. 1º) El desorden técnico (reiteraciones, mezcla de principios y derechos...; mezcla de competencias exclusivas, compartidas, de ejecución, etcétera. Falta una depuración técnica que refleja la poca claridad de las ideas subyacentes. 2º) Se van a plantear “conflictos de competencia” porque el marco constitucional vigente puede fácilmente friccionar sobre todo cuando se postulan como competencias propias. La asunción de competencias –que alcanza en algún caso incluso a la exclusividad- en materias “laborales” plantea dudas razonables de si podrá superar la tacha de inconstitucionalidad, atendiendo a la doctrina del TC sobre el grupo de normas reguladoras de la distribución de competencias.

Exponente de ello será la coherencia del “nuevo” reparto competencial postulado con la doctrina sentada especialmente en tres conocidas sentencias del Alto Tribunal:

Se trata de las SSTCo. 95/2005, de 25 de abril de 2002, 190/2002, de 17 de octubre de 2002, y 230/2003, de 18 de diciembre, con la concurrencia de varios Votos particulares, dictadas en conflicto de competencia. Versan sobre la delimitación de competencias respecto a la legislación laboral, educación y formación profesional, fondos de empleo, y ordenación de la economía. En ellas se establece la siguiente doctrina:

Las acciones formativas de los trabajadores ocupados y la financiación correspondiente se incardinan en la materia “legislación laboral”. En efecto, ya la STCo 35/1982, de 14 de junio, asigna al adjetivo laboral un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido solo al trabajo por cuenta *ajena*, entendiéndose por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral, es decir, la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios. Por su parte, la STCo 195/1996, de 28 de

noviembre, dictada en conflicto de competencia, consideró como materia de legislación laboral: las acciones de estímulo a la contratación laboral en sus distintas modalidades, incluyendo los incentivos a la formación profesional ocupacional.

En definitiva: se concluye la argumentación señalando que, entre otros aspectos, concierne a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral, como el reconocido en el art.4.2 del ET, a cuyo tenor: “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: b) A la promoción y formación profesional en el trabajo”. Principio desarrollado en el art.23 del mismo texto legal, que hace efectivo tal derecho mediante el disfrute de permisos para concurrir a exámenes y la preferencia para elegir turno de trabajo; así como a través de la adaptación de la jornada ordinaria laboral para permitir la asistencia a cursos de formación profesional, o bien mediante la concesión del permiso “de formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo”. Esta clara *inserción de la formación profesional continua en el seno de la relación laboral, con la consiguiente atribución de derechos al trabajador y correlativos deberes al empresario, determina como encuadramiento adecuado de la materia el de legislación laboral*”.

La incardinación genérica apuntada, que conduce al examen de las competencias que el Estado y la CA tienen atribuidas al respecto, determina que al Estado le corresponde la competencia para establecer la “legislación laboral, sin perjuicio de su *ejecución* por los órganos de las CCAA” (art.149.1.7 CE), lo que significa que las Cortes Generales y no las Asambleas legislativas de las CCAA son las que ostentan la potestad legislativa en el ámbito laboral”, debiéndose precisar también que *“la competencia estatal incluye en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquéllos que aparecen como desarrollo de la misma (SSTCo. 18/1982; 95/2002/190/2002). Luego las CCAA no tienen competencia de desarrollo legislativo, sino simplemente de ejecución en esta materia “laboral”*”.

Las medidas de política de empleo incluidas en el Acuerdo Tripartito en materia de formación continua de los trabajadores *ocupados*, suscrito entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales, *no* inscriben su acción en la directriz de política de estabilidad económica que le marca el art.40.1 CE, de ejercitar una política orientada al pleno empleo, sino que se sitúan, específicamente, desde la perspectiva constitucional, en la adopción de criterios o medidas que hagan efectivos los derechos del trabajador en el seno de la relación laboral (reconocidos en los arts. 4.2.b y 23 de la LET), tal como exige el art.40.2 CE, proporcionando a los trabajadores ocupados (la perspectiva finalista no es, por tanto, el desempleo) la adecuada formación profesional permanente o continua en tanto que medio idóneo para la promoción para la promoción social de aquellos y, si se quiere, par ala conservación de su relación contractual laboral. Lo significativo no es, por tanto, la atención a los desempleados, y ello sin perjuicio de que, mediante la utilización de los institutos y técnicas propios de la legislación laboral, se puede a coadyuvar al mantenimiento del empleo de los trabajadores ya ocupados” (SSTCo 95/2002,fj.10; 190/2002, fj.7).



Esta doctrina de nuestro Alto Tribunal, como se adelantó, podría plantear numerosos problemas respecto a la posible inconstitucionalidad por invasión de competencias del Estado central en la Propuesta o Proyecto de Estatuto de Autonomía de Andalucía. No así respecto a su versión definitiva (arts.21.6, 26.1.c), 37.1. 9º, 63.1.2º y 74,a) del Estatuto de Autonomía definitivo). Pero es que ya en el Derecho vigente en la práctica jurídica llevada a cabo en la CA anterior a la aprobación del Nuevo Estatuto de Autonomía Andaluza parece querer respetarse el criterio sustentado por el TC. En efecto, el Real Decreto 1562/2005, de 23 de diciembre, de ampliación de los medios económicos adscritos a los servicios traspasados a la CA de Andalucía por el RD 427/1993, de 26 de marzo, en materia de gestión de la Formación Ocupacional (formación continua) (BOE de 24 de diciembre de 2005), parte de las siguientes premisas:

- El art.149.1.13ª de la CE reserva al Estado la competencia *exclusiva* sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, estableciendo el mismo art.149.1.7ª que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las CCAA.
- Y el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, establece en sus artículos 17.2 y 18.1 que corresponde a la Junta de Andalucía, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1, apartados 11 y 13, de la CE la planificación de la actividad económica de Andalucía y la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral.
- Además, mediante el RD 427/1993, de 26 de marzo, se aprobó el traspaso a la CA de Andalucía de las funciones y servicios en materia de *gestión* de la Formación Profesional *Ocupacional*.
- Por su parte, las SSTCo 95/2002, de 25 de abril, y 190/2002, de 17 de octubre, reconocen a las CCAA funciones relativas a la gestión de la Formación Continua.
- Quedan transferidos a la CA Andalucía los medios económicos correspondientes (art.2).

Continuando con esa perspectiva jurídico-crítica de conjunto y atendiendo a las realidades normativas, cabe observar que el nuevo proceso constituyente autonómico permite apreciar que la complejidad de la realidad del trabajo ha supuesto una *ruptura del modelo basado en la exclusividad competencial, transitándose progresivamente hacia el mayor reclamo de típicas "competencias compartidas"*³⁰, con mayor o menor intensidad. Es evidente que ello se relaciona con las dificultades de gobernabilidad de "lo social" en el interior del Estado autonómico, pero también ello enlaza con la demanda de los poderes autonómicos en el sentido de poder establecer una política *propia* en materia de relaciones sociolaborales. Es verdad que el texto constitucional ofrece un margen razonable de flexibilidad dada su textura abierta y que es el modo de interpretación del grupo normativo regulador realizada por el TC el que permite adaptar dinámica y según

30 Véase MOLINA NAVARRETE,C.: "Los nuevos Estatutos de Autonomía...", cit.,passim., quien apunta a la inevitable desaparición de los "monopolios competenciales" y sus pretensiones mutuamente excluyentes en cuanto a la regulación de las materias de contenido social.

las necesidades del tiempo histórico a las cambiantes exigencias de política del Derecho de regulación social. En este sentido la complejidad de los problemas vinculados a las políticas de empleo en sentido amplio y a la inmigración y a las nuevas exigencias de protección de los colectivos más necesitados (discapacitados, en situación de dependencia..., etc.), y las mismas exigencias de *eficiencia social* de las políticas públicas (la intermediación más directa en materia de atención y servicios sociales...) abogan actualmente por una mayor descentralización territorial. Por demás, y en coherencia con lo anterior, es un dato a destacar nuevamente que todas estas materias de renovada complejidad tienen un carácter transversal u horizontal, capaces de poner en juego una multiplicidad de títulos constitucionales de atribución de competencias en el Estado autonómico. Es así que el juego de la pluralidad de títulos conducirá lógicamente a una mayor generalización de la fórmula o modelo de “competencia compartida” en sus distintas expresiones, en detrimento del modelo tradicional de reparto formal como base a las respectivas “competencias exclusivas”. Esta atribución pretendidamente unilateral de los espacios de poder descentralizado no resulta ser hoy en día operativa (si alguna vez lo fue realmente) para gobernar la complejidad y las exigencias de colaboración y interconexión entre el poder central y los poderes territoriales autónomos. En este sentido deberá pasarse de un enfoque jerárquico y vertical a un enfoque participativo y de cooperación, basado en esa colaboración de poderes y de fuentes de regulación jurídica. Se afirma, pues, la complementaria de las distintas instancias de intervención. Ello va unido también a un entendimiento más flexible de las relaciones entre “igualdad” y “diferencia”³¹ regulativa en el marco del Estado Social Autonómico, porque en muchos casos paradójicamente la realización efectiva de la primera exigirá a menudo una regulación diversificada que atienda a criterios de especificidad y de proximidad.



3. Distribución de Competencias en materia de política de inmigración.

El punto de partida es su vinculación íntima y funcional con la Política de empleo, pero de una especificidad que le hace ir más allá de la problemática estricta del “empleo” y de su política de organización jurídica e institucional. Que una de sus vertientes es la política de inmigración lo reconoce expresamente el art.1 de la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre). Pero también la experiencia jurídica.

Ya se ha advertido que el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA se regula en el grupo normativo formado por los arts.148, 149, 150 y 151 CE. Dicho grupo de normas constitucionales presenta una textura abierta a distintas opciones de política organizativa y funcional dentro del Estado autonómico. No es un modelo “cerrado”, aunque mantiene un núcleo resistente que sólo puede ser alterado a través de una reforma

31 Una reflexión sobre la igualdad compleja, en FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

constitucional. Una parte resistente, al menos desde un punto de vista jurídico-formal explícito, es la materia relativa a la inmigración y extranjería. Según el art. 149.1.2ª CE el Estado tiene competencia *exclusiva* en materia de “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”. De este modo el constituyente atribuye formalmente al Estado la competencia exclusiva en materia de migraciones y extranjería. Normalmente se ha justificado esa atribución exclusiva con base al principio de soberanía nacional y la conexión de esta materia con la tutela de intereses públicos de carácter general. Sin embargo, a pesar de este régimen formal de monopolio competencial, no se puede desconocer el carácter transversal del Derecho migratorio y de extranjería, ya que, como refleja el mismo título de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y su Reglamento aprobado por RD. 2393/2004, de 30 de diciembre), las políticas migratorias y de extranjería no tienen un carácter simplemente defensivo, sino que también van acompañadas por necesarias e ineludibles políticas *de integración social*, gran parte de las cuales se concretan en acciones sociales en términos de inserción laboral, asistencia sanitaria, asistencia y servicios sociales. La misma aplicación de la legislación estatal (aunque no sea a título de “ejecución”) exigirá en sí misma una cierta colaboración activa entre la acción estatal y la actuación autonómica indispensable para la realización de los fines perseguidos por las políticas estatales. Si se atiende la operatividad real de las acciones socio-jurídicas de integración social y la práctica activa de las normas estatales en el espacio autonómico, es manifiesto que las CCAA ostentan ya –y sin forzar en absoluto el marco constitucional vigente– un espacio propio y de colaboración internomativa e institucional con la esfera de intervención estatal en estas materias. En todo caso, desde el punto de vista jurídico-formal, dado el monopolio absoluto del Estado en estas materias, las CCAA no ostentan competencias legislativa o de ejecución en materia de inmigración y extranjería. Parece que lo que ha pretendido el constituyente con ese monopolio (que se antoja más relativo de lo que aparente ser) ha sido mantener una ordenación jurídica homogénea dentro de todo el Estado autonómico a fin de garantizar los principios constitucionales básicos³².

En esta lógica de asunción de competencias exclusivas y excluyentes en el amplio sentido se inserta la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 7 de enero) y del Reglamento de desarrollo (Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre). En este bloque de legalidad se atribuye al Estado una competencia plena, legislativa y de ejecución, que conforma un régimen de monopolio estatal sobre la ordenación de esta compleja y poliédrica materia. Sin embargo, pese a esa asunción formal de un régimen de monopolio las CCAA realizan funciones vinculadas a la ordenación de los flujos migratorios y llevan a cabo, además, como se acaba de decir, políticas no sólo de acompañamiento sino también de carácter central y estratégico como son las políticas de integración sociolaboral de los inmigrantes y extranjeros.

Este hecho conduce nuestra indagación a transitar desde el planteamiento exclusivamente formal a la realidad operativa, donde se manifiestan las efectivas funciones de colaboración

32 Véase CEINOS SUÁREZ. Á.: *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2006, pág.52.

de las CCAA y de las propias corporaciones locales. Esta perspectiva de normativismo realista no puede ignorar, por supuesto, los límites competenciales explícitos establecidos en el art.149.1.2ª CE. Ahora bien, desde ese normativismo realista, y muy lejos del puro voluntarismo jurídico, se puede llevar a cabo una lectura sistemática y finalista del texto constitucional para afirmar inequívocamente que las CCAA asumen competencias conexas a la problemática de la inmigración y extranjería a través de *distintos títulos competenciales*. Nuevamente aparece aquí la legítima intervención de las CCAA en la integración y protección social y laboral de los sujetos afectados y de sus familias, toda vez que las políticas de inmigración y extranjería son típicas políticas transversales cuya operatividad exige la concurrencia de un amplio conjunto de poderes públicos cuya acción está amparada en diversos títulos de competencia constitucional y legal. Se trata de ordinario de dos tipos de competencias: competencias compartidas en distinta intensidad y competencias exclusivas de las CCAA. Es en virtud de la actuación de ambos cómo únicamente puede ser comprensible para los operadores jurídicos la vida real del Derecho de inmigración y extranjería en nuestro Estado autonómico.

Son varios los títulos jurídicos para que las CCAA puedan asumir en la práctica competencias en estas materias. Por una lado, está el título de ejecución de la legislación estatal (arts. 149.2.7ª, 149.1.16ª y 149.1.17ª de la Constitución), que confiere facultades de gestión y de dictar reglamentos meramente administrativos internos o “ad intra” en las materias concernidas (laborales y “empleativas”, servicios de salud y de Seguridad Social). Por otra, debe retenerse el posible juego de las competencias exclusivas (señaladamente, art.148.1.20 CE, que permite que las CCAA puedan atribuirse la competencia en materia de asistencia social, como inequívocamente se viene haciendo en los Estatutos de Autonomía), que permite a las CCAA intervenir en ámbitos relevantes de la protección asistencial y de los servicios sociales para los inmigrantes y extranjeros. Por último, señalar que la inmigración a diferencia de la extranjería –ésta más íntimamente vinculada a la soberanía estatal- conduce a postular una intervención coordinada y complementaria de la soberanía estatal y el autogobierno autonómico (especialmente en lo que se refiere a la medidas de integración sociolaboral, como vivienda, sanidad, empleo, educación, asistencia y servicios sociales, etc.), en la dirección de un enfoque más descentralizado de estas cuestiones sociales³³.

En el plano más operativo de la legislación estatal ordinaria *impera el pragmatismo* en la razonable convicción de que el tratamiento de los problemas vinculados a la inmigración e incluso a la extranjería exige de suyo la participación activa y regulativa de las CCAA. Este realismo es el que seguramente subyace a la atribución moderada por la Ley de Extranjería e Integración Social (Ley Orgánica 4/2000, de 7 de enero) de ciertos ámbitos de intervención en esta materia a las CCAA, sea a título de participación institucional (Consejo Superior de Policía de Inmigración, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia...), sea en aspectos concretos de la ejecutividad de las medidas en materia de inmigración y extranjería (desde la fijación de los contingentes anuales de trabajadores

33 En este sentido MOLINA NAVARRETE,C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía...”, cit



extranjeros, pasando por el Catálogo de ocupación de difícil cobertura, hasta la atención inmediata de los inmigrantes en el ámbito territorial de la CCAA). Aparte de ello se garantiza un principio de cooperación y coordinación entre las Administraciones Públicas implicadas en materia de inmigración y extranjería (Disp. Adicional 5ª de la LO 4/2000, relativa al "Acceso a la información y colaboración entre Administraciones Públicas"). Una cierta normalización jurídica de esa pluralidad de títulos competenciales operativos es la que se refleja ya en los nuevos Estatutos de Autonomía.

Este enfoque pragmático de la Ley de Extranjería atiende a la situación actual de desbordamiento del marco institucional de competencias. El monopolio competencial no está siendo operativo en la praxis, entre otras cosas, porque al igual que las políticas de empleo no puede abordarse desde el perfil unilateral y limitado de un solo título competencial, ya que presenta un carácter transversal u horizontal que exige la adopción de un conjunto de medidas heterogéneas pero coordinadas entre sí. También desde un punto de vista estrictamente jurídico el Derecho de inmigración (o, más ampliamente, de "migraciones") es una nueva ramificación sectorializada del ordenamiento jurídico multisectorial e interdisciplinario.

No es de extrañar que los nuevos Estatutos de Autonomía conviertan en una cuestión central toda la materia relacionada con la inmigración. En estos se produce una doble legitimidad competencia: la problemática de la integración social y laboral de los inmigrantes y las cuestiones atinentes a la autorización de trabajo de los extranjeros. En esta dirección dice el art.62 ("Inmigración") del Estatuto de Andalucía (versión definitiva): "1. Corresponde a la Comunidad Autónoma: a) Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias. b) La competencia *ejecutiva* en materia de *autorizaciones de trabajo de los extranjeros* cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción. 2. La Comunidad Autónoma *participará* en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del *contingente* de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX" ("Relaciones institucionales de la Comunidad Autónoma"). Este ámbito de competencias se corresponde con la realidad vivida y con la praxis de actuación requerida ("acogida", "atención" y "protección social" efectiva) en una Comunidad Autónoma receptora de inmigrantes como es la de Andalucía (También lo son Cataluña y Valencia; dato significativo para comprender por qué en sus nuevos Estatutos constituyentes adquiere una especial centralidad el tratamiento de toda la problemática vinculada a la inmigración).

Todavía va más lejos en la atribución competencial el Estatuto de Cataluña, el cual establece distintos niveles competenciales. Conforme al art.138 ("Inmigración"):



1º) Corresponde a la Generalitat en materia de inmigración:

- a) La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación. El art.42.6 del Estatuto Catalán establece dentro de los deberes promocionales del poder público que “los poderes públicos deben emprender las acciones necesarias para establecer un régimen de acogida de las personas inmigrantes y deben promover las políticas que garanticen el reconocimiento y la efectividad de los derechos y deberes de las personas inmigradas, la igualdad de oportunidades, las prestaciones y las ayudas que permitan su plena acomodación social y económica y la participación en los asuntos públicos”.
- b) El desarrollo de las políticas de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias.
- c) El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social.
- c) El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas.
- e) La promoción y la integración de las personas regresadas y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes que faciliten su regreso a Cataluña.

2º) Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye:

- a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena.
- b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

3º) Corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V (“De las relaciones institucionales de la Generalitat”).

Con todo, es manifiesto que el Estatuto de Cataluña y, en menor medida evidentemente, el Estatuto de Andalucía pretende reflejar y normalizar formalmente la praxis operativamente que venían desplegando en gran medida algunas CCAA especialmente afectadas por el problema migratorio con una deficitaria cobertura legal. Ese proceso de normalización jurídico-estatutaria ha supuesto en sí mismo una reforma innovadora respecto a la situación jurídica precedente. Es lo cierto que habrá que esperar al pronunciamiento



del TC sobre la interpretación “flexible” –y necesaria- del marco constitucional de distribución de competencias tal y como se está reflejando en los nuevos Estatutos de Autonomía. En una perspectiva de conjunto parecen que la remodelación legal del ámbito operativo de competencias es razonable y se corresponde con las exigencias de tratamiento del problema práctico a resolver. Pero no se puede olvidar de momento en esa dialéctica centralización-descentralización dentro del Estado Social Autónomico los límites del margen de interpretación de los textos constitucionales sin previa reforma constitucional.

4. Una reflexión jurídico-crítica de conjunto

En una valoración general, se puede decir que los nuevos Estatutos de Autonomía *reproducen* en gran medida la intervención efectiva de las CCAA en el campo de las políticas de empleo y de inmigración, y abre nuevas posibilidades regulativas autónomas. Estas materias tienen una especial centralidad en la regulación estatutaria. Pero ello no parecer ser una opción arbitraria sino que más bien obedece a la necesidad de clarificar y formalizar los ámbitos posibles de actuación de las CCAA en esta materia. El nuevo proceso constituyente estatutario pone al día aquella concepción según la cual la Constitución no contiene un modelo acabado, sino que establece una atribución sólo potencial de competencias a las CCAA abierto al tiempo histórico³⁴. Desde hace tiempo el TC había observado que la propia “configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como las Comunidades Autónomas, supone necesariamente, la *diversidad de regímenes jurídicos*”, dentro de una necesaria armonización entre unidad y autonomía³⁵. Ello exige reforzar los mecanismos de *colaboración legislativa entre ambos titulares (Estado central y Unidades políticas autonómicas) del poder legislativo*. Se busca conciliar la unidad del Estado (y la tutela de intereses generales en todo el Estado Autónomico) y el ejercicio del derecho al autogobierno de las CCAA (y la tutela diferenciada de intereses específicos en el ámbito geopolítico de cada Unidad política territorial autónoma).

Es manifiesto que se ha producido una modificación del marco legal estatutario de envergadura, sobre todo en la materia de inmigración; materia, ésta, de atribución competencial controvertida, dado el marco constitucional formalmente restrictivo. Por ello deberá realizarse una interpretación finalista y adecuadora de la reserva constitucional en materia de “inmigración” (que, como se dejó constancia de ello, literalmente en la Constitución aparece como una competencia exclusiva absoluta del Estado central). Puede resultar problemática en mayor medida desde el punto de vista constitucional la atribución en algunos casos de competencias exclusivas en materia de legislación laboral

34 Véase ARAGÓN, M. y RUBIO, F.: “La Jurisdicción constitucional en la Constitución Española de 1978”, en VVAA.: *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, A. Predieri y E. García de Enterría, E. (Dir.), Madrid, Ed. Civitas, 1980, pág. 810.

35 STCo. 88/1986, de 1 de julio, fj. 6º.



(vgr. Personal laboral de las Administraciones Públicas; art.76.2.c) del Estatuto Andaluz). Ello por no entrar aquí en materias que se sitúan fuera del objeto de este ensayo, como la de Seguridad Social donde es posible anticipar zonas de fricción constitucional. Por supuesto no plantea problemas el hecho de que las CCAA puedan asumir competencias de legislación no básicas o de desarrollo de la legislación básica del Estado (STCo. 239/2002), pero no se puede privar a la Seguridad Social de su dimensión no contributiva ni de la asistencial interna bajo la pretensión de las CCAA de absolver íntegramente toda la materia asistencial. En verdad, cabe decir que tampoco parecen que lo pretendan los nuevos Estatutos de Autonomía. En este sentido hay que distinguir entre Seguridad Social Asistencial interna (vgr., prestaciones básicas en situaciones de dependencia), con base al título competencial ex art.149.1.17ª CE, y asistencia social “externa” al Sistema de Seguridad Social correspondiente a las CCAA como espacio propio de acción asistencial (con base al título competencial ex 148.1.20ª CE; respecto a esa distinción, SSTCo. 76/1986, 9 de junio, y 239/2002, 11 de diciembre). La expansión competencial autonómica se irá produciendo por una doble vía: por el cauce de la asistencia social (clásica y renovada) y servicios sociales y por la vía (paralela y complementaria) menos transitada (pero llamada a tener una extensión mayor tras el nuevo proceso constituyente autonómico) de la legislación no básica de Seguridad Social, cuya utilización funcional no se contrapone a la existencia de una Seguridad Social unitaria descentralizada territorialmente. La legislación no básica autonómica permite, pues, mejorar la acción protectora de los niveles contributivos y no contributivos de la legislación básica de Seguridad Social, con cargo a la financiación de las CCAA.

Quizás el resultado más palpable es la exteriorización y normalización formal de una efectiva descentralización y diversificación de las políticas y regulaciones sociolaborales³⁶. Se puede dar lugar a la creación de marcos autonómicos de relaciones laborales, cuyos contornos será necesario fijar en la dialéctica unidad (heteronomía) y diversidad (autonomía).

Llama la atención que el proceso de revisión o reforma estatutaria de competencias en materias socio-laborales provenga de una acción legislativa descentralizada sin haberla enmarcado previamente en un proceso constituyente globalizador y más ordenado, no estaría exento de complejidad y de controversia político legislativa. Por tanto, al “eludir” este enfoque, se puede tener la impresión de que el proceso “constituyente” autonómico ha estado en cierto modo invertido en el modo de proceder. Aunque en mayor parte de los casos no estamos hablando de cambios radicales, sí se puede hablar de una redefinición del modelo de distribución de competencias. A ello cabría interrogarse sobre si los agentes políticos han sido plenamente conscientes de que se están realizando cambios cualitativos en ese sentido de una redefinición del modelo de Estado autonómico. Las

36 Se ha señalado en este sentido que la tranquilizadora imagen de unidad que proporciona, en el plano formal, la recurrente “Técnica de los Sistemas Nacionales” –Empleo, Salud, Dependencia...- difícilmente puede llevar a ignorar que la diversidad, la diferencia, es inherente a Estado Autonómico de Derecho, que transita hacia su configuración en un “Estado Social Autonómico de Derecho”. Cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía...”, cit., págs.53 y sigs.



reformas estatutarias no son cosméticas ni epidérmicas, son cualitativas. Es de lamentar que no parece que se haya producido una programación previa y meticulosa desde el Estado central –en cooperación con las CCAA–, aunque, como es obvio, los correspondientes Estatutos de Autonomía se vienen aprobando en el Parlamento general que ha permitido, sin duda, garantizar una mayor homogeneidad en la lógica de la diversidad estatutaria permitida por la propia Constitución. Una mayor planificación del proceso reformista hubiera permitido no sólo introducir una mayor dosis de racionalización en el tratamiento de las materias laborales sino también corregir ambiguas redacciones, contribuyendo a una depuración técnica que, en no pocos, caso oculta la inseguridad competencial. Habría facilitado una mayor aclaración de los muchos conceptos jurídicos indeterminados que se utilizan en el reparto competencial. Pero más allá del “problema de método” utilizado en el proceso reformista es lo cierto que, en una perspectiva pragmática, se está imponiendo una especie de *modelo de Estado autonómico en el sentido de un “federalismo cooperativo”*, que viene a ser una estructura de Estado federal “débil” e impropio.

5. Bibliografía



- AJA, E.: *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza, 2003; ID.: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Balance y perspectivas”, en *Revista del CEC*, núm.4 (1989), págs.233 y sigs.; ID.: “El concepto de competencia concurrente. La legislación básica del Estado y de desarrollo de las Comunidades Autónomas”, en *VVAA.: Normativa básica en el Ordenamiento Jurídico español*, A.Pérez Calvo (Coord.), Madrid, INAP, 1990.
- ALONSO, J.A.: *El Estado Autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1986.
- ALONSO OLEA, M.: “El sistema normativo del Estado y las Comunidades Autónomas”, en *RPS*, núm.121 (1979).
- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Hacia el Derecho de la protección social”, en *VVAA.: Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, J.López López (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “La Seguridad Social en la Constitución española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional”, en *Documentación Laboral*, núm.30 (1990); ID.: “Comunidades Autónomas y Seguridad Social”, en *Papeles de Economía Española*, núm.12-13 (1982).
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: “El abandono de “lo básico”: Estado autonómico y mitos fundacionales”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm.12-13 (2000).
- CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “Marco competencial de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de trabajo y protección social. El proceso de transferencias de

servicios y funciones”, en VV.AA.: Derecho Social Vasco, GOÑI SEIN, J.L. y LANDA ZAPIRAIN, J.P.(Dir.), Bilbao, IVAP, 1999.

- CEINOS SUÁREZ, Á.: El trabajo de los extranjeros en España, Madrid, La Ley, 2006.
- DE LA VILLA, L.E.: “El modelo constitucional de protección social”, en VVAA.: El modelo social en la Constitución Española de 1978, SEMPERE NAVARRO, A.V.(Dir.), Madrid, MTAS, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L.: “Ley autonómica y ley estatal: sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico”, en REDC, núm.25 (1989).
- DUGUIT, L.: Manual de Derecho constitucional, edición y Est.prel., “La teoría jurídica de León Duguit”, a cargo de J.L.Monereo Pérez y J.Calvo González, Granada, Ed.Comares,
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “La necesaria reforma estructural de seguridad social”, Tribuna Social, núm.116-117 (2000).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “El Ordenamiento estatal y los Ordenamientos autonómicos. Sistema de relaciones”, en RAP, núm.100-102 (1983).
- GARCÍA GIL, M^a.B.: Los instrumentos Jurídicos de la Política de Empleo, Pamplona, Tromson-Aranzadi, 2006.
- GARCÍA MURCIA, J.y CASTRO ARGÜELLES, M^a.A.: “Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio”, Separata de Parlamento y Constitución, Cortes de Castilla-La Mancha-Universidad de Castilla-La Mancha, núm.4 (2000).
- GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas”, en Foro Seguridad Social, núm.1 (2002).
- GUTIERREZ LLAMAS, A.: La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. Estudio jurisprudencia de la técnica bases más desarrollo, Barcelona, Bosch, 1994.
- HURTADO GONZÁLEZ, L.: “Asistencia social y seguridad social: sus fronteras actuales”, en Actualidad Laboral, núm.25 (1993).
- JELLINECK, G.: Fragmentos de Estado, Introducción de M.Herrero de Miñón, Madrid, Civitas, 1981
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: La Ley autonómica en el sistema constitucional de Fuentes del Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2001; ID.: Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del Estado, Madrid, Civitas, 1993.
- LÓPEZ LÓPEZ, J.: Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social, Madrid, Marcial Pons, 1993.
- MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M.A.: Marginación, Estado Social y Prestaciones Autonómicas, Barcelona, Cedecs, 1999.



- MALDONADO MOLINA, J.A.: "La descentralización territorial y las pensiones no contributivas", en *Actualidad Laboral*, num.28 (1999).
- MÁRQUEZ PRIETO, A.: *Seguridad Social y protección social: un enfoque conceptual*, Málaga, Universidad de Málaga, 2002.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social*, Madrid, CES, 2005.
- MEDINA GUERRERO, M.: *Los Fondos estructurales en Andalucía: La distribución de competencias entre la Unión Europea, el Estado y la Comunidad Autónoma*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999; ID.: "Comentario al art.41 de la Constitución", en *VVAA.: Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo/Molina/Moreno (Dir.), Granada, Ed.Comares, 2002; ID.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Ed.Comares, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: "El derecho a una distribución equitativa de la renta. El derecho al Empleo", en *VVAA.: Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo/Molina/Moreno (Dir.), Granada, Ed.Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MONEREO PÉREZ, M. y OCHANDO CLARAMUNT, C.: "Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo", en *Revista Sistema*, núm.155-156 (2000).
- MOLINA HERMOSILLA, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Sevilla, Mergablum Edición-CARL, 2005.
- MOLINA NAVARRETE, C.: "Del "mal" e "inútil" uso del "poder legislativo" en materia de Seguridad Social: la Ley 4/2005, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos autonómico", en *Aranzadi Social*, núm.12 (2005); ID.: "Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las "materias de "empleo", "trabajo" y "protección social"", en *CEF-Trabajo y Seguridad Social*, núm.283 (2006), págs.53 y sigs.
- MORENO VIDA, M^a.N.: "Comentario al art.35.2 de la Constitución", en *VVAA.: Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo/Molina/Moreno (Dir.), Granada, Ed.Comares, 2002; ID.: MORENO VIDA, M^a.N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Universidad de Granada, 1989.
- OCHANDO CLARAMUNT, C.: "Los pactos sociales regionales: ¿Una nueva fórmula de superación de la crisis económica en España?", en *RL*, vol.II/1994.
- PALOMAR OLMEDA, A.: "El modelo de Seguridad Social en el seno del Estado Autonómico", en *RL*, tomo I/1997.



- PÉREZ TREMP, P.: “Legislación autonómica de desarrollo”, en VVAA.: El funcionamiento del Estado autonómico, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1999.
- PÉREZ VILLALOBOS, M^a.C.: Estado social y Comunidades Autónomas, Madrid, Tecnos, 2002.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Estado autonómico y constitución social: las políticas autonómicas de bienestar social”, en VVAA.: Comentario a la Constitución socio-económica de España, Monereo/Molina/Moreno (dirs.), Granada, Ed.Comares, 2002; ID.: “Los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral y de seguridad social resueltos por el Tribunal Constitucional”, en Carta Laboral, núm.20 (2000); ID.: “El principio constitucional de unidad del orden económico? Y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y seguridad social”, en AL, núm.47 (1999).
- PÉREZ VILLALOBOS, M^a.C.: Estado social y Comunidades Autónomas, Madrid, Tecnos, 2002.
- ROCHA, J., y TORRENTS, J.: Pactos y medidas de fomento del empleo en las Comunidades Autónomas, Madrid, MTAS, 2000.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Diálogo social, participación y negociación colectiva”, en RL, núm.23 (1995).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Dir.): Lecciones de Derecho del Empleo, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 2006.
- RUIZ-HUERTA CARBONELL, A.: Constitución y legislación autonómica, Madrid, Ibidem, 1995.
- ROIG, E.: “Autonomía e inmigración: competencias y participación de las CCAA y los Entes Locales en materia de inmigración”, en ADCP, núm. 14 (2002).
- RUBIO LLORENTE, F.: “El bloque de constitucionalidad”, en REDC, núm.27 (1989).
- SARAGOSSA I SARAGOSSA, J.V.(Coord.): Derecho del Empleo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo e intermediación en las Comunidades Autónomas, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.
- SOLANS LASTRE, M.A.: Concertación social y otras formas de neocorporativismo en España y en la Comunidad Europea, Madrid, Tecnos, 1995.
- SUÁREZ CORUJO, B.: La protección social en el Estado de las Autonomías, Madrid, Iustel, 2006.
- TAJADURA TEJADA, J.: El principio de cooperación en el Estado autonómico, Granada, Ed.Comares, 2000.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Legislación negociada y concertación social: una aproximación”, en RL, núm.2 (1997); ID.: “La legislación laboral negociada”, en Rev. MTAS, núm. 3 (1997).



- VIDA SORIA,J.: "Comentario al art.41 de la Constitución", en VVAA.: Comentarios a la Constitución Española de 1978, t. IV, dirigidos por Alzaga Villamil, Madrid, Edersa, 1996.
- VVAA.: Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España, Monereo/Molina/Moreno (Dirs.), Granada, Ed.Comares, 2002.
- VVAA.: La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña, Madrid, CEC, 2005.
- VVAA.: Seguridad Social y protección social: temas de actualidad, López López, J. (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 1996.
- VVAA.: Comentarios a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social, Monereo/Molina (Dirs.), Granada, Ed.Comares, 2001.
- VVAA.: Empleo y Mercado de Trabajo: Nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos, XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Molina Navarrete,C. (Coord.), Sevilla, CARL, 2005.



LOS DERECHOS SOCIALES Y LABORALES EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE CATALUÑA Y DE LA COMUNIDAD VALENCIANA¹.

Conferencia ofrecida en las Jornadas sobre el tratamiento de las cuestiones socio-laborales en el Esta-tuto de Autonomía de Andalucía. Universidad de Granada, 14 y 15 de mayo de 2007.

Eduardo Rojo Torrecilla².

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Antes de iniciar mi exposición deseo agradecer al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y a la Universidad de Granada la invitación que me han cursado para que imparta esta conferencia en el marco de las Jornadas sobre el tratamiento de las cuestiones sociolaborales en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, agradecimiento que deseo personificar en la persona del profesor Dr. José Luis Monereo Pérez, con quien me une una gran amistad desde hace muchos años. Esta invitación me ha permitido también ponerme nuevamente en contacto con el profesorado del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, compañeros y compañeras de una probada calidad intelectual como lo demuestran las numerosas y acreditadas publicaciones de sus miembros.

1. Que España ha cambiado profundamente desde que se aprobó la Constitución de 1978 es algo que nos parece una obviedad. Que hay un nuevo marco territorial, las Comunidades Autónomas, como consecuencia de la opción del constituyente y del desarrollo constitucional en las décadas de los ochenta y noventa del siglo XX también parece ser un dato que no requiere de mayor análisis y precisión. Ahora bien, que todo ello ha de comportar una redistribución de las competencias atribuidas a las distintas Administraciones Públicas, y ahora estoy pensado en el ámbito del empleo, la protección social y la inmigración, básicamente, ya no es algo tan pacíficamente

1 eduardo.rojo@udg.edu. Fecha de finalización del artículo: 12 de mayo de 2007.

2 Una primera versión de este trabajo se presentó el 1 de diciembre de 2006 en el marco de las V Jornadas sobre la Constitución Española, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. Algunas de las reflexiones aquí expuestas también encuentran su origen en la Ponencia presentada el 23 de octubre de 2006, en el marco de las Jornadas Giennenses sobre las reformas estatutarias organizadas por la Universidad de Jaén y que llevó por título "Una primera, y provisional, aproximación al contenido sociolaboral del nuevo estatuto de autonomía de Cataluña".



asumido por buena parte del mundo político, como lo demuestran los debates surgidos con ocasión de las reformas de los Estatutos de Autonomía, en especial el de Cataluña.

Las Comunidades Autónomas han ido desarrollando sus propios espacios o ámbitos de actuación en materia laboral desde que tuvieron competencias para ello, en concreto a partir de 1979, y no puede negarse que algunas Comunidades las ejercieron mucho más rápidamente que otras, ya que el marco jurídico en el que se movían así se lo permitía, y ese fue el caso de Cataluña, País Vasco y Galicia. La Comunidad Valenciana y Canarias les seguirían en virtud de la utilización del artículo 150.2 de la Constitución para ampliar los títulos competenciales.

Ahora bien, en la actualidad puede afirmarse sin temor a error que todas las Comunidades Autónomas han asumido, o han podido asumir (y si alguna no lo ha hecho ha sido, a mi parecer, por razones básicamente políticas, como ocurre en el País Vasco) la mayor parte de las competencias en materia de ejecución de la normativa laboral y que también han puesto en marcha políticas de protección social en su ámbito competencial, dirigidas en unos casos a la protección de los sujetos más desfavorecidos y en otros a la ampliación de las prestaciones concedidas desde la Administración General del Estado, así como también han desarrollado amplios espacios de intervención en el ámbito de la política de integración de los inmigrantes, aún cuando en este último punto no se ha tocado ni una coma, al menos hasta la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía de Cataluña, de las competencias del Estado en materia laboral.

Igualmente, han creado sus propias instituciones de autogobierno, como los Consejos Económicos y Sociales y los Consejos de Relaciones Laborales, desde las que llevar a cabo las políticas de concertación social con los agentes sociales en aras a poner en marcha medidas sociales y económicas que permitan aprovechar al máximo el capital económico y humano de cada Comunidad.

2. ¿A dónde quiero llegar con esta breve introducción? Mi tesis es que los nuevos Estatutos de Autonomía, o más en concreto la reforma de los anteriores, no regulan de forma totalmente nueva los derechos sociales y laborales, sino que incorporan a una ley orgánica todas aquellas competencias que se han ido asumiendo con el paso de los años, pero que ciertamente también incorporan nuevas competencias, algunas de las cuáles son novedosas y pueden provocar (de hecho ya las han provocado) conflictos de distribución de competencias con el Estado, tanto en el terreno estrictamente jurídico como en el más práctico del modelo de organización de Estado y en la discusión de cuáles son las competencias que deben ejercerse desde la Administración General del Estado y cuáles deben poder serlo por las Comunidades Autónomas y, en su caso, por las Administraciones Locales.

En la actualidad nos encontramos con cinco reformas de Estatutos de Autonomía que ya han visto la luz pública del Boletín Oficial del Estado y que han entrado en vigor,



como son el valenciano, el catalán, el de las Islas Baleares, el andaluz y el aragonés (Leyes orgánicas 1/2006, de 10 de abril, 6/2006, de 19 de julio, 1/2007 de 28 de febrero, 2/2007 de 19 de marzo y 5/2007 de 20 de abril, respectivamente). En fase de tramitación se encuentran los Estatutos de Canarias, que no goza de momento del apoyo del Partido Popular, y los de Castilla y León y Castilla-La Mancha, ambos pactados entre las dos fuerzas políticas estatales más representativas (PSOE y PP).

3. Es sin duda el Estatuto de Cataluña el que más ha llamado la atención y ha generado un mayor debate político-social, ya que el valenciano no introduce a mi parecer sustanciales modificaciones con respecto al marco jurídico anteriormente vigente, tal como explicará más adelante. Y además, el Estatuto de Cataluña está siendo en estos momentos el espejo de referencia donde se miran otros proyectos autonómicos para conseguir alcanzar el mismo techo competencial. Andalucía ha ido por el mismo camino que Cataluña, aunque la redacción de su Estatuto incorpora algunas referencias al respeto al marco constitucional que parece que han sido suficientes para acercar al Partido Popular, extremadamente crítico con la norma catalana, al resto de fuerzas políticas en la valoración positiva de aquel. Por su parte, el texto de reforma del Estatuto canario también incorpora artículos de contenido idéntico al catalán, entre los que quiero destacar algunos que han sido impugnados por el grupo popular del Congreso de los Diputados, y por el Defensor del Pueblo, ante el Tribunal Constitucional: se trata del artículo 66, que regula las competencias ejecutivas de la autonomía, el artículo 111 sobre competencias autonómicas en materia de inmigración, y el artículo 113.2, que atribuye a la Comunidad Autónoma la titularidad de la dependencia orgánica y funcional de los miembros de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que desempeñan la función pública inspectora.

La nueva realidad autonómica tendrá, no me cabe duda, diferentes grados de intensidad como los tuvo el desarrollo autonómico post-constitucional. En algunas ocasiones, los derechos sociales y laborales que se recojan en los textos estatutarios serán simplemente una puesta al día y adaptación de la normativa ya vigente, pero en otras no es así y por ello puede significar un cambio sustancial con respecto al marco jurídico anterior.

También será necesario que intervenga el Tribunal Constitucional, como garante máximo de la adecuación de toda la normativa autonómica al texto constitucional, dado que deberá pronunciarse sobre los recursos contra el Estatuto catalán del Partido Popular (previsible si se presta atención al debate que hubo durante su tramitación) y del Defensor del Pueblo (mucho menos previsible y mucho más sorprendente, como mínimo, a mi parecer). Pero también, me resulta difícil entender como algunos artículos impugnados del Estatuto catalán han merecido la aprobación del grupo popular en la cámara andaluza, como por ejemplo la dependencia orgánica y funcional de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de las autoridades autonómicas.

Pero mientras tanto, mientras se pronuncia el Tribunal Constitucional, hay que avanzar (en la Comunidad Valenciana, en Cataluña, en las Islas Baleares, en Andalucía y en



Aragón, y próximamente en las restantes Comunidades Autónomas) en el desarrollo de los Estatutos, siempre teniendo como punto de referencia ineludible que el Estado garantiza la igualdad del ejercicio de los derechos y libertades básicas en todo el territorio del Estado, pero también que igualdad no significa uniformidad, tal como ha declarado en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional, y que las autonomías tienen un amplio espacio de intervención propia en el ámbito de las relaciones sociales y laborales.

4. Desde una perspectiva general, ¿cuáles son algunas, no todas, de las cuestiones que mayor interés pueden tener en el desarrollo inmediato de los Estatutos? De acuerdo con la petición formulada por la organización de estas Jornadas voy a efectuar algunas referencias concretas al Estatuto más polémico, para algunos, jurídicamente hablando (que no desde el plano político, ya que el texto fue ampliamente refrendado por la población catalana), es decir el de Cataluña, ya que como he dicho antes ha inspirado a varios de los que le han seguido en el tiempo, y abordar después algunos de los preceptos más destacados del Estatuto de la Comunidad Valenciana.

En primer lugar, nos encontramos con que la Comunidad Autónoma de Cataluña ha asumido competencias ejecutivas en materia de tramitación de autorizaciones de trabajo para extranjeros que obtengan autorización de residencia y deseen trabajar en España y en concreto en territorio catalán, y en idéntico sentido se pronuncian el Estatuto andaluz y el proyecto canario. El artículo 138.2 le atribuye dicha competencia “en estrecha coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros”, e incluye tanto la tramitación y resolución de las autorizaciones de trabajo por cuenta propia o ajena, como “la tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere el apartado anterior y la aplicación del régimen de inspección y sanción”.

La nueva atribución competencial implica una mayor presencia autonómica, de los órganos de dirección competentes, en la toma de decisiones que afectan a la vida laboral de miles de personas, y al mismo tiempo un replanteamiento o reestructuración de las competencias de las autoridades estatales en el ámbito territorial autonómico. Cuando varias Comunidades Autónoma hayan asumido esta competencia, como es previsible y que no parece que se vaya a dilatar mucho en el tiempo, será necesaria una mayor y mejor articulación entre las distintas administraciones competentes para que los ciudadanos afectados, en este caso los extranjeros extracomunitarios, puedan ejercer con plena eficacia los derechos que la normativa de extranjería les confiere.

En segundo término, piénsese que la competencia ejecutiva en materia de gestión de las políticas de empleo, y la apertura de un espacio normativo para llevar a cabo políticas propias en este ámbito, puede llevar a muchas autonomías, y Cataluña sigue siendo un punto de referencia, a la puesta en marcha de normas específicas para el territorio y que complementen las dictadas desde el Estado.



A título de ejemplo significativo, cada territorio puede acordar aquellas acciones de apoyo al empleo que considere más adecuadas en razón de las características de su población ocupada y desempleada, y además pactar en el seno de la Conferencia Sectorial de Asuntos laborales las medidas que sean más adecuada para el conjunto del Estado. Ciertamente, esta última posibilidad ya existe en la actualidad y ha sido utilizada fundamentalmente desde la llegada al poder en el año 2004 del gobierno socialista, pero la ampliación competencial en materia de empleo que puede producirse en los ámbitos autonómicos puede llevar también a una ampliación de las competencias de las autonomías y a un adelgazamiento de la actuación de las autoridades estatales en este ámbito. Por ejemplo, pueden establecerse medidas propias autonómicas de incentivación a la contratación como trabajadores asalariados, o al apoyo a su establecimiento por cuenta propia, de colectivos de difícil acceso al mercado de trabajo, cuyas líneas generales fijadas por el Fondo Social Europeo y por el Programa Nacional de Reformas deben coincidir pero que no tiene que ser necesariamente idénticos.

La competencia ejecutiva atribuida a la Generalitat catalana incluye en este supuesto (artículo 170. 1 b) “las políticas activas de ocupación, que incluyen la formación de los demandantes de ocupación y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes”, al mismo tiempo que se prevé la participación autonómica en los planes o actividades de formación que superen el ámbito territorial autonómico.

¿Qué decirles, en tercer lugar, de la nueva articulación competencial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, organismo garante del cumplimiento de la normativa laboral y de protección social? A partir del desarrollo del nuevo Estatuto de Cataluña, y en la misma línea deberá ir el Estatuto andaluz y, si se aprueba, el todavía proyecto canario, por no referirnos ya al de Aragón que menciona expresamente que para el ejercicio de sus competencias laborales la autonomía “dispondrá de una función pública inspectora propia”, la Inspección tendrá dependencia orgánica y funcional del ámbito político autonómico, sin perjuicio de la necesaria colaboración y cooperación entre el Estado y las autonomías, ya que hay competencias en materia de protección social que siguen siendo competencia exclusiva del Estado y que no se han visto modificadas en la nueva normativa autonómica. En el Estatuto catalán se dispone que a través de los mecanismos de cooperación previstos en cada uno de ellos, respectivamente, “se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social”, mientras que el Estatuto andaluz añade que las competencias estatales y autonómicas se ejercerán de forma coordinada, “conforme a los planes de actuación que se determinen a través de los indicados mecanismos”. Por lo demás, recuérdese que el Tribunal Constitucional ha defendido en reiteradas ocasiones que “la atribución de la competencia ejecutiva comprende la de la potestad sancionadora en la materia sobre la que se ejerce”, siendo la más reciente la Sentencia número 51/2006 de 16 de febrero.



Por último, cabe decir que el Estatuto catalán ha atribuido competencias a la autonomía para que regule prestaciones sociales que complementen las cuantías percibidas por los pensionistas del ámbito estatal, aún cuando no se trate en puridad de una prestación no contributiva. Por ello, el primer conflicto planteado, no propiamente sobre el Estatuto sino sobre la ley de prestaciones económicas para situaciones de necesidad y cuyo texto encuentra plena cobertura a mi parecer en el nuevo Estatuto, versa sobre la conformidad de las actuaciones autonómicas que pretenden complementar, por ejemplo, las prestaciones de viudedad siempre y cuando la persona afectada cumpla los requisitos previstos por la norma³. El Estatuto catalán atribuye en el artículo 166.1 competencia exclusiva para “a) La regulación y la ordenación de la actividad de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementaria de otros sistemas de previsión pública”, y un texto idéntico se encuentra en el artículo 114. 1 a) de la proposición de reforma del Estatuto canario, así como también, con ligeras variaciones que no afectan en absoluto a su contenido, en el artículo 61.1 a) del Estatuto andaluz.

5. Las competencias atribuidas a la Comunidad Valenciana son, a mi parecer, de menor importancia. En el ámbito del empleo cabe hacer referencia, en primer lugar, a la obligación que asume la Generalidad de trabajar por la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, con especial atención al ámbito del empleo y del trabajo, así como también, y en el ámbito de sus competencias, de impulso de la formación permanente y de una ocupación estable y de calidad en la que se garantice la seguridad y salud en el trabajo. Entre las competencias exclusivas, si bien siempre de acuerdo con el artículo 149 de la CE y también, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica del Estado, el artículo 49.3.8ª, la Generalidad se atribuye “la gestión de las funciones del servicio público de empleo estatal en el ámbito de trabajo, ocupación y formación”. Por lo que respecta a las competencias ejecutivas, se asume las de ejecución de la legislación del Estado en materia laboral, según el artículo 51.1.1ª, asumiendo las facultades, competencias y servicios que en este ámbito ostenta el Estado con respecto a las relaciones laborales, “sin perjuicio de la alta inspección de este”, así como también el fomento activo de la ocupación.

Por lo que respecta a la inmigración, la Generalidad deberá ajustar su actuación teniendo en consideración los derechos y la atención social que debe recibir los inmigrantes con residencia en la Comunidad Valenciana (artículo 10.3). Además, el Título V regula las relaciones con el Estado y otras Comunidades Autónomas, y en el artículo 59.5 se dispone de forma extremadamente concisa que “la Generalidad colaborará con el gobierno de España en materia de inmigración.

3 Al respecto, vid la Resolución de 17 de abril de 2007 de la Secretaría de Estado de Cooperación territorial (BOE, 30) que publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Generalidad de Cataluña en relación con la Ley de Cataluña 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico. Según dicho acuerdo, la Generalidad se compromete a promover la modificación de los preceptos de la ley (artículo 20, núms.1 y 2, y añadir una disposición adicional) para resolver el conflicto suscitado.

6. Una vez realizada esta explicación general del nuevo marco competencial autonómico y de su incidencia posible sobre el desarrollo y aplicación del texto constitucional, paso a analizar dos ámbitos en los que la nueva realidad del Estado de las autonomías ha dado paso a una amplia intervención autonómica que, en unas ocasiones con título competencial como sería el caso del empleo, y en otras en principio sin ese título que avalara su actuación como sería el supuesto de la política de inmigración, han dado lugar de forma gradual y paulatina a un nuevo marco jurídico en esos ámbitos y en el que se reconocen los títulos competenciales autonómicos, no sólo ni mucho menos en materia de trabajo, para intervenir.
7. La política de empleo ha de partir del marco competencial constitucional en la materia y del reparto existente entre las diferentes administraciones públicas, ya que no debe olvidarse que las administraciones autonómicas y locales disponen cada vez más de competencias, en ocasiones jurídicamente formalizada y en algunas ocasiones por la vía de la intervención fáctica, en esta materia. Como he puesto de manifiesto en otras ocasiones, en el marco de los trabajos que hemos realizado en la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Girona sobre la relación entre las políticas de empleo y de inmigración, la coordinación de las diferentes administraciones es necesaria, y para que sea eficaz se requiere también que haya la transferencia de los recursos apropiados y que exista la coordinación administrativa adecuada. Se han de tener en consideración por el Estado las propuestas que formulen las Comunidades Autónomas, y se ha de garantizar un mayor protagonismo de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales.

La coordinación de las políticas de empleo, tanto en su vertiente ascendente como descendente, se configura como una pieza central y necesaria para dar debida respuesta a los nuevos retos que se plantean en el mercado de trabajo, adquiriendo capital importancia el correcto y adecuado conocimiento de la realidad territorial en la que operan las diferentes políticas de empleo. Además, la mayor participación femenina en el mercado de trabajo, la mayor presencia ordenada de la inmigración y el mantenimiento en el mundo laboral de los trabajadores de edad madura (de 55 a 64 años) son requisitos obligados para poder alcanzar en el año 2010 los objetivos fijados en la Estrategia de Lisboa aprobada el año 2000 y revisada en el 2005.

Una vez transferidas las competencias de gestión de las políticas activas del empleo y creados todos los sistemas públicos de empleo autonómicos, se ha abierto un amplio camino en España para que las Comunidades Autónomas, aprovechando el marco constitucional, estatutario y legal vigente, así como la interpretación judicial de sus preceptos por el Tribunal Constitucional, tengan y desarrollen una política propia de empleo, y que al mismo tiempo puedan plantearse que una parte de sus competencias sean asumidas por las autoridades locales. En el ámbito local las políticas de empleo deberán ponerse en marcha de forma estrechamente coordinada con otras políticas que inciden sobre el mercado de trabajo, como son las de formación, educación o asistencia social, y todas ellas tienen sin duda una importancia relevante sobre los derechos y deberes de la población inmigrada.



Se constata la existencia de un importante vínculo entre las políticas de empleo y de inmigración, tanto por el objetivo común de garantizar la igualdad de trato y no discriminación como por la toma en consideración en numerosas normas de los inmigrantes (en general en algunas ocasiones, y de aquellos que tienen dificultades para acceder al mercado laboral en otras) como colectivo con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo. Por ello debe apostarse por garantizar a todos los inmigrantes regulares el acceso a las políticas de empleo y de formación en idénticas condiciones que los autóctonos, y explorar otras vías, en estrecha colaboración con las Administraciones Locales, para que todos los inmigrantes, incluyendo aquellos que se encuentren empadronados en algún municipio, puedan acceder a las actividades formativas.

La importancia de los Servicios de Empleo autonómicos en la gestión de la integración laboral de los inmigrantes es fundamental, tanto por las competencias de que disponen en materia de gestión de las políticas activas de empleo como por las numerosas vías que la normativa de extranjería, el Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, ha abierto para que las Comunidades Autónomas asuman un papel más importante en la gestión de todas las políticas de inmigración, incluida por consiguiente la de empleo.

Repárese en la intervención autonómica en la elaboración del contingente y del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, así como en su intervención como controladora de la inexistencia de demandantes de empleo autóctonos como requisito previo para que un empleador pueda contratar a un trabajador extranjero no residente en España.

En definitiva, la normativa de extranjería ha reforzado considerablemente los vínculos que deben existir entre la situación de regularidad administrativa y el acceso al trabajo.

Además, el proceso de normalización del año 2005 ha significado un importante incremento de ciudadanos extranjeros que tienen derecho a acceder a los servicios y prestaciones de los servicios públicos de empleo, y para ello tales servicios han de disponer de los recursos económicos y humanos necesarios para poder desarrollar eficazmente su actividad.

Hay que seguir apostando, en definitiva, por políticas activas de empleo que tiendan a la mejora del conocimiento, al logro de una mayor cohesión e inclusión social, y a la mejora de la calidad. El problema del empleo en España es cada vez menos de cantidad y más de calidad, y por ello necesitamos cada vez más personas más preparadas y competentes, y estoy convencido que la incorporación de la población extranjera al mercado de trabajo en condiciones dignas y estables es una parte fundamental de las políticas activas de empleo que deben desarrollarse en el futuro inmediato.

8. El desarrollo del Estado de las Autonomías y el fortalecimiento del papel que muchas Corporaciones Locales juegan en el ámbito de las políticas de promoción económica y de empleo y de formación en su territorio ha implicado un cambio sustancial en el diseño, elaboración y aplicación de las políticas de empleo desde que se aprobó el texto constitucional.

Es necesario prestar atención al diseño constitucional del reparto de competencias en materia laboral, así como a la interpretación que de algunos preceptos de nuestra Carta Magna ha efectuado el Tribunal Constitucional, en cuanto que condiciona sin duda el marco normativo regulador de los organismos encargados de la gestión del empleo, pues no se olvide que la Ley 51/1980 de 8 de octubre, Básica de Empleo se dicta en un momento histórico en que aún no se habían desarrollado los mandatos constitucionales.

La Constitución atribuye la competencia exclusiva al Estado en materia de “legislación laboral” pero no en “materia laboral”, algo que después tendrá una importancia más que relevante como se encargará de manifestar el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia núm. 35/1982 de 14 de mayo. En cuanto a qué deba entenderse por el adjetivo “laboral”, cuando nos referimos a legislación laboral, este merece una conceptualización concreta y restringida por parte del Alto Tribunal, que lo refiere sólo al trabajo por cuenta ajena, entendiendo por consiguiente como legislación laboral “aquella que regule directamente la relación entre trabajadores por cuenta ajena” y que es objeto de atribución exclusiva en su regulación al Estado, considerando el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 195/1996 de 28 de noviembre que en este ámbito “ningún espacio de regulación externa les resta a las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución”.

Más adelante, el Tribunal referirá la calificación de “laboral” al conjunto de institutos jurídicos referentes al trabajo por cuenta ajena, por lo que quedan fuera de este concepto la actividad intervencionista de la Administración, es decir la organización, control y dirección de los servicios, instituciones u organismos creados para un más correcto y ordenado desarrollo de las relaciones laborales. A partir de estos planteamientos cabe afirmar que las normas de política social y económica no son Derecho Laboral en sentido estricto pero que sí pueden incluirse dentro de la “materia laboral” y de lo que más genéricamente podría denominarse marco de relaciones laborales de una Comunidad Autónoma. Tesis que entiendo que queda reforzada por la doctrina del Alto Tribunal cuando afirma que se pueden incluir dentro del título competencial del artículo 149.1.7 “las acciones de estímulo a la contratación temporal en sus distintas modalidades, que se insertan sin dificultad en dicho título, el cual ha de tenerse asimismo por prevalente en lo que atañe a los incentivos a la formación profesional ocupacional”.

Desde este planteamiento constitucional que comparto es posible una política de empleo propia de una Comunidad Autónoma, con un amplio margen de competencias



para ésta en orden a su articulación territorial con los ámbitos locales a fin de maximizar los resultados positivos, y en el caso de Cataluña el nuevo Estatuto de Autonomía permite profundizar en este terreno, con un mandato expreso en el artículo 45 a la Generalitat para promover “la creación de un espacio catalán de relaciones laborales establecido en función de la realidad productiva y empresarial específica de Cataluña y sus agentes sociales”, marco en el que los poderes públicos deberán fomentar “una práctica propia de diálogo social, de concertación, de negociación colectiva, de resolución extrajudicial de conflictos laborales y de participación en el desarrollo y la mejora del entramado productivo”.

Ahora bien, esta posibilidad no obvia, de acuerdo con el marco constitucional al que antes he hecho referencia, a que cualquier instrumento de gestión de política de empleo que se cree en sede autonómica (y por derivación local) deba actuar en estrecha coordinación con el organismo gestor estatal de la política de empleo y con el responsable equivalente en el ámbito comunitario europeo. Las Comunidades Autónomas pueden actuar en el ámbito que ahora estoy examinando a partir de una interpretación amplia de dos preceptos constitucionales: el artículo 148.1.13, que les permite asumir competencias sobre el fomento del desarrollo económico, “dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional”, y el artículo 149.1.13, que atribuye la competencia exclusiva al Estado sólo “sobre las bases y coordinación de la política de planificación económica”; es decir, tendrían cabida dentro de la interpretación que propugno todas las actuaciones públicas autonómicas dirigidas a generar directa o indirectamente empleo. Igualmente, las posibilidades autonómicas de desarrollar y ejecutar planes estatales para la reestructuración de sectores industriales, de conformar un sector público empresarial propio y de adoptar medidas tendentes a optimizar sus recursos económicos, posibilita a mi entender que se puede efectuar una política incisiva en materia económica y social, en estrecha colaboración con las autoridades locales y con las fuerzas sociales presentes en el territorio, y no limitarse a reproducir miméticamente normas estatales de subvenciones a empresas que contraten a trabajadores pertenecientes a los colectivos más desfavorecidos, o a quienes pretenden incorporarse al proceso productivo.

En suma, las Comunidades Autónomas no intervienen en las relaciones de trabajo por vía de la legislación laboral al ser inaccesible la misma en virtud de lo dispuesto en el texto constitucional, o dicho más correctamente en puridad jurídica, de acuerdo a la interpretación que hasta el momento presente ha efectuado el Tribunal Constitucional del artículo 149.1.7 de la Constitución. Pero sí puede configurarse un espacio autonómico propio a partir de la utilización de sus competencias (piénsese en los servicios públicos autonómicos de empleo que tienen por objetivo básico gestionar las políticas activas de empleo, en virtud del traspaso de competencias en esta materia operado con anterioridad), y además por la existencia de instancias de concertación que permitan el establecimiento de un diálogo y negociación fluida y eficaz entre los agentes sociales y los poderes públicos (entre los que obviamente deben incluirse los locales) para la resolución de los problemas planteados; instancias cuya constitucionalidad fue aceptada por el Alto Tribunal en la sentencia número



35/1982 de 14 de julio al referirse al Consejo de Relaciones Laborales del País Vasco; frente al argumento de la parte recurrente de que no existía ningún organismo del Estado que tuviera funciones similares a las que se le atribuían, el Tribunal sostuvo que no por ello su creación tiene tacha de inconstitucionalidad, ya que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en la materia laboral y orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre ella, y esto les permite crear instituciones de autogobierno al amparo del artículo. 148.1.1 de la Constitución, “cuyo fin sea el de lograr la armonía de las relaciones laborales y disminuir los conflictos a que éstas pueden dar lugar”. A título de ejemplo significativo, repárese en el artículo 72 del Estatuto catalán, que regula el Consejo de Trabajo, Económico y Social como un órgano colegiado de carácter consultivo y de asesoramiento del Gobierno autonómico en materias socioeconómicas, laborales y ocupacionales. Ese espacio es el que también puede inferirse de la referencia contenida en el Dictamen 1199/2006, de 27 de julio, del Consejo de Estado, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se ordenan los programas de políticas activas de empleo y se actualizan las subvenciones de los mismos, en el que se afirma que la Ley de Empleo trató de armonizar el nuevo modelo legal “con la distribución de competencias estatal y autonómica en materia de empleo y de asegurar la cooperación y coordinación entre ambas administraciones”, y que las CC AA han asumido en los últimos años la gestión y control de las políticas activas de empleo..... convirtiéndose “en las principales protagonistas de la gestión de la política de empleo”⁴.

9. La Ley 56/2003 de 16 de diciembre, de Empleo, se dicta en un momento en que el marco político, económico y social es sensiblemente diferente del que existía cuando se aprobó la Ley Básica de Empleo de 1980. Ya se ha desarrollado el marco político constitucional y estatutario, con la transferencia de la gestión de las políticas activas de empleo desde el Estado a las Comunidades Autónomas durante la pasada década y la presente. Es decir, ha cambiado el mapa territorial del empleo. Por otra parte, hay una creciente implicación de las Administraciones Locales en la aplicación, ejecución y desarrollo de políticas de empleo, aunque no estuvieran dotadas del marco legal propio para llevar a cabo dicha actividad. Es decir, las Administraciones Locales cada vez tienen más que hacer y decir sobre las políticas de empleo. También la incorporación de España a la UE a partir de 1986 y la adaptación gradual y paulatina de nuestro marco jurídico, con la obligación, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, en 1997, de adecuar nuestra política de empleo a las orientaciones generales de la política económica comunitaria, a la Estrategia Europea de Empleo y a las directrices anuales para el empleo, implica que la política de empleo española no puede concebirse sin el seguimiento de las líneas básicas y de las directrices comunitarias. Por fin, la apertura de las tareas anteriormente reservadas de forma exclusiva al Instituto Nacional de Empleo (INEM) a las entidades colaboradoras, públicas o privadas, tales como las de información, orientación e intermediación, ha

⁴ Puede consultarse el texto íntegro en la base de datos del Consejo de Estado.
http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2006-1199



implicado la desaparición del monopolio público de la colocación y que cada vez haya más sujetos que intermedian en el mercado de trabajo.

A mi parecer, los objetivos de las nuevas políticas de empleo que se han de poner en marcha con la Ley de Empleo son básicamente dos: en primer lugar, dar debida respuesta a los nuevos retos de los mercados de trabajo, combinando adecuadamente todos los instrumentos jurídicos disponibles desde el ámbito comunitario hasta el local, con una aplicación estricta del principio de subsidiariedad y con una coordinación adecuada y eficaz de todos los servicios públicos de empleo (comunitario, Servicio Público de Empleo estatal, el de cada de cada autonomía y los de aquellos ámbitos locales que los hayan puesto en marcha). Se trata de conseguir que los instrumentos jurídicos permitan hacer la política de empleo más eficaz y más cercana a la ciudadanía.

En segundo término, la búsqueda del pleno empleo estable y de calidad, mediante la adecuada combinación de políticas activas de acceso al mercado de trabajo y de políticas de protección económica para las personas que se encuentran en situación de desempleo. Atención especial, tanto en políticas “de cantidad” como “de calidad”, a los colectivos con más dificultades, como son las mujeres, los desempleados de larga duración, los jóvenes, los discapacitados, y buena parte de los inmigrantes incorporados, de forma regular o irregular, al mercado de trabajo español. Se trata, en definitiva, de prestar atención a un mercado de trabajo cada vez más diversificado y con instrumentos adecuados que permitan hacer frente a esa diversidad, y para ello los nuevos Estatutos de Autonomía han de otorgar el apoyo necesario para llevar a cabo esas nuevas políticas.

10. Conviene efectuar, siquiera sea de forma esquemática, un repaso a la regulación de las competencias en materia de empleo en los restantes Estatutos de Autonomía ya aprobados y a los que se encuentran en fase de debate parlamentario.

A) Según dispone el artículo 62 del Estatuto andaluz, corresponde a la Comunidad Autónoma andaluza, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen en todo caso:

“1º Las políticas activas de empleo, que comprenderán la formación de los demandantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes; la intermediación laboral y el fomento del empleo.

2º Las cualificaciones profesionales en Andalucía.

3º Los procedimientos de regulación de ocupación y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos entre centros de trabajo situados en Andalucía.

4º La Prevención de Riesgos Laborales y la Seguridad en el Trabajo.



- 5º La determinación de los servicios mínimos de las huelgas que tengan lugar en Andalucía.
- 6º Los instrumentos de conciliación, mediación y arbitraje laborales.
- 7º La potestad sancionadora de las infracciones del orden social en el ámbito de sus competencias.
- 8º El control de legalidad y, si procede, el registro posterior de los convenios colectivos de trabajo en el ámbito territorial de Andalucía.
- 9º La elaboración del calendario de días festivos en el ámbito de la Comunidad Autónoma”.

Igualmente, corresponde a la Junta de Andalucía la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en todo lo previsto en el apartado anterior. A tal efecto, los funcionarios de los cuerpos que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Junta de Andalucía. A través de los mecanismos de cooperación previstos en el presente Estatuto se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social, ejerciéndose las competencias del Estado y de la Junta de Andalucía de forma coordinada, conforme a los Planes de actuación que se determinen a través de los indicados mecanismos.

- B) El artículo 25 del Estatuto balear dispone que las Administraciones Públicas de las Islas deben impulsar la formación permanente, el acceso gratuito a los servicios públicos de ocupación y a la ocupación estable y de calidad. Por otra parte, les atribuye la función ejecutiva, en los términos que se establezcan en las leyes y normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, de la legislación laboral y la formación profesional continua (art. 30).
- C) Según el Estatuto aragonés, se atribuye a la autonomía las competencias de ejecución para aplicar la legislación estatal, con el ejercicio de todas las potestades que el ordenamiento jurídico atribuya a la Administración Pública, en materia de trabajo y relaciones laborales, con referencia expresa en el texto a las políticas activas de ocupación, la intermediación laboral y la prevención de riesgos laborales y la seguridad y salud en el trabajo, disponiéndose que “para el ejercicio de estas funciones dispondrá de una función inspectora propia” (art. 77).
- D) En la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma se encuentra la consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos sectores de la producción, con una mención expresa en el artículo 7.3 a) a la especial garantía de los puestos de trabajo para los sectores más desprotegidos de la sociedad canaria.

El artículo 66 dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en el ámbito de sus competencias ejecutivas, la potestad reglamentaria, que comprende la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado, así como la función ejecutiva que, en todo caso, incluye



la potestad de organización de su propia administración y, en general, todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública. Este precepto tiene especial importancia para interpretar el artículo que regula las competencias ejecutivas en materia de trabajo y Seguridad Social.

El artículo 113 está dedicado al empleo y las relaciones laborales, y está redactado en términos sensiblemente semejantes a los de los Estatutos catalán y andaluz.

Corresponden a la autonomía, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen, en todo caso:

- a) Las políticas activas de empleo, que comprenderán la formación de los demandantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes; la intermediación laboral y el fomento del empleo.
- b) Las relaciones laborales y condiciones de trabajo.
- c) Las cualificaciones profesionales en Canarias.
- d) Los procedimientos de regulación de ocupación y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos entre centros de trabajo situados en Canarias.
- e) La prevención de riesgos laborales y la seguridad en el trabajo.
- f) La determinación de los servicios mínimos de las huelgas que tengan lugar en Canarias.
- g) Los instrumentos de conciliación, mediación y arbitraje laborales.
- h) La potestad sancionadora de las infracciones del orden social en el ámbito de sus competencias.
- i) El control de legalidad y, si procede, el registro posterior de los convenios colectivos de trabajo en el ámbito territorial de Canarias.
- j) La elaboración del calendario de días festivos en el ámbito de la Comunidad Autónoma”.

Igualmente, le corresponde a la autonomía la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en todo lo previsto en el apartado anterior. A tal efecto, los funcionarios de los cuerpos que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Comunidad Autónoma de Canarias. A través de los mecanismos de cooperación previstos en el presente Estatuto, se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social.

- E) En la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León se reconoce, en el art. 13.4, el derecho de los ciudadanos de la CC AA al acceso en condiciones de igualdad y gratuidad al Servicio Público de Empleo autonómico, así como de los derechos a la formación y promoción profesional, y al de



prestación de la actividad de tal forma que se garantice su salud, seguridad y dignidad. Por otra parte, y en el ámbito laboral y de empleo, se le atribuye competencias de ejecución, siempre en los términos que establezcan las leyes y normas reglamentarias que en su desarrollo dicte el Estado, “en materia de empleo y relaciones laborales, políticas activas de ocupación, prevención de riesgos laborales, promoción de la salud y seguridad laboral”.

- F) Por fin, en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, el artículo 133 regula las competencias en materia de trabajo y relaciones laborales, atribuyendo a la Junta la competencia compartida en el marco de la legislación del Estado, con inclusión en todo caso de “a) Las relaciones laborales y condiciones de trabajo, así como las cualificaciones profesionales en Castilla-La Mancha. b) Las políticas activas de empleo que incluyen la formación de los demandantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes; la intermediación laboral, incluida la regulación, la autorización y el control de las agencias de colocación con sede en Castilla-La Mancha, y el fomento del empleo. c) La negociación colectiva y el registro de los convenios colectivos de trabajo, así como el control de legalidad en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha. d) Los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos entre centros de trabajo situados en Castilla-La Mancha. e) La prevención de riesgos laborales y la seguridad y la salud laboral, así como la potestad sancionadora de las infracciones del orden social en el ámbito de sus competencias. f) La determinación de los servicios mínimos en las huelgas que tengan lugar en Castilla-La Mancha. g) Los instrumentos de conciliación, mediación y arbitraje laborales. h) La elaboración del calendario de días festivos para Castilla-La Mancha”.

Igualmente, la Junta de Comunidades tiene atribuida de forma compartida la función pública inspectora en todo lo previsto en el apartado anterior. A tal efecto los funcionarios de los Cuerpos que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Junta de Comunidades. A través de los mecanismos de cooperación previstos en este Estatuto se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de esta función inspectora, ejerciéndose las competencias del Estado y de la Junta de Comunidades, de forma coordinada, conforme a los planes de actuación que se determinen en los mecanismos indicados.

11. Sobre la política de inmigración, en principio competencia exclusiva del Estado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 149.1.2 de la Constitución, cabe decir lo siguiente:

El estudio de la normativa aplicable a los trabajadores extracomunitarios debe partir del marco constitucional y estatutario vigente, así como de la doctrina del Tribunal Constitucional, para poder examinar en qué medida se pueden poner en marcha reformas estatutarias que impliquen mayores cuotas de autogobierno autonómicas en los ámbitos de la inmigración y el empleo.



Conviene recordar en primer lugar que el artículo 13.1 de la CE dispone que los extranjeros disfrutarán en España “de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la ley”. Para el Tribunal Constitucional, según la sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre, no hay en el texto constitucional un principio general de igualdad de trato entre españoles y extranjeros y por ello “la igualdad o desigualdad en la titularidad y en el ejercicio de los derechos dependerá, por propia voluntad constitucional, de la libre voluntad del Tratado o de la ley”. A partir de este razonamiento el alto tribunal argumentó la inexistencia de un principio constitucional de igualdad de trato en materia de acceso al mercado de trabajo, recordando que el artículo 35 CE solamente reconoce el derecho al trabajo de los españoles. Ahora bien, sí que debe haber plena igualdad de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo.

Por lo que respecta a la reciente doctrina constitucional, es conveniente reseñar la importante sentencia número 72/2005 de 4 de abril, en la que es objeto de examen el contenido del artículo 19 de la Constitución y el hipotético derecho de un extranjero a entrar en España, así como también a residir libremente en territorio español. La sentencia no afecta directamente a la materia laboral y de empleo, pero tiene una repercusión indirecta innegable, en cuanto que fija criterios jurídicos que pueden acabar suponiendo el derecho de las personas que se encuentran de forma irregular en España a regularizar su situación y, por consiguiente, a tener acceso a las prestaciones ofrecidas por los Servicios Públicos de Empleo.

Según la sentencia ahora analizada, el artículo 19 de la Constitución reconoce, de forma separada y con un contenido diverso, el derecho a entrar en España y la libertad de residencia. El extranjero que no ha estado nunca en España “no puede invocar la libertad de residencia – el derecho a elegir el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente en el territorio español – para amparar una conducta que se sitúa en el ámbito definido por un derecho distinto: el de entrar en el territorio nacional”. La sentencia afirma textualmente que “El art. 13.1 CE es el precepto que “en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales” [Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3 b)]. La redacción del apartado 1 del art. 13 CE, que se refiere a los términos en que los extranjeros gozarán de los derechos del Título I CE “en España”, pone de manifiesto que la regulación de dicho precepto constitucional no tiene como finalidad reconocer derechos, en general, a los miles de millones de ciudadanos extranjeros que se encuentran en otros países ni, en concreto, convertir en derecho fundamental la eventual expectativa de entrar en España de todos los extranjeros que están fuera de nuestro país y que se presenten en nuestras fronteras, sino, precisamente, regular la posición jurídica de los extranjeros que ya se encuentran en España. El sujeto de derechos al que se refiere la regulación del art. 13.1 CE no es el extranjero sin más, sino el extranjero en España, el que ya ha entrado en nuestro país, circunstancia ésta que actúa como presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo el art. 13.1 CE.



Por eso, ya en su dicción literal, la regulación del art. 13.1 CE no se proyecta en concreto sobre uno de los derechos fundamentales —el derecho a entrar en España— que se reconocen en el art. 19 CE, lo que tiene como consecuencia que sólo sean titulares de este derecho fundamental los españoles, con las salvedades a que hemos aludido en el último párrafo del fundamento jurídico 4 y que no vienen a desvirtuar esta afirmación. El derecho fundamental del nacional a ser en todo momento aceptado por el propio Estado y, por tanto, a entrar en su país, es uno de los elementos esenciales de la nacionalidad y, en consecuencia, una de las diferencias jurídicas básicas en el estatuto personal del nacional y el extranjero, “tradicional binomio” que sólo progresivamente va siendo objeto de “parcial superación”, por ahora, en el marco de “una naciente ciudadanía europea” [Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ3 a)]. “Es claro, pues, que la literalidad del art. 13.1 CE, sin ninguna ambigüedad, no incluye el derecho a entrar en España como derecho fundamental de los extranjeros”.


Tras el análisis de la normativa internacional, el Tribunal concluye que “el derecho a entrar en España, con carácter fundamental, sólo corresponde a los españoles y no a los extranjeros”. Procede, pues, declarar, que el derecho a entrar en España —“sólo reconocido constitucionalmente a los españoles” (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4), como ha expuesto este Tribunal en una afirmación incidental— no es derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 CE, aunque, obviamente, quien esté de hecho en España puede solicitar la protección de ese derecho por los Jueces y Tribunales españoles, que deberán tutelarlos de acuerdo con las exigencias impuestas por el art. 24 CE, que sí recoge un derecho del que son titulares los extranjeros”.

Por lo que respecta al ámbito autonómico, las Comunidades Autónomas tienen competencias en materia que afectan directamente a la inmigración, aunque el “núcleo duro” de las mismas corresponda al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.2ª de la Constitución, y por ello actúan en los ámbitos de asistencia social, educación, sanidad, vivienda y ejecución de la legislación laboral. En una importante sentencia de 30 de septiembre de 2003, que desestimó el recurso de la Administración del Estado contra el Decreto del Gobierno Vasco por el que se creó el foro para la integración y participación de los inmigrantes en dicha Comunidad, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco afirmó que una política activa de inmigración no comprende sólo las competencias y potestades reservadas al Estado, sino que también “comprende aspectos que tienen directa relación con el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, de necesaria contribución al logro de su integración, tal como se infiere de los artículos 67.3, 68.1 y 70.1 de la Ley 4/2000 de 11 de enero”.

Dicha concepción de políticas activas de inmigración es precisamente la utilizada en el Plan Vasco de Inmigración 2003-2005, que pretende desarrollar al máximo las políticas de inmigración en su ámbito competencial, acuñando el concepto de “ciudadanía inclusiva” que hace de la residencia, y no de la nacionalidad, el



vínculo exigido para su acceso a la misma. En la misma línea se sitúa el Plan de ciudadanía e integración de la Generalitat de Cataluña 2005-2008, aprobado el mes de abril de 2005. En el Plan, “el criterio básico que reconoce al inmigrante como ciudadano de la sociedad catalana es la residencia, reconocida jurídicamente a través del empadronamiento”. La igualdad de trato y la igualdad de oportunidades de la persona inmigrada constituyen “los principios de acción estratégica del Plan”. En cuanto se refiere a las reformas que se proponen en el marco legislativo del Estado, el Plan pide que se promuevan mecanismos que permitan documentar a las personas en situación irregular, vía arraigo social y laboral, de manera eficaz y flexible. Por fin, el Plan valenciano de la inmigración 2004-2007 subraya la concentración de materias sociales y jurídicas en torno al trabajo del inmigrante, ya que no en vano “el hecho laboral hace converger muchas otras materias, en el caso de las personas inmigrantes, como la residencia, algunos de sus derechos sociales, sus derechos fundamentales, el derecho sanitario, etc.”, al tiempo que destaca la importancia de poner en marcha en el ámbito laboral “planes integrales de empleo para colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, entre los que están incluidas las personas inmigrantes”.



Los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados de Cataluña y Andalucía amplían el ámbito competencial autonómico, como ya he apuntado en la primera parte de mi exposición, de tal forma que se atribuyen competencias para regular las políticas de integración y de primera acogida, para tramitar la concesión de permisos iniciales de trabajo para ciudadanos que pretenden trabajar en el territorio autonómico y que dispongan de la correspondiente autorización de residencia, y para participar en las decisiones estatales que tengan especial trascendencia para su territorio, señaladamente la determinación del contingente anual, a través de los mecanismos establecidos en los propios Estatutos.

Pero también en los otros textos se atribuye a las autonomías competencias en esta materia, por lo que conviene efectuar alguna referencia a los mismos. En el Estatuto de la Comunidad Valenciana se dispone, como ya he indicado, que “la Generalidad colaborará con el gobierno de España en materia de inmigración”. En el Estatuto de las Islas Baleares se atribuye a la autonomía la competencia exclusiva en materia de integración social y económica del inmigrante, así como la función ejecutiva en la materia de la inmigración en los términos previstos en la Constitución”. En el Estatuto de Autonomía de Aragón se dispone que la Comunidad Autónoma ejercerá el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado en normas con rango de ley, excepto en los casos que se determinen de acuerdo con la Constitución, desarrollando políticas propias, y que le corresponderá la competencia compartida en “políticas de integración de los inmigrantes, en especial, el establecimiento de las medidas necesarias para su adecuada integración social, laboral y económica con el Estado, mediante los procedimientos que se establezcan en las políticas de inmigración, y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación, en su caso, del contingente de trabajadores extranjeros”.

Si ahora prestamos nuestra atención a los textos pendientes de aprobación nos encontramos en primer lugar con el proyecto de Estatuto canario. La redacción del precepto que contempla las competencias autonómicas en materia de inmigración es sensiblemente semejante al de los estatutos catalán y andaluz. De tal forma, se le atribuye a la autonomía “a) La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones sociosanitarias y de orientación. b) El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias. c) El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social. d) El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas. e) La promoción y la integración de las personas retornadas y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes”.

Igualmente, corresponde a la CC AA canaria la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Canarias. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye: “a) la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena. b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere el apartado anterior y la aplicación del régimen de inspección y sanción. Por fin, la reforma del texto estatutario atribuye también la competencia autonómica para participar en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para el territorio canario dada su situación geográfica y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el texto. En la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León se atribuye competencia exclusiva a la autonomía, con una referencia previa al respeto del marco de lo dispuesto en la CE y las correspondientes leyes del Estado, en materia de “régimen de acogida e integración económica, social y cultural de los inmigrantes”, y la función ejecutiva en materia de fijación, en colaboración con el Estado, “de las necesidades del mercado laboral que determinan la concesión de la autorización del trabajo de los extranjeros”. Por fin, en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha se atribuyen las funciones de primera acogida y las políticas de integración y de participación social, económica y cultural de los inmigrantes. Además se atribuye a la Junta, en coordinación con el Estado y de acuerdo con la legislación estatal “la tramitación, resolución y revisión en vía administrativa de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Castilla-La Mancha, así como el ejercicio de la función inspectora y sancionadora”.

Igualmente, la autonomía castellano-manchega participará en las decisiones del Estado sobre inmigración que tengan interés para su territorio, “en particular las que afecten a poblaciones limítrofes con otras Comunidades Autónomas y, preceptivamente, en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros”.



12. En su actuación, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas deberán prestar atención al marco jurídico comunitario, un marco todavía muy incompleto a pesar de los esfuerzos desarrollados por la Comisión Europea desde la adopción de los acuerdos de Tampere en 1999. La Comisión propuso establecer un método abierto de coordinación de la política comunitaria de inmigración para avanzar en la definición de objetivos comunes, establecer planes de acción nacionales acordes con tales objetivos y un sistema común de control y evaluación, pero sin embargo, a pesar de las buenas intenciones expresadas públicamente, en realidad se observa que los Estados no han asumido fácilmente ni el mecanismo de coordinación y menos todavía el desarrollo de una normativa comunitaria. A pesar de ello, sigue siendo imprescindible que las políticas y normas de inmigración nacionales sirvan para alcanzar los objetivos y necesidades comunes identificadas a nivel europeo y que consigan compartir una visión común del fenómeno de la inmigración y de las formas de gestión del mismo.

La Unión Europea debe proporcionar el marco jurídico y legislativo general de la política de integración, teniendo en cuenta que ésta debe ser global y estructurada y complementarse con otras políticas comunitarias que puedan tener una incidencia directa o indirecta en la inclusión de los inmigrantes. Se trata, en definitiva, de responder al carácter multidimensional de la integración y a la globalidad de sus objetivos. La acción de la Unión debe servir de base para las acciones y programas que desarrollen los Estados a través de sus políticas nacionales y que aplicarán las administraciones competentes y los diferentes interlocutores sociales. Los Estados son responsables de llevar a cabo, por su propio interés y por el interés de los demás Estados de la Unión, unas medidas de integración eficaces y efectivas, intercambiando informaciones y experiencias entre ellos.

Esta situación puede cambiar en la siguiente fase de desarrollo del proceso de la Haya pues aún cuando el programa sea menos ambicioso que el de Tampere, la posibilidad de adoptar decisiones por mayoría cualificada en los ámbitos señalados puede modificar el panorama actual descrito y por consiguiente, es previsible que tanto la política de asilo como la política de inmigración consigan un importante desarrollo en el nuevo período abierto a partir del año 2005.

13. En los estudios que hemos realizado en el marco de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Girona hemos constatado la existencia de un importante vínculo entre las políticas de empleo y de inmigración, tanto por el objetivo común de garantizar la igualdad de trato y no discriminación como por la toma en consideración en numerosas normas de los inmigrantes (en general en algunas ocasiones y de aquellos que tienen dificultades para acceder al mercado laboral en otras) como colectivo con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo. Hay que garantizar a todos los inmigrantes regulares el acceso a las políticas de empleo y de formación en idénticas condiciones que los autóctonos.

La importancia de los Servicios de Empleo autonómicos en la gestión de la integración laboral de los inmigrantes nos parece fundamental, tanto por las competencias de



que disponen en materia de gestión de las políticas activas de empleo como por las numerosas vías que la vigente normativa de extranjería, en concreto el Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre ha abierto para que las Comunidades Autónomas asuman un papel más importante en la gestión de todas las políticas de inmigración, incluida por consiguiente la de empleo. Repárese, a modo de breve recordatorio, en la intervención autonómica en la elaboración del contingente y del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, así como en su intervención como controladora de la inexistencia de demandantes de empleo autóctonos como requisito previo para que un empleador pueda contratar a un trabajador extranjero no residente en España.

14. Se abre paso en definitiva, y con ello concluyo, un período muy interesante desde el terreno político y social, en donde sería necesario, y espero y deseo que lo sea en la realidad, un esfuerzo por parte de todas las fuerzas políticas y sociales para garantizar tanto el pleno respeto al marco constitucional como el pleno desarrollo de los derechos sociales y laborales autonómicos, de los textos aprobados y de los que se encuentran en camino.

La ciudadanía en general, y el mundo del trabajo en particular, tienen derecho a exigir a los poderes públicos que eviten polémicas estériles y que centren sus esfuerzos en la búsqueda de soluciones a los problemas existentes en nuestra sociedad, señaladamente la calidad del empleo.

Bienvenidos sean los nuevos estatutos autonómicos si pueden contribuir a ello y a contribuir a un desarrollo más progresista del texto constitucional de 1978. Porque, que nadie lo olvide, la España de mediados de 2007 es muy diferente, mucho más libre y diversa, que la del año 1978, y sería un contrasentido que un texto que sirvió para devolver la libertad plena a la ciudadanía española se convirtiera ahora, o más exactamente la interpretación que del mismo hiciera el Tribunal Constitucional, en un corsé que limitara el ejercicio de nuevos derechos.

Facultad de Derecho.
Universidad de Girona.
Mayo de 2007.



LA SEGUNDA FASE EN LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO: CLAVES SOCIO-LABORALES DEL ESTATUTO DE ANDALUCÍA

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Jaén

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española –CE- originariamente, allá por 1978, conformó un sistema de distribución territorial de competencias que permitía, e incluso impulsaba, “*políticas socio-laborales*” parcialmente diferenciadas en cada Comunidad Autónoma –CA-. Esta constatación tiene escaso mérito porque aparece reflejada en el propio texto constitucional, al presuponer “*las diferencias entre Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas*” (artículo 138.2 CE). A este respecto, quizás no esté de más recordar que las Comunidades Autónomas –CCAA- que adoptaron el procedimiento común (vía lenta del artículo 143), la mayoría, y no el especial (vía rápida ex artículo 151: Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía), se limitaron inicialmente a referir de modo genérico las competencias *en materia laboral y de seguridad social*.

Posteriormente, los sucesivos procesos de reforma emprendidos a lo largo de este ya dilatado periodo “post-constitucional”, en especial a partir de 1992, llevaron a una progresiva convergencia entre las CCAA, tanto en su *Norma institucional básica* –Estatuto de Autonomía-, como en la *Experiencia jurídica* creada a partir del desarrollo y aplicación de sus competencias, sea en el ámbito laboral –empleo, formación profesional, relaciones laborales, prevención de riesgos laborales, negociación colectiva, inmigración...-, sea en el de la protección social – asistencia social, servicios sociales, salud...-. En consecuencia, la puesta en práctica y evolución del proceso autonómico permitiría alcanzar al menos dos conclusiones. La primera es que hemos asistido un notable dinamismo en el poder regulador y en las políticas públicas de las CCAA, también en estas “materias socio-laborales”, de modo que la realidad autonómica creció muy por encima de las previsiones de sus Estatutos, aunque algunas de las competencias previstas no lo hicieran con el mismo grado – por ejemplo en materia de Seguridad Social-. La segunda, es que se ha producido una marcada mejora, e incluso renovación, del catálogo constitucional de derechos socio-laborales en todas las CCAA, si bien es cierto que de modo desigual y algo “asimétrico”.

Pues bien, con el muy reciente y mayoritario refrendo dado, el pasado 18 de febrero de 2007, por el Pueblo andaluz al Nuevo Estatuto de Autonomía para nuestra Comunidad,



no sólo se consolida sino que se avanza significativamente en una *nueva etapa* de lo que cabe denominar, con justo título político y jurídico, “*Estado Social Autónomico de Derecho*”. Como es bien sabido, no ha sido Andalucía la CA que ha promovido esta decisiva fase de innovación del Estado de las Autonomías, con una significación sin igual en las diversas materias de índole socio-laboral, aunque globalmente considerado no sean muchas, ni radicales, las novedades que realmente se han producido en el plano normativo. Ese mérito no le corresponde tampoco al primero que ha sido aprobado en esta línea, el Estatuto valenciano –LO 1/2006–, aunque contenga ciertas cláusulas llamativas. En justicia, este efecto revisor y renovador ha de atribuirse al tan célebre como discutido Estatuto de Autonomía de Cataluña –LO 6/2006–.

En este contexto renovador, que ni mucho menos está culminado, sino que no ha hecho sino empezar, teniendo continuidad en los Nuevos Estatutos que actualmente se están tramitando en las Cortes Generales, el Estatuto andaluz no se limita a emular, sin más y pese a las notables coincidencias, el Estatuto Catalán. A mi juicio, con el consensuado Estatuto Andaluz no sólo se reafirman algunas de las propuestas más originales del Estatuto Catalán, con lo que ello supone de reforzamiento político –por el acuerdo PSOE y PP– y jurídico de éste, en un momento en el que comienza su discusión en las “sedes judiciales”, a través de los Recursos de Inconstitucionalidad –RI– suscitados contra él. De ellos se ha dado buena cuenta en el sugerente trabajo del profesor Eduardo Rojo, que precede este Estudio y al que remitimos. El Estatuto andaluz, además sirve para intensificar la dimensión socio-laboral de los Nuevos Estatutos.

En otros términos, el Estatuto andaluz confirma y renueva la dimensión jurídica autonómica del Principio Social que rige nuestro Estado Constitucional, en la dirección de hacer mucho más actual y, sobre todo, creíble el Estado Social de Derecho. La razón es que el Estatuto Andaluz quiere promover una nueva etapa en el plano del reconocimiento de los derechos de prestación de carácter social y, lo que es más relevante, en el plano de las garantías de los mismos, como acredita el que se hable de auténticos “derechos” para realidades que en la CE quedan configurados como “principios rectores”, o el que se inserten derechos y principios de esta índole como condicionantes a las políticas económicas. Cosa bien diferente es que la opción técnica seguida sea la más correcta, pues ya hemos tenido oportunidad de evidenciar las deficiencias de técnica jurídica que presenta, siendo no sólo deseable sino exigible un mayor rigor –la reiteración, a veces insufrible, de las mismas cuestiones como derechos, principios y objetivos desorienta más que aclara–, o que las garantías tengan la firmeza o seguridad precisas normativamente para alcanzar sus objetivos. En cualquier caso, y sin desconocer tampoco lo que de discutido, y discutible, tiene esta opción en relación al principio de constitucionalidad que ha de regirla, entiendo que el Estatuto andaluz está llamado a desplegar, en algunos de sus apartados con el mismo relieve o centralidad que el Estatuto catalán pero en otros con mayor énfasis, un significativo efecto innovador en el entendimiento de las competencias de las CCAA en materias socio-laborales, más allá por supuesto de la inmigración y la “acción social”, como puede ser, por ejemplo, la seguridad y salud en el trabajo y las políticas de empleo.

En definitiva, no sólo por razones de “corrección política” y de “proximidad geográfica”, sino también por presentar algunos “elementos diferenciales” propios y destacados, entiendo oportuno hacer un estudio, si quiera sucinto, de cuáles son las principales novedades que presenta el flamante Nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. Como es natural, me limitaré aquí sólo a destacar los puntos más relevantes, e incluso críticos, en las materias vinculadas a lo que hoy se consideran “derechos” y, en paralelo, “políticas” de naturaleza “socio-laboral”: trabajo, empleo, prevención de riesgos laborales, inmigración, seguridad social, acción social (asistencia social y servicios sociales), asistencia sanitaria.

2. APROXIMACIÓN A LAS CLAVES GENERALES DE LECTURA DE LOS NUEVOS ESTATUTOS: CLÁUSULA SOCIAL Y AUTOGOBIERNO

Cualquiera que sea el alcance que se le otorgue, o que pueda alcanzar en el futuro próximo, lo cierto es que los “Nuevos Estatutos” de Autonomía han abierto una nueva etapa, tanto en clave política como jurídica, para el “principio social” que inspira nuestro Estado Constitucional de Derecho. El avance en el principio de autogobierno territorial que ha querido promover este proceso reformador, más bien renovador, estatutario tiene en las “cuestiones socio-laborales” una de los principales hitos y retos. Primero porque una parte esencial de los Nuevos Estatutos se dedica a reconocer y, al menos en apariencia, a garantizar un amplísimo catálogo de derechos sociales de prestación, algunos de ellos no formulados como tales en el texto constitucional aunque en él puedan encontrar anclaje o fundamento. Segundo porque entre las principales tensiones que puede generar el desarrollo desorbitado del autogobierno territorial, en cuanto multiplica las diferencias de derechos y políticas de actualización de los mismos, están las eventuales quiebras de los principios de igualdad y solidaridad entre todas las personas que viven en España. El conflicto, pues, está una vez más servido. Desde esta perspectiva, está claro que en modo alguno podrá resolverse al margen de un renovado equilibrio transaccional entre la dimensión autonómica del principio social, que favorece contenidos, servicios y políticas diferenciales, y los límites sociales del principio de autogobierno, que favorece la equidad y la solidaridad entre todos los españoles en el disfrute de los derechos sociales. La dimensión transaccional a que hacemos referencia llevará, como veremos, más a incentivar acciones de carácter compartido sobre los principales ámbitos de la “procura social” del Estado Social Autonómico de Derecho que las exclusividades, los monopolios e incluso los célebres, por difundidos, “blindajes” de competencias.

No obstante, en una primera lectura, parecería que los Nuevos Estatutos de Autonomía van en una dirección diferente, en cuanto tenderían a enfatizar el principio de autogobierno y los “hechos” y “derechos” diferenciales que subyacen al mismo y lo alimentan. La misma pretensión de reconocer y garantizar “*derechos estatutarios*”, propios y diferenciales en relación a los restantes Estatutos de Autonomía, parece abonar esa línea. Sin embargo, una vez más, y sin perjuicio de reconocer la importancia puesta en estos Estatutos



respecto de aspectos y cuestiones de interés eminentemente “singular” y diferencial, autonómico, hay que reconocer igualmente que, vistos desde una perspectiva general, todos ellos mantienen una sustancial identidad. La técnica de emulación que tanto ha funcionado a lo largo de la historia evolutiva de nuestro Estado Autonómico, de modo que derechos, legislaciones y políticas nacidas en unas Autonomías luego aparecían y se desarrollaban en las demás, también ha quedado plasmada en esta nueva fase de renovación de las normas estatutarias.

Por eso, y aunque nuestra pretensión fundamental es dar cuenta de las principales aportaciones del Estatuto andaluz, del mismo modo que el profesor Eduardo Rojo ha dado cuenta del Estatuto catalán, entiendo útil hacer una breve caracterización general de este proceso, al objeto de ayudar a encuadrar más adecuadamente el significado y alcance del Estatuto andaluz. No obstante, aquí me limitaré a los aspectos más relevantes y funcionales para este Estudio.

Entre esos caracteres generales que creo comparten todos los Estatutos de Autonomía de nuevo cuño – por unos llamados de “segunda generación” (Palomeque, De la Villa), pero que para mí más bien aspiran a ser de “segunda transición” político-jurídica, renovando el proceso constitucional-, destaco los siguientes:

- 1) No se trata de puras “reformas” de los viejos Estatutos, pese a seleccionar esa denominación, sino que suponen auténticas “revisiones” o “renovaciones” de los mismos. Cosa bien diferente será si algunas de esas revisiones hubiera exigido o no una reforma constitucional, como entienden algunos sectores doctrinales, incluso alejados ideológicamente de esta propuesta abanderada política e interesadamente por el PP, o de si realmente se trata más de la institucionalización o normativización de los cambios ya operados por la experiencia autonómica en esos Estatutos, eliminando la brecha entre la “norma institucional” básica de la CA y su “experiencia jurídica” o realidad autonómica¹.
- 2) Contiene evidentes novedades en el plano de la técnica jurídica, en especial en las dos cuestiones más relevantes para el Derecho, como son:
 - a) La incorporación de un Título de derechos subjetivos, buena parte de los cuales son de naturaleza social – Carta de Derechos-.
 - b) El recurso a la técnica del desglose de las materias sobre las que se ordenan las competencias, con vista a ampliar el grado de seguridad jurídica de las CCAA respecto de cuáles son sus competencias y, cómo no, para buscar el referido “blindaje” frente a las “invasiones” por parte del Estado.

En el primer ámbito, el de los derechos estatutarios específicos y el nuevo título de derecho, se concentran buena parte de las críticas, tanto por razones de oportunidad

1 Un cierto sector doctrinal pone su énfasis en la falta de verdadera “innovación” de los Estatutos, que se limitarían sólo a “formalizar” o institucionalizar la evolución ya experimentada por el extraordinario dinamismo autonómico.... Por tanto, llevan a la norma institucional lo que ya era una realidad jurídica. Ahora bien, además de que aspira también a nuevos desarrollos, y no sólo a consolidar los ya existentes, por tanto es evidente su efecto expansivo, a veces discutible, no puede ignorarse la clara intencionalidad de “blindar” espacios y profundizar en otros.



como jurídicas, dando lugar a diferentes y muy encontradas posiciones. De este modo, mientras unos enfatizan sus ventajas – se forjan derechos sociales sobre los que construir condiciones básicas, por tanto con este efecto expansivo y sin que sufra, en exceso, la solidaridad de todos y la igualdad-, otros lo hacen sobre los límites de esta opción de política jurídica (respeto a la ley orgánica, respeto a la igualdad, respeto al marco competencial)... A este respecto, creo que es necesario diferenciar las cuestiones formales de las cuestiones políticas de fondo.

Y es que no es posible desconocer el origen de este proceso de renovación autonómica. Como todos sabemos, los Nuevos Estatutos nacen como la expresión formalizada o institucional de la aspiración política, legítima sin duda, de conformar España como una realidad claramente “plurinacional”. La búsqueda de una transformación de la “Comunidad Autónoma”, al menos algunas de ellas, las consideradas constitucionalmente como “históricas”², como una “Nación” a su vez, llevó al sueño del “Estatuto-Constitución”... El par “Comunidad Autónoma-Nación” llevaba aparejada, así, el binomio “Estatuto-Constitución Social”. En consecuencia, esta idea hoy nos puede parecer tan mítica – o real- como mítica – o real- sea la creación de ese Estado plurinacional. Pero es evidente que la pretensión está bien clara y marcada, no obstante las críticas realizadas³.

Una vez reconducida esta pretensión nacionalista en las Cortes Generales es verdad que la presencia del Título de derechos pierde intensidad, al menos política, y admite una relectura en términos más acordes con el diseño constitucional. En todo caso, lo que me parece más correcto es situar el plano de análisis en los términos precisos, esto es, atendiendo a cada derecho concreto y no en un plano general.

En este sentido, no creo que pueda infravalorarse en extremo su alcance ni por la evidente falta de originalidad de algunos de estos derechos, ni porque se trate de derechos que responden a competencias propias de las CCAA, ni por su extremado carácter programático, por remitir su contenido a leyes de desarrollo⁴. Pero sí es cierto que tampoco debe desenfocarse el momento de realizar el control de constitucionalidad, que entiendo procede más bien cuando se considere producido el eventual exceso en la normativa de desarrollo, momento en el que deberá definirse el ajuste constitucional a través de los usuales procedimientos de control del ejercicio de las competencias propias de cada Administración Pública.



2 La sucinta pero contundente referencia del profesor Palomeque a esta pretensión “historicista”, fuera de ciertas cuestiones que más sonrojan que interesan si no fuese porque a veces esconden el germen de un enfrentamiento social, se persigue una clara intencionalidad política con esa búsqueda de la dimensión “verdaderamente histórica”, olvidando el espacio jurídico-político en el que nacieron –derechos forales y proceso de acceso-.

3 Cfr. la crítica que realiza, en el Capítulo I, el profesor J.A. MONTILLA MARTOS.

4 A este respecto, debe recordarse que el propio Consejo Consultivo catalán valoró positivamente el Título porque afectaba a derechos que o bien no estaban expresamente reconocidos como tales en la CE o bien ampliaban el nivel de protección reconocido por el texto constitucional. Remito a los comentarios oportunos realizados por el estudio del profesor E. Rojo.

Por lo que refiere al segundo plano, el recurso generalizado a la nueva técnica de desglose de las materias, que a su vez se desgranar *“submaterias”* más concretas, *desplazando en cierta medida el sistema de listado por el de desglose de actividades específicas*, qué duda cabe que también se presta a sesudos debates doctrinales. El legislador estatutario no ha preferido sustituir un título genérico por otros títulos más concretos dentro del mismo, lo que hubiera sido una opción técnicamente menos comprometida, sino que ha considerado mejor desplazar uno por otro, dándole un contenido más amplio que consolide el espacio de intervención autonómica...

De nuevo, considero que lo adecuado no es ni despreciar el debate ni tampoco extremarlo. Que esta técnica ya contara con un referente legislativo en el proceso de reforma de 1992, no puede llevar a desconocer que no se consolidó en los sucesivos procesos y, por tanto, no ha permitido al TCO pronunciarse al respecto, sin que tampoco el Alto Tribunal cumpliera por sí mismo con esta labor de especificación material a la hora de delimitar las competencias. Asimismo, está claro que no todos son efectos positivos, también tiene, o puede tener consecuencias negativas para el poder de autogobierno, al dejar fuera de él lo no especificado. El recurso a ciertas cláusulas de apertura no siempre será suficiente – incluye *“en todo caso...”*-.

En definitiva, es evidente que la nueva técnica no planteará problema alguno mientras se mantenga en el *“marco constitucional”*. Pero habrá que convenir que ahí reside, precisamente, el problema ¿cuál es el marco constitucional a estos efectos? Ejemplos ilustradores de estos problemas lo tendremos, por lo que refiere al ámbito laboral, con el título dedicado a las *“cuestiones de género”*, que también incorpora materias laborales, o la *“función pública”*, que hace referencia al personal laboral, o al mismo título relativo a *“Universidades”*, que desglosa de manera específica la competencia reguladora en materia de profesorado contratado. O, en el ámbito de la protección social, con el desplazamiento, nada ingenuo o neutral, del término constitucional *“asistencia social”* por el estatutario *“servicios sociales”*.

La intencionalidad de política jurídica es también manifiesta cuando se ha recurrido a esta técnica. Se busca un blindaje de las competencias autonómicas frente a las del Estado. Ahora bien, es también manifiesto que su eficacia es más que dudosa, pues el resultado producido en modo alguno está en condiciones de evitar la erosión estatal del título autonómico a través de los *“títulos transversales”* u *“horizontales”*, también de gran predicamento en los ámbitos socio-laborales. Así, sucedería con el relativo a la igualdad básica de derechos – artículo 149.1 CE-, o como sería el relativo a la *“Inmigración”*, o como sucedería, en cierto modo, con el título de *“Empleo”*, vinculado también a la *“actividad económica”* del artículo 149.1.13 CE.... A este respecto, además de la necesaria atención a la legitimidad constitucional de estos títulos, así como a su necesidad en un Estado compuesto o complejo pero unitario, conviene recordar que esa erosión también se produce respecto de los títulos estatales – Empleo, Inmigración...-. Cierto que en la primera ocasión en que, abierto el proceso de reformas autonómicas, se ha tenido oportunidad de probar el nuevo diseño, como es la construcción de un *“Sistema Nacional de Dependencia”*, como competencia compartida, las CCAA han



criticado al Gobierno los resultados y el recurso, como único título, al artículo 149.1.1ª CE para fundamentar la competencia del Estado para regular una materia tan relevante, considerada por los partidos nacionalistas como propia al tratarse de “asistencia social”. Quizás la teoría de la “doble deferencia” tenga un alcance renovador, como sostiene el profesor J.A. Montilla en su estudio, pero está claro que no deja de plantear problemas, como evidencia la doctrina constitucional. En todo caso, es evidente que no hay ni deficiencia técnica ni ingenuidad política, sino una marcada intención de crear un texto que permita alcanzar, cuando menos, el techo competencia de la CE de 1978.

- 3) Se trata de normas institucionales extremadamente “reglamentistas”. En otros términos, se ha confundido en cierta medida el espacio regulador de la norma estatutaria con otras normas legales, e incluso reglamentarias, de modo que se hace excesivamente tediosa su lectura, con lo que ello pierde de efecto pedagógico para los ciudadanos y de flexibilidad para la ordenación de las políticas públicas que aspira a sustentar.
- 4) Al mismo tiempo adolece de un excesivo carácter programático. En gran medida, como veremos en el Estatuto andaluz, se persigue formular objetivos, así como principios, e incluso derechos, pero cuyo contenido normativo no está en el Estatuto, sino que habrá que buscarlo en sus leyes de desarrollo y especificación. Por tanto, a veces se abusa de las “normas redundantes”, que no son inconstitucionales por ello, pero si hacen perder calidad reguladora a la norma institucional. Quizás pueda sostenerse que lo perdido en normatividad se gana en oportunidad política y social, pero conviene, también para la ciudadanía, mantener normas que presenten una adecuada coherencia entre los mandatos y compromisos que suponen y las garantías que ofrecen.
- 5) Aunque se remarcan los hechos diferenciales, emergiendo el interés autonómico propio –por ejemplo los criterios de financiación, aunque tengan efecto transitorio-, ni se descuidan los efectos extraterritoriales, ni el fomento de procedimientos que impliquen un desarrollo de la cooperación.

De este modo, aunque pudiera parecer lo contrario, en los Nuevos Estatutos aparecen importantes piezas del Estado Autonómico cooperativo frente al “competitivo”. Se trata de mecanismos de integración autonómica “apenas experimentado hasta aquí y que puede reportar efectos benéficos al funcionamiento del Estado Autonómico”, como ha evidenciado el profesor J.A. Montilla. En el ámbito laboral materias tales como el “cupos de extranjeros” o la “función inspectora”, o incluso los “servicios sociales”, deberían ser buenas referencias para promover ese Estado Social Autonómico “cooperativo”, basado más en las competencias compartidas o concurrentes que en las exclusividades.



3. NUEVOS DERECHOS PARA NUEVOS TIEMPOS: EL “NEOCARTISMO SOCIAL” EN EL ESTATUTO AUTONÓMICO DE ANDALUCÍA

3.1. Los Estatutos como “Cartas de Derechos Sociales”: La “dogmática autonómica” de los derechos fundamentales entre el “mito” y la realidad

Acabamos de recordar cómo los Nuevos Estatutos de Autonomía, ya sean guiados por el deseo, mítico o no, de formalizar jurídicamente la dualidad política “Comunidad Autónoma-Nación” en sendos “Estatutos-Constitución”, ya por la modernización del principio social en el plano autonómico, sitúan entre sus principales novedades la incorporación, de modo expreso y aparentemente sistemático, de una “*Parte dogmática*” o “*Catálogo de derechos*” a la tradicional “*Parte Orgánica*” o institucional. Cierto que los Estatutos siempre han tenido una dimensión subjetiva, reconociendo derechos a los ciudadanos de cada CA. Pero ahora no sólo aparecen de modo más extenso e intenso, sino que resulta una parte tan relevante y “sustancial” como la relativa al reparto de competencias, aunque se cuide expresamente de evitar, como veremos, que la “*Parte Dogmática*” pueda modificar o alterar la “*Parte Institucional*” o competencial –cláusula de neutralidad-. De esta manera, las CCAA se sumarían a resurgir que se ha producido en la última década, sobre todo en el plano internacional - Consejo de Europa, 1996, con la Carta Social Europea; OIT, 1998, la UE, tanto en 1989 como el año 2000-, la conocida *técnica de la Carta de Derechos Sociales* propia.

Precisamente, esta novedad ha sido impugnada por “defecto constitucional” de los Nuevos Estatutos, en cuanto que excedería la función reguladora propia de un Estatuto de Autonomía. A este respecto, partiendo de carácter no intercambiable o no fungible entre las diferentes “*Leyes Orgánicas*” previstas en la CE –las que regulan derechos fundamentales (de carácter “unilateral” y aplicación general) y las que aprueban los Estatutos (de carácter “bilateral” y aplicación territorial limitada)-, así como de la no participación del Estatuto, por su dimensión básicamente de norma “auto-organizadora”, en la dimensión dogmática o de reconocimiento de derechos fundamentales típicos de la Constitución, se ha querido evidenciar la invalidez constitucional de tal opción de política jurídica. Así se defiende en ambos RI, tanto del Grupo Parlamentario del PP como del Defensor del Pueblo, para los que sería inaceptable tal función.

No es mi intención, en este momento, entrar a debatir sobre el fondo de esta cuestión. Aquí bastará con poner de manifiesto, como ya he hecho recientemente, que la cuestión principal no reside tanto en la legitimidad o no de los Estatutos de contribuir a la mejora del reconocimiento y garantía de derechos para los ciudadanos, en nuestro caso básicamente derechos sociales de prestación, cuanto en determinar si la técnica reguladora es la más correcta y/o la más efectiva, ante la marcada debilidad, y extrema confusión reinante en esta materia a partir de los Estatutos. Una deficiencia que es más llamativa si se tiene en cuenta la rica evolución de la dogmática de los derechos sociales fundamentales, tanto de libertad como, sobre todo, de prestación. Desde esta perspectiva, ni existe una auténtica garantía de efectividad estatutaria de los derechos, por cuanto se sigue usando, y abusando, de la remisión a un legislador específico –estatal y, sobre todo, autonómico-, ni realmente se trata de una “carta ordenada” de derechos

de eficacia normativa directa e inmediata, de modo que más “cuelgan” del Estatuto que se garantizan⁵.

El ejemplo del Estatuto andaluz es paradigmático, incluso más que el Estatuto catalán. Una simple comprobación de su estructura normativa evidencia tanto la ambición social del programa autonómico como su carácter extremadamente difuso. A este respecto, siguiendo un esquema dual inicialmente correcto, distinguiendo entre “reconocimiento” y “garantías” de los derechos, procede a listar o enunciar:

- a) “Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma” (artículo 10 de la Propuesta de reforma del EAA Anexo al Decreto del Presidente 2/2007, 16 de enero, por el que se somete a referéndum) . Entre ellos aparecen de forma destacada los de carácter laboral y social – pleno empleo, cohesión social mediante un “eficaz sistema de bienestar público”, diálogo y concertación social, el integración socio-laboral de los colectivos más desfavorecidos, incluidos los inmigrantes...-.
- b) los derechos (Título I: “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”). Este Título tiene, a su vez, 4 Capítulos. A saber:
 - Capítulo I – “Disposiciones Generales”-
 - Capítulo II, relativos a “derechos y deberes”, ordenados tanto por colectivos – mujeres, menores, mayores, familia, dependientes y/o discapacitados (artículo 24), consumidores...-, como por materias – educación, salud, prestaciones sociales (artículo 23), vivienda, trabajo (artículo 26)..-
 - Capítulo III, relativo a los “principios rectores” de las políticas públicas, entre los que vuelven a aparecer buena parte de los considerados “objetivos” – prestación de servicios públicos de calidad, protección de personas en situación de dependencia, atención social a personas que sufran situaciones de exclusión social, la integración social de todos los colectivos con especiales dificultades, calidad en el empleo, prevención de riesgos laborales, promoción en el trabajo, plena equiparación laboral entre hombres y mujeres, así como la “conciliación de la vida laboral y familiar”...-
 - Capítulo IV, relativo a las “garantías”, tanto de los derechos como de los principios rectores (artículo 40)
- c) “Principios y objetivos básicos” de la Política Económica (Capítulo I del Título VI), entre los que se vuelve a listar el pleno empleo, la calidad en el trabajo, la igualdad en el acceso al mismo y la cohesión social – Capítulo I, artículo 157-, al tiempo que se reconoce la función socio-económica, en este mismo marco, del “diálogo y concertación social” – artículo 159-.

5 Vid. mi trabajo “Nuevos Estatutos de Autonomía y reparto de competencias en “trabajo” y “protección social”. RTSS-CEF, número 283, 2006, página 69. Para la continuidad del enfoque tradicionalmente mantenido respecto del reconocimiento constitucional de los derechos sociales e intentos de solución los estudios de Preuss y Perez Luño, entre otros. Aa.Vv. Problemas de legitimación en el Estado Social. Aa.Vv. (Ed.: Enrique Olivás). Trotta.1991.



- d) Mandatos programáticos para los Poderes Públicos a la hora de configurar la Política Económica, así como las de Empleo. Así, por si todo aquel reconocimiento no fuese suficiente, aún aparecerá, como Capítulo II del Título IV – “Empleo y relaciones laborales”-, un amplio elenco de “mandatos” a los poderes públicos para alcanzar tales objetivos, derechos y principios en materia de empleo y laboral. Aunque la redacción y estructura normativa no son idénticas en todos los casos, sí responden todos a las técnicas de la típica función de fomento de los poderes públicos, ahora a ejercer sobre todas las materias laborales, sindicales, ocupacionales...⁶.

A la vista de esta extraordinaria proliferación de referencias a las materias sociales, laborales y ocupacionales el legislador estatutario andaluz no debe creer ni en las bondades de la “brevedad”, ni en que es mejor fijar una sola vez pero bien una cosa que muchas pero mal. Sin compartir, antes bien evidenciando mi posición crítica sobre buena parte de los argumentos de fondo que lo sostienen, la posición crítica del RI presentado por el Grupo Parlamentario del PP contra el Estatuto catalán, sí creo que el uso de esta tediosa técnica merma la “calidad técnica” del Estatuto andaluz. En cualquier caso, sí debe saludarse que, a diferencia del Estatuto catalán, y del valenciano, no contribuya a una mayor inflación legislativa y política con la remisión a otra “Carta de Derechos” en las que aparezcan, se supone que mejor ordenados y garantizados, el inmenso y caótico catálogo de derechos sociales, de libertad y de prestación, de “anteriores” y “nuevas generaciones” de derechos y garantías.

Pero si se prescinde, lo que no es fácil, de las deficiencias de técnica jurídica, enseguida emerge la presencia del imparable signo de los tiempos, de modo que desfilan por doquier, sin demasiado “orden y concierto”, los grandes temas de la actualidad política, social y normativa en las principales “cuestiones sociales” de hoy – la igualdad de sexos y géneros, el empleo de calidad, la inmigración, la salud laboral, la protección frente a la dependencia, el fomento de las nuevas tecnologías...-. Así, por ejemplo, dentro de la protección de la familia, aparece el deber de tutelar en condiciones de igualdad de *todas las formas de familia* previstas en las Leyes, así como promover la *“conciliación de la vida laboral y familiar”*. En el marco del principio de la igualdad de oportunidades, tiene expresamente acogida la “perspectiva de género” y la tutela frente a la “violencia de género”.

Si pasamos ahora del plano del “reconocimiento de derechos”, al de sus “garantías”, también veremos cómo a ciertas novedades de relevancia, que no debieran pasar

6 Hace referencia a: velar por los derechos laborales y sindicales (artículo 166), igualdad de la mujer en el empleo (artículo 167), conciliación de la vida laboral, familiar y personal, mediante el impulso de políticas a tal fin (artículo 168); Políticas de Empleo (artículo 169), Participación de los trabajadores en las empresas (artículo 170), Seguridad y Salud laboral (artículo 171), regulación por Ley de las Políticas de Apoyo y fomento de la actividad del trabajador autónomo, así como de la actividad cooperativa y cualquier otra actividad de economía social (artículo 172); Políticas propias de Relaciones Laborales y promoción de medidas en la contratación y subvenciones públicas para que se respete la seguridad y salud, la estabilidad en el empleo, la igualdad de oportunidades de las mujeres, la inserción laboral de los colectivos más desfavorecidos...

desapercibidas, hay que sumar la continuidad de las técnicas clásicas, así como la debilidad de las mismas en el plano normativo. La razón es que, cualquiera que sea la fórmula elegida para su enunciado, el goce del derecho queda siempre condicionado estrictamente a los “términos establecidos por las leyes”. Esta expresión que se repite a modo de “coletilla” o cláusula de estilo en la mayoría de los preceptos, lo que evidencia que estamos ante “*derechos estatutarios de configuración legal*”, remitiendo a la regulación fijada en las leyes específicas.

Un ejemplo claro es el reconocimiento a “todos” –por tanto sin atender a nacionalidad o vecindad, y también abstracción hecha de la regularidad o no de su situación administrativa, en relación a lo previsto por el artículo 14 de la LOExIS-, de “una renta básica” que garantice unas condiciones de vida digna (artículo 23). O en materia de salud (artículo 22.4). En suma, el Estatuto, aún reconociendo esos derechos como estatutarios, a menudo enunciados en términos de garantía – “se garantiza el derecho...”-, apenas aporta técnicas de garantías específicas que refuercen su dimensión de derecho subjetivo para los derechos sociales.

Por lo tanto, difícilmente puede verse en él, salvo excesos de voluntarismo jurídico, aportaciones realmente innovadoras que den seguridad al ciudadano/a, y a las personas en general que viven en Andalucía, sobre cuáles son y qué intensidad tienen sus derechos sociales. En este sentido crítico, es manifiesto que mantener hoy prácticamente inmutadas las “garantías” de aplicación efectiva de los derechos sociales respecto del texto constitucional es difícilmente justificable. Sin alterar en su sustancia el diseño constitucional, sino reforzando sus previsiones, podía y, a mi juicio, debería haberse ido más allá. Aunque podemos encontrar diseminadas a lo largo y ancho del Estatuto otras garantías más efectivas, éstas no han merecido un tratamiento medianamente adecuado, y en todo caso específico. En buena medida se ha diluido, o ignorado, un bagaje importante en el plano de la ciencia jurídica de estos últimos 25 años respecto al catálogo de garantías de efectividad de los derechos sociales, forjadas a partir de desarrollos normativos ya existentes. Entre otras me refiero a:

- los derechos de prestación reconocidos de forma universal y como mínimos irrenunciables para todas las personas –rentas básicas-
- derechos de organización –servicios públicos-
- políticas públicas, que planifiquen las actuaciones para hacer realidad los derechos sociales
- acciones positivas, que compensen desigualdades fácticas

No obstante, si bien de manera dispersa y difusa como se decía, estas exigencias de renovación o modernización están presentes en el Estatuto de Autonomía andaluz – EAA-, que es consciente de este imperativo de renovación. Así:

- Recurre con mayor frecuencia a la técnica de enunciar el derecho no sólo en términos de reconocimiento sino de garantía: “Se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”; “ Se garantiza



la protección social, jurídica y económica de la familia”, aunque luego se remita a la Ley la regulación del acceso a esa protección...

- Reconoce un derecho general a disfrutar de “garantías” sea para el ejercicio del “derecho constitucional al trabajo” (artículo 26) sea para acceder a “prestaciones de un sistema público de servicios sociales”, incluyendo el derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, “en caso de necesidad”, de los poderes públicos, si bien, una vez más, “con arreglo a lo dispuesto en la Ley” (artículo 23).
- Reconoce con carácter general no sólo el diseño y actualización de “políticas públicas” para garantizar el ejercicio de los derechos, sino incluso “la garantía de una financiación suficiente” (artículo 40.2)
- Como todos los Estatutos de Autonomía o propuestas reconoce la garantía del acceso gratuito a los “servicios públicos” –de colocación, sociales...-, aunque su contenido concreto se remita a la Ley, pero como importante originalidad también sitúa como obligación de los poderes públicos adoptar “todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias” (artículo 10.1 Propuesta Estatuto andaluz).
- El compromiso de instrumentar, al servicio de la efectividad de los derechos laborales, sus competencias en materia de contratación administrativa –restricciones para contratar con la Administración para las empresas que no respeten estos derechos- y de subvención pública (artículo 171)

En todo caso, la relatividad del significado normativo –no así político- de esta dimensión dogmática o subjetiva de los Nuevos Estatutos, y en especial del EAA, no sólo está en determinadas cláusulas cautelares contenidas en él, como la del artículo 13, que advierte de la prohibición de interpretar o aplicar los derechos y principios contemplados en el Estatuto de forma restrictiva respecto de lo ya reconocido en la CE y Normas Internacionales-, sino en las propias reglas constitucionales. Se trata del límite constitucional que supone los artículos 138.2 y 139.1 CE: todos los españoles tienen los mismos derechos y deberes en cualquier parte del territorio del Estado, sin que las diferencias estatutarias puedan implicar “privilegios sociales”.

3.2. La conexión entre la “carta de derechos” y el orden competencial: extensión y límites de la cláusula de neutralidad

Un límite constitucional que en buena medida está en la base de otra cláusula de salvaguarda del orden constitucional, al menos en un plano formal, contenida en los Estatutos. Me refiero ahora al párrafo primero del artículo 13 del EAA –con el mismo tenor que el artículo 37.4 del Estatuto catalán-, conforme al cual se quiere garantizar la neutralidad de los nuevos catálogos de derechos de las personas respecto al marco de distribución de competencias. Así,

“Los derechos y principios... no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes”.

De esta manera, por un lado, se estaría recibiendo normativamente el criterio de neutralidad de la Parte Dogmática respecto de la Parte del Reparto Competencial. Este criterio se ha recogido formalmente por la jurisprudencia constitucional aunque materialmente, esto es, a efectos prácticos, haya sido ignorado en ocasiones (ejemplo la STCO 239/2002, relativa a la legitimidad de los suplementos autonómicos de las pensiones no contributivas).

Por otro, parecería descartarse, o al menos no avalarse, la teoría de las *“competencias implícitas”*. Por tales se entiende las que, no reconocidas expresamente, derivan de su inherencia para alcanzar los objetivos o fines que sí aparecen formulados expresamente como propios, en este caso, de los Autogobiernos.

Ahora bien, esta previsión no ha impedido que se acoja una técnica de reparto competencial en los Estatutos mucho más analítica, la técnica del desglose de materias como ya se comentó y luego profundizaremos, coincidiendo en amplia medida con estos nuevos derechos y principios – políticas de género, integración de inmigrantes, atención a la dependencia...-. Como tampoco ha frenado la introducción de cláusulas que buscan ampliar las competencias de las CCAA respecto de las del Estado, especialmente cuando se trata de títulos horizontales o transversales, así como en relación a las competencias *“residuales”*.

Precisamente, para tratar de no ahogar en exceso esta legítima aspiración autonómica, pero sin desbancar por esta vía el orden constitucional, la nueva redacción del artículo 85 del EAA sigue manteniendo la cláusula de cierre expansiva del orden competencial autonómico pero con una cláusula de control. En este sentido, el primer apartado del artículo 85 EAA atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía el ejercicio de las facultades y funciones *“que, por su naturaleza, resulten inherentes”* al *“pleno ejercicio”* de sus competencias. No obstante, el apartado 2 introduce la referida cláusula de control de su extensión, remite tal ejercicio de *“funciones y servicios inherentes a las competencias”* recogidas en el Título *“a lo establecido en el Título VIII de la Constitución”*. Es evidente que, en el plano normativo, se trata más de una tautología que de una regla coherente, pues es obvio que todas las competencias habrán de desarrollarse conforme al marco constitucional. Inútil en el plano normativo sólo es explicable por el carácter pactado o transaccional de la norma estatutaria, que al tiempo que abre la puerta quiere cerrar ventanas.

Buena prueba de esta preocupación por mantener un razonable control del proceso expansivo de las competencias autonómicas es el muy diverso contenido de este artículo 85 final con su precedente, el artículo 83 de la Propuesta de Reforma, en su versión publicada el 12 de mayo de 2006, tras el Acuerdo de la Mesa del Congreso por el que se aprueba su tramitación, que atribuía a la CA, como *“cláusula de cierre”*, toda materia que



no tuviese atribución expresa por la CE al Estado. Se trataba de reinterpretar el artículo 149.3 CE, relativo a las “competencias residuales”, en virtud del cual las CCAA podrán asumir “las materias no atribuidas expresamente” al Estado por la Constitución “*en virtud de sus respectivos Estatutos*”. Además de que esta regla constitucional precisa siempre de una interpretación previa de carácter sistemático, “*por encima y con independencia de las rúbricas o denominaciones empleadas por la Constitución o por los Estatutos de Autonomía*” (SsTCO 123/1984, 133/1997), la norma estatutaria prescindía de esta referencia a su inclusión expresa.

Atendiendo a la necesidad de evitar que por esta vía alguna materia no formalmente atribuida al Estado quedase fuera de la esfera de regulación autonómica, el Estatuto no sólo apostará por un listado mucho más detallado sino por reglas generales que permitan evitar omisiones o “lagunas de atribución”. Por esta vía, la extensión y novedad dada al aspecto de los principios sí tendrán un impacto expansivo en la competencia de las CCAA.

El proceso de tramitación en las Cortes ha depurado, pues, esta pretensión, eliminando tal referencia, con lo que la situación remite a la previsión originaria de la CE. Asimismo, es oportuno volver a recordar que el Estado se reserva un elevado margen de intervención, por extensión e intensidad, a partir de cláusulas de atribución competencial tal generales u horizontales como la prevista en el artículo 149.1. 1ª.



4. “NUEVO” DESGLOSE DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE “EMPLEO”, “TRABAJO” Y “PROTECCIÓN SOCIAL”: “DISTRIBUIR ES COMPARTIR”

4.1. La ordenación general del reparto de “competencias” y su proyección a las “materias” socio-laborales

El Título II del EAA se dedica a la ordenación de las “competencias de la Comunidad Autónoma” que, como es obvio, debe ajustarse al sistema de reglas establecido por la CE. El mapa constitucional de atribución de competencias se ordena en torno a una doble “lista” o “catálogo” de “materias”, la del artículo 149 CE y la del artículo 148 CE. A este respecto, con carácter general, el artículo 42.1 del EAA dispone que corresponde a la CA de Andalucía

“las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas sobre las materias incluidas en el presente Título, que ejercerá respetando lo dispuesto en la Constitución y en el presente Estatuto”.

Si por “competencias” hemos de entender el tipo de intervención pública –la capacidad reguladora y de acción política– que corresponde a la correspondiente Administración Pública – Estado o CA–, por “materias” se considera el “conjunto de actividades, funciones

e institutos jurídicos relativos a un sector de la realidad social” (STCO 133/1997). Habitualmente, se han distinguido los 4 tipos de competencia⁷:

- a) exclusivas en sentido estricto o “absoluto”
- b) compartidas
- c) ejecutivas
- d) concurrentes – a veces confundidas con las compartidas, STCO 1/1982-.

Para tratar de acotar con precisión el alcance de las competencias que asumen las CCAA los Estatutos incluyen una clasificación específica, esto es, formulan una tipología de competencias, al tiempo que incluso fijan los “principios” que han de orientar la actuación en el ejercicio de tales competencias. Los Estatutos, publicados o en tramitación, coinciden en la delimitación que realizan al respecto. Así, el artículo 42.2 del EAA entiende por

- a) competencia exclusiva: la que comprende el ejercicio de “forma íntegra” por la Comunidad de las potestades legislativa, reglamentaria y ejecutiva. Para éstas el Derecho Andaluz es preferente frente a cualquier otro, sin perjuicio de la supletoriedad del Derecho Estatal
- b) competencia compartida: la que comprende, dentro del marco de las bases que fije el Estado, el ejercicio de las tres referidas potestades – legislativa, reglamentaria y ejecutiva (reglamentos de organización y gestión)-. Los Estatutos han recogido una concepción formal de la “legislación básica”, exigiendo que las normas estatales asuman rango de Ley, salvo que se exceptúe tal ejercicio por determinación expresa de la CE. En el ejercicio de estas competencias la CA “puede establecer políticas propias” apostilla el precepto estatutario, aunque es evidente que ello puede suceder, como la experiencia enseña a lo largo de estos años, que tales políticas pueden derivarse de cualquier competencia, aunque el marco normativo sea exclusivamente estatal.
- c) Competencia ejecutiva: comprende la “función ejecutiva”, que incluiría “la potestad de organización” de los servicios de su administración, así como cualquier otra actividad atribuida por el ordenamiento a la Administración Pública, así como, “cuando proceda, la aprobación de disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa del Estado”

En relación a la competencia ejecutiva puede observarse una notable diferencia entre el Estatuto andaluz y el Estatuto catalán. Este último no sólo incorpora la “función ejecutiva” sino también la “potestad reglamentaria”. Consecuentemente, el reproche que cabe hacer al Estatuto catalán no procede respecto del andaluz, que se adecua

⁷ Vid. J.A. ALONSO. El Estado Autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa. Congreso de los Diputados. Madrid.1986, Volumen I, págas. 711 y sgs.



perfectamente a la CE, no así el catalán, que exige, pues, una reconducción a sus justos términos, mediante sentencia interpretativa.

A este elenco, hay que sumar otras competencias, como las de coordinación de determinadas actividades, así como las de inspección y sanción, incluso respecto de competencias estatales, sí así se acuerda. Asimismo incorpora, como novedad, las competencias en aplicación del Derecho Comunitario, en los términos en que se venía entendiendo ya por la doctrina constitucional –artículo 41.2 4º-. También ejercerá las que le sean transferidas o delegadas por el Estado en virtud del artículo 150 CE. Se trata de una referencia declarativa.

Como principios aplicativos básicos que han de guiar el ejercicio de estas competencias se alude expresamente al:

- principio de territorialidad, según el cual las competencias autonómicas sólo tendrán efectos en el territorio de la CA, aunque no se descartan efectos extraterritoriales. A tal fin se remite a las normas previstas en el Estatuto mismo y a las disposiciones legales del Estado en tal sentido (artículo 43). En este caso es evidente la necesidad de llamar a los instrumentos de colaboración entre CCAA y, subsidiariamente, de coordinación por el Estado.
- principio de eficacia
- principio de coordinación entre las Administraciones responsables
- principio de proximidad, que sin duda pretende reforzar la intervención de la Administración autonómica por ser más cercana que la Estatal, si bien ello llevaría a reconocer con más intensidad la autonomía local.

Dada la importancia que tienen las competencias de fomento el Estatuto andaluz le dedica un artículo específico, el artículo 45. En él se ordenan las competencias de la CA en la gestión de Fondos propios, así como en relación, siempre respecto de sus competencias exclusivas, a las subvenciones territorializables de la AGE y de la UE. También participará, en los términos que fije el Estado, en la determinación o especificación del carácter no territorializable de las subvenciones estatales y comunitarias y en su gestión y tramitación. Como es sabido, con estas precisiones Andalucía pretende evitar que por la vía de la Potestad de Gasto del Estado se puedan afectar competencias que son exclusivas de la CA, como ha venido sucediendo hasta ahora, no obstante los límites previstos a tal fin por la doctrina constitucional (STCO 13/1992).

Pero este conjunto diferenciado de competencias está llamado a desplegarse sobre determinados ámbitos de la realidad política, social, económica, cultural... Son los denominados “ámbitos” o “materias”. A este respecto, ya hemos tenido la oportunidad de evidenciar, en línea con lo que ha puesto de manifiesto la mejor doctrina constitucionalista, cómo el legislador estatutario ha preferido la denominada *técnica del desglose material*, frente a los títulos genéricos recogidos en la CE. Esta opción de técnica reguladora tiene, como se verá de inmediato, algunas consecuencias relevantes,



para nuestro objeto de estudio. Éste se ha venido delimitando tradicionalmente sobre 4 denominaciones, recogidas en la Constitución:

- a) “legislación laboral” –no es propiamente materia sino más bien una competencia-
- b) “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social”
- c) “Asistencia Social” –artículo 148.1.20ª CE-
- d) “Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos” –artículo 149.1. 16ª CE-

Ahora bien, es más que manifiesto que estos términos ya no están en condiciones de reflejar todo el contenido de las “materias socio-laborales” ni, lo que es más importante, han quedado congelados en el tiempo desde su configuración originaria, normativa e institucionalmente, y que la CE tomó como referencia, sin definir los conceptos sino presuponiendo tal conformación. Esta influencia del tiempo no podía dejar de influir en la producción de los Nuevos Estatutos de Autonomía. Aunque, por lo común, los cambios de términos no implican alteración de las competencias, no dejan de aparecer problemas relevantes al respecto, tanto por exceso como por defecto –lagunas-. Desde este punto de vista, las materias o ámbitos que deben reclamar nuestra atención en este comentario son básicamente los siguientes:

- a) “Empleo, relaciones laborales y seguridad social” – artículo 63 EAA-
- b) “Actividad económica”, en lo relativo al fomento de la economía social (artículo 58)
- c) “Política de género” (artículo 73)
- d) “Inmigración” (artículo 62)
- e) “Función pública”, en relación al personal laboral (artículo 76)
- f) “Servicios Sociales” (artículo 61 Estatuto andaluz)
- g) “Universidades”, naturalmente sólo a las competencias en relación al profesorado contratado laboral (artículo 53. 2 letra e) Estatuto andaluz)
- h) “ Salud, sanidad y farmacia” (artículo 55)

De la conjunción de todos ellos, para cuyo análisis seguiré un criterio de ordenación basado en los grandes subsistemas de regulación hoy existentes en el mundo del trabajo –empleo, relaciones laborales, inmigración socio-económica, prevención de riesgos laborales- y de la protección social – Seguridad Social, Acción y Servicios Sociales, Sanidad-, saldrá el concreto espacio, tanto de continuidad como de renovación, que los Estatutos han abierto para la conformación de dos horizontes normativo-institucionales: los célebres *marcos autonómicos de relaciones de trabajo*, por un lado, y los *Sistemas autonómicos de Bienestar*, por otro. Veámoslo brevemente en relación al Estatuto de Andalucía.



4.2. Sistema de reparto constitucional del poder reguladora y de intervención pública en materia de “empleo y relaciones laborales”

El TCO ha sido siempre consciente de que la referencia constitucional a la competencia sobre “legislación laboral” admitía más de un sentido. Sin embargo, mantiene invariadamente un *concepto material*, no formal, de “legislación laboral”. Al mismo tiempo sostiene, con alguna apertura relevante, una comprensión muy *concreta y restrictiva* del término “laboral”, que lo identifica con la “relación de trabajo asalariado”, por lo que, en principio la ordenación de la protección socio-laboral de los “trabajadores autónomos”.

Consecuentemente, cualquier materia que se relacione de modo conexo pero indirecto con la relación contractual de trabajo asalariado queda abierta a la competencia autonómica, como las sociedades cooperativas –especialmente las cooperativas de trabajo asalariado, STCO 88/1989-, o la “formación profesional” – STCO 48/1985-, salvo que se conecte con la materia “empleo”. Precisamente, es en relación a las políticas de empleo, más allá incluso de las que se ligan a las instituciones jurídico-laborales, donde se ha asistido a la apertura del concepto, quebrando el evidenciado sentido restrictivo. Así, pese a que la CE no incluye nominativamente el “empleo” en ningún título competencial específico, y aún constatado el carácter netamente horizontal, o incluso transversal de estas políticas, desde la STCO 195/1996 se ha entendido incluido en el título del artículo 149.1.7ª CE.

En la práctica todas las CCAA recogen en sus Estatutos tales competencias, que se concretan en la actuación administrativa, y su reglamentación interna, para afrontar la puesta en práctica o aplicación en su territorio de la normativa estatal (STCO 196/1997). Consecuentemente, no se acepta la diversidad normativa en el ámbito laboral pero sí *la diversidad aplicativa*, que la experiencia acredita no es sólo potencial sino real, consustancial al Estado Autonómico (STCO 195/1996). Además de, por supuesto, la actividad de fomento, tanto en relación a los aspectos individuales como sobre todo a los colectivos –marcos autonómicos de relaciones de trabajo-.

En definitiva, la ordenación jurídica del empleo y el diseño de las políticas activas de empleo –las pasivas pertenecen al Título de Seguridad Social- hace ya tiempo que superó el ámbito de lo laboral. Sin embargo, el artículo 63 del Estatuto andaluz, como en general el resto de Estatutos, recoge en el mismo precepto ambas materias. Así, su apartado 1, atribuye competencia ejecutiva en “materia de empleo y relaciones laborales”, como si fuesen una misma materia, socio-económica y jurídicamente hablando. Quizás ha perdido el legislador autonómico una oportunidad para reordenar esta cuestión, atendiendo al dato constitucional que evidencia *una pluralidad de títulos competenciales respecto al empleo, materia parcialmente diferente a la de relaciones de trabajo, que van mucho más allá de la función ejecutiva* –ejemplo: artículo 148.1.13ª, relativo al fomento del desarrollo económico; 149.1.30ª para el desarrollo bases del Estado en formación ocupacional-, como el propio TCO ha reconocido en relación a la *formación ocupacional* (STCO 195/1996), aunque siga dando prevalencia al de ejecución.

A este respecto, la observación más relevante que hay que realizar al respecto es la clara distancia existente entre la intensidad de las referencias al empleo, y su calidad, y al derecho del trabajo, en el Estatuto andaluz, como ya se puso de relieve en el apartado



anterior, que evidencia una gran “ambición” de renovación político-jurídica en materia de derechos de empleo, laborales y sindicales, y la falta de novedad en esta materia desde el plano de las competencias. Por supuesto que no es dudosa la pretensión autonómica de constituir un renovado marco andaluz de relaciones laborales. Pero tal objetivo se persigue con el reparto hoy vigente.

Inequívoco es el artículo 173 EAA que establece el mandato a la Comunidad de crear una “política propia de relaciones laborales” – el Estatuto catalán habla de “marco” propio-, incluyendo:

- las políticas activas de empleo
- las políticas de prevención de riesgos laborales y de protección de la seguridad y salud laboral –esta última ha de enmarcarse igualmente en el título relativo a salud, pues hoy el SNS incorpora la prestación de salud laboral-.
- La promoción del marco autonómico para la negociación colectiva, así como para los medios de resolución extrajudicial de conflictos laborales.

No cabe duda de que en este ámbito el Estatuto andaluz tiene un significado claramente “normalizador” de lo que ya sucede en la práctica del sistema andaluz de relaciones laborales. Aquí puede ilustrarse claramente esa crítica hecha al proceso estatutario de llevar a la Norma Institucional lo que es materia de regulación reglamentaria y/o de auto-organización , así como de fomento. No obstante, parece claro que esta opción es aceptable política y técnicamente, por cuanto representan ya señas de identidad de una manera de actuar o intervenir para hacer realidad un marco normativo que, como se sabe, pertenece a día de hoy en exclusiva al Estado.

Ahora bien, si desde este marco de proclamaciones de principio y reconocimiento de derechos pasamos a su concreción en el plano competencial la desproporción es evidente, pues la extrema ambición, en el plano de política jurídica, contenida en el plano sustantivo topa con el crudo realismo de una materia cuya ordenación compete al Estado, en el plano de la regulación heterónoma, y a los interlocutores sociales, en el plano de la autonomía. El creciente juego de las reglas autónomas en la regulación de este ámbito no responde – ni puede hacerlo- al principio de autogobierno territorial, sino al de autogobierno colectivo, aún en el marco, eso sí, de un formidable conjunto de *instrumentos de actuación administrativa*, esto es, ejecutiva, así como de fomento. No obstante, ya se ha indicado cómo las CCAA comienzan a desplegar una intensa actividad reguladora aún con en materias para las que sólo tienen competencias ejecutivas, aprovechando que se trata de materias “horizontales” o transversales, como sucede, por ejemplo, además de en relación al empleo, con la “política de género”, que incluso se llega a considerar competencia exclusiva autonómica.

En este sentido, el artículo 73 Estatuto andaluz atribuye competencia exclusiva a la CA en política de género, sin perjuicio del límite previsto en el artículo 149.1.1 CE, para la promoción de la igualdad de hombres y mujeres “en todos los ámbitos sociales, laborales, económicos o representativos”. A tal fin, sigue el precepto, se atribuye expresamente



a la CA “la facultad de dictar normativas propias o de desarrollo en esta materia”. Es obvio que, al menos en relación al ámbito laboral, debe atenderse al título genérico por razón de la materia, el artículo 63 en relación al artículo 149.1.7 CE, por lo que las competencias no podrán ser normativas.

Ahora bien, junto a éste hay que indicar algunas otras materias que tienen incidencia directa para la regulación de las relaciones de trabajo, como son el relativo al personal al servicio de las AAPP – artículo 76.2 c) EAA-, y el personal PDI contratado universitario – artículo 53.2.e) EAA-. El primer precepto indicado atribuye a la Junta de Andalucía “competencia exclusiva, en materia de personal laboral, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y ... formación de este personal”. El segundo atribuye:

- como “competencia compartida” en materia de enseñanza universitaria “la regulación del régimen del profesorado docente e investigador contratado”, por tanto igual que para el funcionario
- y como “competencia exclusiva”, dentro del respeto a la “autonomía universitaria”, su entero “régimen retributivo” –apartado 1 letra h) artículo 53 EAA-, no sólo las retribuciones adicionales, como para el PDI funcionario

Esta regulación coincide prácticamente en la literalidad con lo previsto en el Estatuto catalán. La competencia en materia de personal laboral al servicio de las AAPP, andaluza y catalana, ha quedado muy aguada en la versión definitiva, pues en la versión catalana originaria, la proveniente del Parlamento de Cataluña, la competencia exclusiva de adaptación no era de la “Relación de Puestos de Trabajo” –RPT-, como dice el Estatuto catalán –RPT-, o de la “organización administrativa”, según la fórmula mucho más ambigua del Estatuto andaluz, sino de la “Relación de Trabajo” misma. No estamos ante cambios nominales sino ante una mutación de sentido radical, por cuanto la actual versión es, una vez más, perfectamente inútil, por obvia e inherente a la potestad administrativa autonómica –y local-, mientras que la originaria representaba una clara extralimitación respecto del artículo 149.1.7ª CE, que es el título aplicable en este caso.

El juicio respecto de la competencia atribuida en materia de PDI contratado es ya diferente, mucho más crítico, en la medida en que supone atribuir a las CCAA una *competencia normativa*, eso sí, compartida respecto del PDI contratado, cuando estamos ante un ámbito de relaciones de trabajo pues su régimen, a día de hoy, conforme a la vigente LOU, y parece que también en el futuro, a juzgar por el Proyecto de Reforma de la LOU, es estrictamente laboral. Sin embargo, la regulación legislativa vigente abrió un campo importante de regulación normativa, legal y reglamentaria, a las CCAA que éstas aprovecharon al máximo, hasta el punto de crear marcos reguladores de este nuevo colectivo de empleados laborales públicos completamente diferentes para cada Comunidad. Asimismo, el poder de autonomía territorial desplazó a la autonomía colectiva, que quedaba prácticamente ignorada en la mayor parte de estas regulaciones.

La reforma proyectada de este marco regulador parece reducir ese campo de ordenación normativa para las CCAA. Ahora bien, el tenor del que será, de prosperar, nuevo artículo



48.5 LOU, sigue adoleciendo de una extremada ambigüedad que mucho me temo hará que las CCAA vuelvan a desplegar regulaciones propiamente normativas en esta materia, con las deficiencias que de esta intervención se ha derivado, en términos de incertidumbre sobre el régimen aplicable y de auténticos “privilegios”/ “discriminaciones” entre el PDI contratado de unas Autonomías y otras. Así, tal precepto proyectado reza:

“En el ámbito de sus competencias y respetando en todo caso lo previsto en esta ley y en la legislación laboral, las Comunidades Autónomas podrán dictar normas sobre el personal docente e investigador contratado por las Universidades”

Atendiendo al tenor literal, bastante confuso se insiste, de este precepto parece que el Legislador descarta configurar la LOU como una Ley de Delegación Legislativa (artículo 150.1) o de Transferencia de Competencias (artículo 150.2 CE), procedimientos excepcionales para atribuir a las CCAA competencias de titularidad exclusiva del Estado. Ahora bien, el inciso final, que alude expresamente a una competencia normativa genera las referidas dudas, porque autoriza a entender tanto que se trata de “normas de organización”, lo que no plantearía problemas, como “normas de regulación” complementaria o de desarrollo de la legislación del Estado, lo que sí supone un cambio significativo respecto del entendimiento tradicional u ortodoxo del reparto competencia en materia laboral.

Aunque la mayor parte de la doctrina ius-laboralista entiende que no es de aplicación a la materia laboral –tampoco a la Seguridad Social- las previsiones del artículo 150 CE, por impedirlo el límite fijado a estas potestades de delegación –que se trate de materias susceptibles de delegación-, la cuestión dicta de estar clara y ser unívoca. En todo caso, sí es cierto que la única ocasión en que esto ha ocurrido, si bien de manera anómala e informal, con la vigente LOU, la experiencia práctica aconseja una respuesta negativa, por cuanto la diversidad reguladora autonómica se ha revelado extremadamente pernicioso, sin que haya, para colmo, resuelto el problema de la contratación de profesorado para las Universidades, eso sí, excesivamente voraces y proclives a un reconocimiento casi ilimitado de un potestad de contratación “a la carta”, claramente inconstitucional, además de ilegal.

Con carácter general, donde el precepto estatutario sí tiene una carga de profundidad sobre la ordenación legislativa vigente es en relación a *“la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en todo lo previsto en el apartado anterior” del artículo 63*. El mismo precepto precisa o acota esta competencia en los siguientes términos: *“A tal efecto, los funcionarios de los Cuerpos que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Junta de Andalucía”*.

En principio, no debe sorprender que en el espacio del denominado Derecho Social Administrativo Sancionador, las CCAA asuman competencia ejecutiva respecto de:

- la *potestad sancionadora* de las infracciones del orden social en el ámbito de sus competencias
- *“la función pública inspectora”* en materia de legislación social



Pero la prevista dependencia orgánica de la CA sí pudiera implicar una alteración de su configuración clásica, incluso resultar dudosamente compatible con la normativa internacional que requiere la existencia de una "Autoridad Central" –artículo 4 Convenio número 81 OIT-. A este respecto, debe recordarse que la ITSS "se estructura en una Autoridad Central y, territorialmente, en Inspecciones Provinciales agrupadas en cada Comunidad..."(artículo 15.2 LITSS), estando obligadas tanto la Administración Central –MTAS- como la Autónoma a organizar el ejercicio de las actuaciones inspectoras "con sujeción a los principios de concepción única e integral del sistema de ITSS" (artículo 15.1) como "servicio público" prestado por un "Cuerpo Nacional" de Funcionarios – artículo 1 LITSS-.

Cierto que, como ha advertido el profesor Palomeque en este mismo libro, si una competencia hay de ejecución esa es la "inspectora" por lo que ningún problema debiera suscitar esta nueva ordenación, que más bien sería coherente con tal naturaleza, guste más o menos en el plano de las opciones de política jurídica. No obstante, tampoco debe olvidarse que esa misma ITSS tendrá que aplicar normas de competencia exclusiva del Estado, lo que sin duda puede provocar algunos desajustes. De ahí que el EAA haya previsto con especial fuerza el que "a través de los mecanismos de cooperación" previstos en el Estatuto se establezcan

"las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social, ejerciéndose las competencias del Estado y de la Junta de Andalucía de forma coordinada, conforme a los Planes de actuación que se determinen a través de los indicados mecanismos".

Por lo tanto, queda claro que se suaviza extraordinariamente la regla de la dependencia orgánica de la Comunidad Autónoma, caminando hacia un sistema de cooperación que aparece mucho más coherente y tiene visos de mayor eficacia, ilustrando al mismo tiempo que estamos en un tiempo de las "competencias compartidas" frente a cualquier pretensión de monopolio. La creación y funcionamiento de estos mecanismos de cooperación no debe ser ningún problema, por cuanto es una exigencia contenida en el Capítulo II, artículos 15 a 17 de la Ley 42/1997, ordenadora de la ITSS y viene practicándose desde hace tiempo, con razonable aunque mejorable eficacia. La Ley vigente, cuyos fundamentos se sitúan en una pluralidad de títulos, prevé la conocida dualidad de dependencias funcionales, atendiendo al reparto de competencias en materias laboral, en sentido amplio, y social. Pero también recoge la posibilidad de adscripción orgánica de funcionarios de la ITSS a la Administración Autónoma mediante acuerdo –artículo 17.3 LITSS; Disposición Adicional 7ª, que remite a los respectivos Estatutos-.

En consecuencia, se trata de un ámbito especialmente abonado a la intensificación de los instrumentos de cooperación, teniendo en cuenta que la normativa será siempre única pero su ejecución, que incluye la potestad sancionadora, corresponde a la Comunidad Autónoma – STCO 185/1991-. No obstante, debe recordarse que la propia EM de la LITSS abre la puerta a una configuración diferente, siempre dentro del marco constitucional claro está.

4.3. La ordenación competencial en materia de Seguridad Social: la plena continuidad

Aunque se trata ahora ya de materias bien diferentes, el artículo 63, en su apartado 3, hace referencia a la Seguridad Social igualmente. Pero si en el ámbito de empleo y de trabajo las novedades son prácticamente nulas en nuestro Estatuto, todavía menor significación tiene en materia de Seguridad Social. Como es sabido, el diseño constitucional es el siguiente:

- a) El Estado tendría competencia exclusiva sobre
 - la “legislación básica” de la Seguridad Social y
 - el “régimen económico” (SsTCO 138/1983, 24/1989, 195/1996)
- b) Las CAA tendrían competencia de:
 - *regulación* de desarrollo de la legislación no básica (STCO 102/1995)
 - *gestión* del régimen económico, siempre que estas facultades económicas no comprometan la unidad del sistema ni perturbe su funcionamiento económico uniforme, ni por supuesto cuestione la titularidad estatal de todos los recursos de la seguridad social, ni provoque desigualdades en el cumplimiento de obligaciones y satisfacción de derechos (STCO 124/1989)
 - *ejecución* de la legislación básica del Estado
 - *organización y administración de los servicios de Seguridad Social, ejerciendo la tutela sobre ellos, sin perjuicio de la Alta Inspección estatal*

Ahora bien, conviene recordar que el TCO ya advirtió de la necesidad de evitar “conclusiones apresuradas”, como sería la de atribuir sólo potestades normativas en materia de régimen económico de la Seguridad Social. Al contrario, este Título implica un “plus”, identificado con el desarrollo estatal de “*competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario*” (STCO 195/1996).

Aunque en este aspecto es posible identificar alguna pequeña evolución de la doctrina constitucional, en sentido más aperturista a la competencia autonómica, la convicción mayoritaria es que la mención separada del “régimen económico” como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la seguridad social y no sólo la unidad de su regulación jurídica. El resultado sería excluir, a diferencia de lo laboral, la diversidad de “*políticas territoriales de seguridad social en cada una de las CCAA*” (STCO 124/1989).

Otra cosa será, como se desprende de la STCO 239/2002, que sí cabe *la diversidad de políticas territoriales de protección social*. Pero ello se debe a la concurrencia de títulos competenciales sobre una misma materia, por lo que estaría permitido a través del uso de títulos competenciales propios de la Comunidad que están en condiciones de incidir o afectar en el nivel de protección dada por la Seguridad Social a sus beneficiarios.



Este es, pues, el marco de límites y posibilidades que delimitan el espacio de actividad de las CCAA en una materia que, como el Sistema de Seguridad Social, resulta trascendental para mantener la equidad y solidaridad entre los territorios que conforman el Estado español. De ahí que, sin perjuicio de reiterar esa tímida apertura del TCO, la mayor parte de los pronunciamientos constitucionales hayan sido favorables a esa dimensión estatal de la Seguridad Social⁸.

En definitiva, dentro de este entendimiento, que como se ve deja limitado espacio a las CCAA, habrá de valorarse no ya sólo la legitimidad –validez- constitucional de las reformas, sino también su eficacia jurídica en orden a evaluar si se promueve o no con ellas nuevas situaciones jurídicas respecto de las existentes hasta el momento, avanzando en el Estado Autonómico. Naturalmente, dentro del ámbito de posibilidades permitidas, aunque no exigidas, por las reglas de reparto competencial realizadas en la CE. La prueba de esta relativa diversidad, y potencialidad, es que *no todas las CCAA han asumido* el mismo nivel competencial.

Pues bien, en este marco la referencia del EAA es claramente mínima, salvo la referencia que se hace a la gestión del régimen económico, pues resulta ciertamente ambigua. A diferencia del mucho más completo y ambicioso, también quizás de más dudosa legitimidad constitucional, artículo 165 del Estatuto catalán⁹, sobre el que el profesor L.E. De la Villa ha vertido duras críticas en esta misma Obra, se limita a recordar que en materia de Seguridad Social le corresponde a la CA

“las competencias ejecutivas que se determinen en aplicación de la legislación estatal, incluida la gestión de su régimen económico, con pleno respeto al principio de unidad de caja”.

En este sentido, sólo tienen competencias plenas en esta materia conforme a su atribución estatutaria el País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Valencia y Navarra. Las restantes, que son obviamente la mayoría, sólo han asumido determinadas competencias de desarrollo legislativo -y de ejecución- de la legislación básica del Estado. Así sucede en particular a través de la gestión de algunas prestaciones que forman parte de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social. El ejemplo más claro, fuera de la materia de *Asistencia Sanitaria*, está en la *gestión de las prestaciones no contributivas y prestaciones y servicios sociales propios o titularidad del IMSERSO*.

En todo caso, el Estatuto contiene cláusulas de apertura competencial, que le permitirían incrementar el nivel competencial hasta alcanzar el techo, a través de procedimientos como los previstos en el artículo 148.2 CE o en el 150.1 y 2 CE.

8 Cfr. J.LOPEZ. Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social. Marcial Pons. Madrid.1993

9 Además del ilustrador estudio realizado en estas páginas por el profesor Eduardo Rojo, remito a mi comentario detenido en “Nuevos Estatutos... op.cit. páginas 98 y sgs.



Ni que decir tiene que quedan fuera de esta ordenación aquellas materias que, aún implicando niveles complementarios de protección para los beneficiarios de la Seguridad Social no constituyen propiamente Seguridad Social. Así sucedería con el denominado “Mutualismo Libre de Previsión Social” (STCO 86/1989), y, por supuesto, con los célebres Planes y Fondos de Pensiones (STCO 206/1997). Aunque esta última modalidad de previsión colectiva, aún diferente al Mutualismo Social, pertenece en exclusiva al Estado, se fundamenta en títulos diferentes, como la legislación mercantil (artículo 149.1. 16^a), las bases de ordenación de seguros (artículo 149.1.11^a) y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13^a, STCO 66/1988).

Finalmente, conviene recordar que la asunción estatutaria de competencias no suponer la plena efectividad de su ejercicio, pues se precisa para ello de la aprobación de las correspondientes normas de transferencia de servicios y los medios o recursos necesarios para el ejercicio de las competencias estatutarias reconocidas a la CA. Estos RRDD son condición de pleno ejercicio de las competencias pero no incorporan ninguna norma atributiva ni ordenadora de competencias, pues esta tarea sólo corresponde “a la Constitución, a los Estatutos de Autonomía y a las demás fuentes” legales, por lo que por la vía de la interpretación no pueden prevalecer las normas de transferencia sobre el bloque constitucional (SSTCO 102/1985, 118/1998). La falta de esta norma de transferencia no es condición obstativa de la asunción ipso iure de la titularidad de las competencias que el Estatuto atribuye (STCO 124/1989), sin que quepa plantear conflicto de competencia por esta inactividad (STCO 201/1990), siendo responsabilidad del Estado seguir ejerciendo la competencia (STCO 155/1990).



5.1. El nuevo reparto competencias en materia de “inmigración socio-económica”: un cambio no sólo conveniente sino necesario y posible constitucionalmente

5.1.1. Una nueva cuestión social, nuevos derechos y nuevas políticas: las personas inmigrantes como sujetos de derechos sociales

Pero sin duda, en materia socio-laboral, donde el impacto del Estatuto de Andalucía será mayor es en relación al nuevo reparto de competencias promovido en relación al *fenómeno inmigratorio* en España. Aquí sí asistimos a un cambio sustancial respecto de la situación actual y que, para muchos autores, como el profesor Monereo Pérez, bien hubiera merecido una reforma constitucional. Sin perjuicio de atender a los razonados argumentos dados por él en esta Obra, no es esta mi posición.


A este respecto, vengo defendiendo no sólo la conveniencia u oportunidad del cambio, sino también la necesidad para la coherencia y eficacia en la resolución, normativa y política, de la situación, así como la plena legitimidad constitucional del nuevo modelo estatutario. Un cambio que requerirá reformas legales.

En este sentido, resulta evidente que el fenómeno inmigratorio, quizás la cuestión social más relevante del siglo XXI, no puede conformarse sobre la base de un Título competencial único, pues, como ya vimos en relación a otras materias, como el Empleo, o la Igualdad de

Género, asume una marcada *vertiente transversal u horizontal*. Este doble planteamiento – ausencia de previsión constitucional material o real específica del fenómeno y complejidad de la materia por su transversalidad- justifica la necesidad de una relectura evolutiva, no voluntariosa sino obligada o exigida para una aplicación respetuosa con el entero diseño constitucional de competencias, del artículo 149.1.2ª CE.

Este precepto atribuye una competencia exclusiva al Estado sobre las “*siguientes materias: 1ª... 2ª Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*”. Como puede comprobarse en una simple lectura, el precepto constitucional procede a

- *dar el mismo tratamiento competencial al fenómeno*, netamente jurídico y de significado “negativo” e individual –carencia-, de la extranjería –estatuto administrativo diferenciado por carecer de nacionalidad española-, que al de la “inmigración”. Pero éste es un fenómeno conexo aunque diferente, y mucho más amplio, por cuanto tiene vertientes económicas, políticas, culturales, sociales y, por supuesto, jurídicas, mucho más amplias, presuponiendo una alcance “positivo” y global o colectivo – integración de grupos de población más vulnerables-
- atribuir al Estado *una competencia absoluta*, exclusiva y excluyente, por cuanto abarca todas las facultades de ser ejercitadas –esto es, competencias- sobre la realidad social inmigratoria – esto es, materias o ámbitos que abarca-



Aunque este protagonismo del Estado tiene fácil explicación carece, en el propio diseño constitucional, de fundamento o justificación, porque en realidad el fenómeno inmigratorio exige, desde el propio reparto constitucional de competencias, una ordenación y gestión desde diferentes títulos competenciales, tratándose realmente de una “competencia concurrente”, a diferencia de lo que sucede respecto de la “extranjería”, que es materia exclusiva del Estado. Una interpretación no literal sino sistemática y teleológica, en aplicación de los criterios usuales de interpretación –artículo 3.1 Código Civil y doctrina constitucional reiterada-, pone de relieve que uno de los ejes de acción en materia inmigratoria, la *integración socio-económica* –junto al control de fronteras y la cooperación exterior- precisa de un amplio catálogo de políticas públicas y sociales que la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas – sanidad, vivienda, educación, empleo, acción social...-.

De este modo, si la extranjería está estrechamente litada a los conceptos de soberanía estatal, por lo que no puede salir de su marco regulador y de su gestión, queda claro que la inmigración precisa de una intervención coordinada y complementaria de la Soberanía y del Autogobierno. Esta es una “verdad jurídica” que la práctica de nuestros días confirma como una necesidad inexorable. La legislación de desarrollo del artículo 13 con amparo en el artículo 149.1. 2ª CE, la LO 4/2000 y sus sucesivas reformas ha ignorado hasta la fecha esta “corresponsabilidad” y, por tanto, este carácter de competencia compartida¹⁰.

10 Vid. E. ROIG. “Autonomía e inmigración: competencias y participación de las CCAA y los Entes Locales en materia de inmigración”. ADCP. Numero 14, 2002, págas. 199 y sgs.

Al Estado ha correspondido:

- la potestad legislativa: regula tanto la titularidad y alcance del ejercicio de los derechos y libertades, con un carácter generoso en la mayoría pero restrictivo en otros que ha generado razonables dudas de inconstitucionalidad – derechos de libertad sindical y de huelga, por ejemplo-, cuanto los mecanismos de control susceptibles de ser aplicados sobre los flujos migratorios
- A esta competencia legislativa le ha seguido la competencia de desarrollo reglamentario, llevada a cabo actualmente, y tras el varapalo sufrido con la STS 20 de marzo de 2003, por el RD 2393/2004, cuyas implicaciones laborales son más que evidentes
- pero también la potestad de organización y gestión: le corresponde organizar y gestionar de los servicios necesarios para llevarla a cabo – el artículo 161 del Reglamento recoge la competencia de las Oficinas de Extranjeros, que depende orgánicamente de la Delegación o Subdelegación del Gobierno y funcionalmente del MTAS (RRDD 553/2004 Y 1600/2004, ámbito en el que se incluye hoy la Secretaria General de Inmigración, antes residenciada, inadecuadamente pese a lo que hoy sostienen algunos, en el Ministerio de Interior-.

En definitiva, a la Comunidad Autónoma sólo se le ha reconocido:

- Una competencia asistencial , basada en su título de asistencia social
- una débil competencia de participación en la gestión de la política inmigratoria. Bien mediante una actividad o función consultiva - elaboración del Contingente o Cupo de Extranjeros, artículo 39 de la LOExIS y artículo 79 del RLOExIS; “Catálogo de Ocupaciones de Dificil cobertura”, a través de los Servicios de Empleo Autonómicos, artículo 50 RELOExIS-, bien a través de su presencia en órganos como el Consejo Superior de Política de Inmigración, o el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes -o en el Observatorio Español de Racismo y la Xenofobia (LO 14/2003).
- Una actividad de gestión. La LO 14/2003 atribuyó a las CCAA una función de colaboración con la Administración General del Estado para ordenar campañas de trabajo de temporada, lo que resulta razonable teniendo en cuenta la dimensión territorial de estas actividades y la competencia autonómica en materia de ejecución ocupacional y laboral. Sin embargo, el necesario desarrollo reglamentario no se ha producido por cuanto el artículo 57 del Reglamento limita la implicación de los servicios públicos de empleo autonómicos, en el procedimiento de autorización para trabajos de este tipo, a la publicación de las ofertas de empleo.
- Una competencia de coordinación y cooperación. Se prevé la posibilidad de crear Subcomisiones dentro de las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y las CCAA para analizar, de forma conjunta, la incidencia del fenómeno inmigratorio en la Comunidad, a efectos de establecer lo que proceda en orden a las autorizaciones para trabajar y residir (DA 2ª LOExIS):



A la vista de esta situación bien puede decirse que las CCAA viven el fenómeno inmigratorio desde una extrema paradoja, incluso contradicción: son las llamadas no sólo a “acoger” inicialmente al inmigrante sino a acompañar todo el proceso de integración de los inmigrantes en nuestro país, por cuanto se produce en sus territorios, y de forma diferencial, pero, sin embargo, no tienen competencias directas ni en la ordenación normativa ni tampoco en la gestión de los flujos migratorios por razones de empleo. Pero sí tienen la competencia de ejecución en materia laboral y la exclusiva en materia de “asistencia social” que, en gran medida, conforma el estatuto jurídico-real de la persona inmigrante en España. No debe sorprender, pues, que las CCAA con un mayor impacto del fenómeno inmigratorio vengán reivindicando, con total legitimidad, un mayor protagonismo autonómico en la regulación y gestión de los flujos de población, especialmente en relación a los aspectos de integración, incluida la gestión de la política de empleo para los inmigrantes, hasta alcanzar la contratación en origen, aunque ello incida en la competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores.

A partir de estos planteamientos es posible entender la especial atención que a los Nuevos Estatutos de Autonomía, incluido el andaluz, está mereciendo la materia de “inmigración”. En la mayoría es conformada como una materia específica sobre la que se ejercen las competencias, de diversa naturaleza, de la Comunidad. Así sucede con el artículo 138 del Estatuto catalán y con el análogo artículo 62 del Estatuto andaluz¹¹.

En el primer plano, el reconocimiento de derechos, el Estatuto andaluz hace de la integración un objetivo y un principio básico de su ordenamiento y de sus políticas públicas. Cierto que no contamos con un precepto tan directo y completo como el artículo 42.6 del Estatuto catalán, a tenor del cual:

“Los poderes públicos deben emprender las acciones necesarias para establecer un régimen de acogida de las personas inmigradas y deben promover las políticas que garanticen el reconocimiento y la efectividad de los derechos y deberes de las personas inmigradas, la igualdad de oportunidades, las prestaciones y las ayudas que permitan su plena acomodación social y económica y la participación en los asuntos públicos”.

De este modo, vemos como se formula un “principio” y no un “derecho a la inserción de las personas inmigradas” que, como todos ellos, informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (artículo 39.2). Un principio que, como acabo de recordar, está igualmente presente en el Estatuto andaluz, pues entre los principios rectores de las políticas públicas se prevé “la integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes” –artículo 37.1 9º EAA-.

11 No sucede lo mismo con el Estatuto valenciano, que pese a contemplar la atención a los derechos de las personas inmigrantes como prioridad de la Comunidad, desde su consideración como competencia exclusiva derivada de la acción social, no delimita una materia específica. Un estudio más detenido de este nuevo modelo en “Nuevos Estatutos...”. op.cit. páginas 112 y sgs.

Pues bien, este reconocimiento por vez primera, en un texto que forma parte del “bloque de constitucionalidad”, del carácter de sujetos de derechos al conjunto de la población inmigrante extranjera, que adquiere así identidad o “carta de naturaleza” jurídica, no va a estar exenta de efectos en la regulación del reparto de competencias, en cierto modo evidenciando el carácter más formal que real, o en todo caso el alcance limitado, de la cláusula de neutralidad recogida en el ya comentado artículo 13 del EAA. En este sentido, el *artículo 62 del Estatuto andaluz*, análogo aunque no idéntico al artículo 138 Estatuto catalán, propone la atribución de un amplio catálogo de competencias, tanto reguladoras como de ejecución, que, de una parte, pretenden reflejar textos normativos lo que ya sucede en la práctica y, de otra, implica la reivindicación expresa de la competencia de gestión de las autorizaciones para trabajar.

4.4.2. *Hacia un modelo de gestión inmigratoria descentralizado: la autorización para trabajar como típica competencia ejecutiva*

Un estudio comparado del artículo 62 del Estatuto andaluz respecto de su homólogo catalán, el artículo 138, deja en evidencia, una vez más, la posición mucho más vindicativa de éste respecto de aquél. En este sentido, forjado sobre pretensiones de “exclusividad”, en la versión definitiva el artículo 138 aparece con un alcance más heterogéneo y limitado, aunque no renuncia a competencias exclusivas, como la regulación normativa de la acogida y la integración.

Mucho más prudente se muestra el Estatuto andaluz. Así, cierto que reivindica también para la CA “las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes” - apartado 1, letra a)- . Pero lo hace “en el marco de sus competencias”, por tanto, sin pretender una competencia reguladora específica al respecto, como sí hace el artículo 138 Estatuto catalán. Por lo tanto, queda claro que por este aspecto la adecuación del precepto estatutario andaluz es plena al texto constitucional.

Mucho más comprometido es la letra b) del apartado 1. Conforme a su redacción, corresponde a la Junta de Andalucía la “*competencia ejecutiva*” en materia de “*autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía*”. Esta *competencia*, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, *así como con su legislación*, incluye:

- a) La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena
- b) La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes de autorización inicial,
- c) así como la aplicación del régimen de inspección y sanción

Finalmente, se prevé para la Junta de Andalucía una competencia de “*participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía*”



y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX”.

A la vista de esta exposición, queda claro que la cuestión más relevante y novedosa en esta materia, al menos en relación al Estatuto andaluz, es la cuestión de la legitimidad, pues doy por incuestionable la oportunidad o conveniencia, de la opción estatutaria de considerar como competencia ejecutiva la autorización para trabajar, hoy ordenada y gestionada en el ámbito de la AGE. A este respecto, si partimos de una “laboralización” –hoy de nuevo cuestionada- de estos temas queda claro que *se trata de una materia típicamente de ejecución “laboral”*, incluso en el marco del artículo 149.1.7ª y no tanto en el espacio del artículo 149.1.2ª CE. De ahí que, *sea perfectamente posible*, además de coherente, que quien tiene las competencias en materia de empleo y trabajo, las CCAA, asuman la concesión de autorizaciones. Para ello los inmigrantes precisarán, como es obvio, una autorización de residencia cuya concesión compete únicamente al Estado, ahora a través de las Subdelegaciones de Gobierno y en breve a través de la correspondiente Agencia de Inmigración. De ahí, la adecuada llamada que se hace a la coordinación de este tema, pues en la actualidad es el mismo documento.

Una cuestión que queda algo en el aire es si esta transferencia a las CCAA de la competencia de autorización lo será sólo para la “relación laboral” en sentido estricto -trabajo asalariado-, o también para las de trabajo autónomo. En principio, podría pensarse que el carácter restrictivo del concepto “laboral” lo excluye. No obstante, las competencias autonómicas en materia de autoempleo pueden avalar la lectura amplia.

Asimismo, le corresponde la resolución de los recursos planteados al efecto, así como la aplicación del régimen de inspección y sanción, a través de la ITSS, si bien este extremo no se especifica, por lo que pudiera abrirse la vía a un cuerpo de inspección específico del tema de las autorizaciones. Una opción que, a mi juicio, no es aconsejable.

En relación a las denominadas “*competencias de participación*” –codecisión o codeterminación- su trascendencia es menor, a mi juicio, y en todo caso aparecen como razonables en su propuesta. Sin embargo, por enésima vez, la versión correctora deja una mayor incertidumbre tanto el alcance de la competencia como a las vías para instrumentarse. Naturalmente, este problema tiene que ver con el primer inciso, no con el segundo, por cuanto la participación en el contingente ya está prevista y venía ejerciéndose, por lo que existe una práctica previa, si bien más limitada probablemente de la que se pretende ahora por la Comunidad Autónoma. En todo caso, debe recordarse igualmente la previsión de la DA 2ª de la LOExIS, que ya abre un campo importante para ejercer esta coordinación y cooperación, a todas luces imprescindible.



4.5. La “acción social” como competencia irresistiblemente concurrente: Asistencia y Servicios Sociales y la pretensión de exclusividad de las CCAA

Dentro de los referidos objetivos de creación de Políticas y Sistemas “Autonómicos” de Bienestar, los poderes públicos autonómicos deben promover políticas públicas que fomenten la “cohesión social”. Así sucede, en particular a través de la garantía de un “**sistema de servicios sociales**, de titularidad pública y concertada, adecuado a los indicadores económicos y sociales de Cataluña” (artículo 42.1), como prevé el Estatuto de esta Comunidad, o a través de un “*eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a los colectivos... más desfavorecidos social y económicamente...*”, como afirma, más ambiguamente, el artículo 10.1. 14º del Estatuto andaluz.

No hay duda que ese “sistema de bienestar público” incorpora el reconocimiento de un conjunto de derechos, políticas y servicios de acción social, en los que se incluye tanto los mecanismos o técnicas de ayuda, típicos de la *asistencia social*, como de los *servicios sociales*, a favor de personas y colectivos. De ahí, que se garantice “*el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales*”, en el Estatuto catalán y, con igual redacción, en el Estatuto andaluz (artículo 23.1 EAA).

Pues bien, para afrontar tan comprometida y compleja garantía en ambos casos, ilustrando lo que es regla general, se atribuye *competencia exclusiva* en la “*materia de servicios sociales*” –artículo 6 EAA-. Esta competencia incluye, en todo caso la:

- a) Regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y prestaciones económicas con finalidad asistencial, así como las complementarias de otros sistemas de protección pública
- b) La regulación y la aprobación de los Planes y los Programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social (*prestaciones y servicios de inserción social*)
- c) Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación (*Sistema Autonómico o “externo” de Servicios Sociales*)

De nuevo hay que destacar algunas diferencias en la redacción del Estatuto catalán –artículo 166.1- y el andaluz. El primero contempla expresamente como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la intervención y el control de los Sistemas de Protección Social Complementaria privados (*Previsión Social Complementaria Externa a la Seguridad Social*). En todo caso, ambas regulaciones coinciden en la regulación de dos aspectos que estimo especialmente problemáticos, como son

- 1) el relativo a lo que puede definirse sintetizadamente como “*acción social autonómica complementaria al Sistema de Seguridad Social*”, por un lado



- 2) el que refiere a instrumentos orientados a luchar contra la exclusión social, o a favor del derecho a la inserción social de las personas y colectivos más vulnerables, como las *rentas básicas y/o mínimas*, por otro.

Como acaba de referirse, los Estatutos Autonómicos reservan este espacio únicamente a la Comunidad, al ser competencia “exclusiva”, lo que supone, a mi juicio, una manifiesta extralimitación si se interpreta en sentido rígido, totalizador y excluyente. La razón está en que estas materias contienen espacios de concurrencia con la Seguridad Social – Servicios Sociales del Sistema, ahora gestionados por las CCAA pero regulados por el Estado-, o con otros títulos legítimos del Estado, como el relativo a la igualdad de derechos – como ilustra lo sucedido con la protección de las situaciones de dependencia¹².

Lo primero que debe llamar la atención de la redacción estatutaria es el claro desplazamiento de la denominación constitucional, el viejo término de “asistencia social”, por el de “servicios sociales”, también de larga tradición pero ausente en el diseño del reparto constitucional de competencias. Sólo encontraremos una referencia al mismo en el artículo 50 CE (personas mayores). Por tanto, de inmediato se plantea si estamos ante un puro cambio léxico o se trata de algo más, como parece.

Consecuentemente, la segunda cuestión que emerge el primer plano de la escena jurídica es determinar *cuál es el alcance de esa competencia exclusiva*, en especial cuando se trata de temas que pueden formar parte del Sistema de Seguridad Social, tanto en su modelo de regulación vigente como de inmediato futuro. De nuevo, estamos ante a más que discutible técnica de determinar lo que es competencia de la Comunidad sin atender a una visión más global del ordenamiento, tratando de frenar o excluir cualquier espacio de crecimiento o evolución futura del ámbito estatal – técnica de congelación de competencias del Estado-.

En tercer lugar, y para finalizar con estas anotaciones generales, también es reseñable que se haya perdido una buena oportunidad, al menos a mi juicio, para actualizar terminológicamente el ordenamiento jurídico y clarificar una situación que, fuera de la acción legislativa, no tiene solución posible ni en sede doctrinal ni jurisprudencial. Cómo no, me refiero a la actual aporía en que hoy se encuentra encerrado el debate relativo a la distinción entre “Asistencia social”, “Servicios Sociales”, “Seguridad Social” y “Acción social”. En mi opinión, este último concepto nos permite englobar en un mismo ámbito los dos primeros conceptos –Asistencia y Servicios Sociales-.

Entrando ya en un plano de análisis más concreto de la regulación estatutaria, el apartado 1 del artículo 61 del EAA refiere de forma conjunta a 3 ámbitos de competencia exclusiva que, concurrentes en parte con el Sistema de Seguridad Social, merecen deslindarse. Así,

12 Una posición fuertemente crítica con la pretensión del Estado de seguir afectando lo que sería una competencia exclusiva de las CCAA, la de Asistencia Social, mantiene el profesor L.E. De la Villa en esta Obra. Remitimos a su muy autorizada y sugerente pluma, aunque no se compartan todos los argumentos.

la Junta de Andalucía –o la Generalidad catalana, o la valenciana...- asume competencias de ordenación reguladora sobre los siguientes aspectos:

- a) la actividad de *servicios sociales*
- b) las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas *asistenciales*
- c) las prestaciones técnicas y económicas *complementarias*

La regulación estatutaria parece responder tanto a los criterios elaborados, de forma incierta y en todo caso polémica, por la STCO 239/2002, como a la traducción que de los mismos hizo la Ley 4/2005 y que plasmó en la actual redacción dada al artículo 38.4 LGSS. Precisamente, dejando a un lado la cuestión de los “Servicios Sociales”, la formulación vigente permite distinguir dos tipos de prestaciones autonómicas incidentes, de diverso modo, en la Seguridad Social: *prestaciones asistenciales* y *prestaciones complementarias*.

Las primeras, las *asistenciales* responden claramente al título recogido en el artículo 148.1.20 CE y refleja la visión hasta ahora dominante en torno al juego de la Asistencia Social, entendida como técnica de protección frente a situaciones de necesidad y/o riesgo, o respecto de personas o grupos de población, no atendidos por el Sistema de Seguridad Social. De ahí que operara como técnica diferente a ella, tratándose de una acción externa por completo a aquel Sistema -STCO 76/1986-.

Las segundas, las *complementarias*, atienden a la consagración y reforzamiento de una práctica difundida en los últimos años en nuestra experiencia y avalada, no sin críticas, por la STCO 239/2002, conforme a la cual la CA puede incidir en el Sistema de Seguridad Social mejorando su protección, mediante prestaciones que complementen o suplementen la protección dada a los beneficiarios de la Seguridad Social. Conforme al actual artículo 38.4 LGSS serían:

- las prestaciones suplementarias o complementarias en sentido estricto de las prestaciones no contributivas del Sistema de la Seguridad Social (párrafo primero del artículo 38.4 LGSS)
- las “ayudas” de cualquier naturaleza que, distintas de la Seguridad Social y “en el ejercicio de sus competencias”, puedan establecer las CCAA en beneficio de los pensionistas residentes en ellas (párrafo 2º).

Conviene dejar en todo caso claro, lo que no es poco en materia tan escurridiza y abigarrada, más por razones políticas que técnicas, que esta intervención autonómica siempre ha de sustentarse en un título propio –asistencia o servicios sociales-. Por tanto, no sólo atendiendo a una lectura constitucional del artículo 38.4 LGSS sino del artículo 61.1 EAA –y de los artículos 165 y 166 del Estatuto catalán-, no tiene cabida, como parecen sostener algunos sectores doctrinales, una competencia para regular libremente *prestaciones autonómicas de Seguridad Social complementarias* de las prestaciones básicas –estatales- del Sistema.



5. VALORACIÓN FINAL

La idea de diversidad jurídica es inherente al reconocimiento de la autonomía. Aunque no sin tensiones, unas resolubles, otras no tanto, en línea de principio, la diversidad ha de entenderse conciliable con la garantía de igualdad básica de todos los ciudadanos españoles – STCO 225/1993-. A tal fin, parece claro que las eventuales desigualdades en el reconocimiento de derechos y disfrute de prestaciones tendrán que contar con una adecuada justificación basada en un doble fundamento. El primero, el margen de autogobierno que deriva del ejercicio, con la extensión y grado que en cada momento determinen sus instituciones –Consejos de Gobierno, Parlamentos-, de sus competencias, sean *exclusivas, compartidas o concurrentes*.

El segundo, el ámbito de intervención adicional que, incluso respecto de competencias propias del Estado, permita, o exija, la necesidad de atender, desde la proximidad de las instituciones de autogobierno, a:

- los “*desequilibrios territoriales*” hoy existentes
- y los referidos “*hechos territoriales diferenciales*”

Sea cual sea la posición que se mantenga al respecto, es innegable que el equilibrio necesario entre ambos principios del Estado Social de Derecho –el de diversidad y el de solidaridad- pasa por aceptar que el principio de autogobierno legitima a la Comunidad para hacer una planificación propia y diferenciada de las “políticas sociales” a diseñar y poner en práctica en “su” territorio. No es en modo alguno dudoso ya que las CCAA tienen derecho a imprimir, en cada momento, el ritmo que consideren más oportuno en las políticas y organización de servicios públicos orientados a garantizar la efectividad de los derechos sociales reconocidos en la CE. Ahora bien, ¿cabe en el diseño constitucional no ya el reconocer un catálogo de derechos sociales diferenciados sino también el regular de forma diversa el alcance de sus garantías, como pretenden los Nuevos Estatutos?

Hemos visto que la respuesta no puede hacerse de modo general, o en abstracto, sino que requiere matices. Por eso es necesario analizar con detenimiento, y sin prejuicios ideológicos –lo que no excluye convicciones previas sobre el autogobierno o sobre la unidad de los marcos reguladores- cada precepto, en relación a su redacción y en su contexto, tanto real –experiencia jurídica-, como institucional –marco normativo infraestatutario-, y por supuesto constitucional. Pero esta opción analítica, de “pluma” o “brocha fina”, no impide evidenciar la necesidad de promover una revisión o relectura de la cláusula social del Estado Constitucional a la luz del principio de autonomía territorial, cuyos efectos expansivos de éste no puede dejar de proyectarse en el entendimiento tradicional del reparto constitucional de competencias en las materias de “*trabajo*” y “*protección social*”, términos que no se identifican estrictamente con los usados por la CE.

Y es que el transcurso del tiempo no puede dejar de influir, incluso de modo más intenso que en cualesquiera otra norma, en la comprensión de los textos constitucionales, con

vista a determinar el sentido y alcance de las reglas de solución aportadas para los conflictos y problemas que se suscitan en una realidad socio-económica notablemente cambiada en relación a la que existía en 1978, esto es, en el momento constituyente. Si el Derecho ha de entenderse en sus Tiempos, la CE, como pieza clave del mismo no puede comprenderse al margen de esta dimensión evolutiva (artículo 3.1 Código Civil). Las normas constitucionales relativas al reparto de competencias, que no son sino un sistema de distribución de poderes de regulación, de organización, gestión y financiación de parcelas de la vida social, no pueden vivir ajenas a realidades que no existían, o que ahora revisten una complejidad superior a su formulación.

Así sucedería con “cuestiones sociales” como el “empleo”, la “inmigración”, la formación profesional, la “dependencia” y en general la “acción social”, superadora del viejo y trasnochado concepto de “asistencia social”, etc... También con las cuestiones de género o la salud laboral... Se trata en gran medida de “materias horizontales” o “transversales” que, en consecuencia, afectan o implican a una amplia y heterogénea gama de los títulos atributivos de competencias previstos en la Constitución, unos de la Administración General del Estado y otros de las Comunidades Autónomas, amén de afectar intensamente al tercer nivel de autonomía político-administrativa, la Local.

Esta caracterización compleja se produce fundamentalmente en el amplio mundo de lo que hoy se conoce como “Protección Social”, extendido e incierto macroconcepto que engloba a los tradicionales Sistemas de atención a las situaciones de necesidad pero que carece de referencia expresa en el diseño constitucional de competencias, pero también en el mundo del “Trabajo”, cuyas fronteras no se delimitan ahora ya en los mismos términos que sucedía a la altura de 1978. En ambos caso, para afrontar estas nuevas realidades el esquema clásico y dominante basado en las “competencias exclusivas”, más si se entienden como pretendidamente exclusivas y excluyentes, presenta hoy notables quiebras, evidenciando insuficiencias e inadaptaciones, por lo que la atención se dirige principalmente hacia las “competencias compartidas”.

Para estas últimas, el punto de partida central es el carácter “complementario” de las diversas acciones y, por tanto, la necesidad de instrumentar mecanismos eficaces de *colaboración* entre ellas y de *coordinación*, aceptando incluso diferencias de regulación, organización y gestión de determinadas prestaciones, sin perjuicio del respeto al insoslayable límite de la “igualdad básica”. En el ámbito de las “relaciones de trabajo” cabe reclamar la atención sobre los claros ejemplos de las políticas de empleo, incluyendo la política de formación profesional, y la “de inmigración socio-económica”, así como las contemporáneas “políticas de salud laboral”, que desborda claramente el ámbito de las relaciones de trabajo asalariado. Y en el de las “relaciones de protección social”, son muy ilustrativas las evoluciones, muy paralelas, experimentadas por la *técnica de los “Sistemas Nacionales”*, tanto en los ámbitos ya consolidados – Salud, Empleo-, como en los que están pendientes de consolidar pero que ya se han iniciado - ¿Dependencia?-, o que habrá que forjar entre todos a no tardar demasiado – Servicios Sociales, Rentas Básicas...-.



Si los Estatutos de Autonomía en general son una buena oportunidad para ello, bienvenidos, y si no lo son en sí mismos, a todos los poderes públicos incumbe, en cumplimiento del diseño constitucional del Estado Social de Derecho, impulsar una actualización de los mismos en tal dirección. Quizás los riesgos de inseguridad y desigualdad sean relevantes, pero no menos sugerentes, o incluso, mayores son las oportunidades de transformar en realidad, o al menos aproximarse más, los derechos sociales de las personas que hace un cuarto de siglo promoviera la CE, cuyo programa dista de estar realizado.



EL MODELO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA CONSTITUCIÓN ANTE LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Manuel Carlos Palomeque López

Catedrático de Derecho del Trabajo
(Universidad de Salamanca)

1. El modelo constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades Autónomas en materia de trabajo y seguridad social

El sistema de producción jurídica estatal en materia de trabajo [y de seguridad social] debe ser considerado, finalmente, a la luz de la «organización territorial» del Estado resultante de la Constitución (art. 2 y título VIII CE), cuyo exponente institucional básico no es otro que las *Comunidades Autónomas*, titulares del derecho a la «autonomía de las nacionalidades y regiones» que integran España (arts. 2 y 137 CE). De modo que, y como una consecuencia inmediata de su ejercicio, la *autonomía política* de los entes territoriales que componen la estructura del Estado conduce de modo directo a la *diversidad jurídica* dentro del sistema político, esto es, a la existencia habitual de regulaciones territoriales diferenciadas sobre una misma materia. Corresponde por ello de modo indispensable a la propia Constitución la determinación jurídica de las respectivas esferas de actuación normativa de las unidades territoriales del Estado.

Así pues, el esquema jurídico general de *distribución de competencias* entre el Estado y las Comunidades Autónomas adoptado por la Constitución se construye a partir de cuatro reglas principales:

1. La atribución al *Estado* de *competencias exclusivas* sobre un conjunto de *materias* taxativamente determinadas [entendidas como «conjunto de actividades, funciones e institutos jurídicos relativos a un sector de la realidad social», STC 133/1997], que recoge el artículo 149.1 CE en sus treinta y dos apartados [«el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias»]. Un análisis más atento del contenido del precepto pone de manifiesto al instante, sin embargo, que buena parte de las materias contempladas son objeto, en realidad, de competencias *concurrentes* sobre las mismas, esto es *compartidas* por el Estado y las Comunidades Autónomas (STC 1/1982), sobre la base de la distinción normativa [a partir de expresiones tales como «sin perjuicio de» o «legislación básica»] de un doble ámbito de actuación



respecto de la materia acotada por la competencia [legislación y ejecución, básicamente]. Así pues, lo que realmente se atribuye en exclusiva al Estado son determinadas *competencias* sobre las materias recogidas en la mencionada lista, por lo que se trata de competencias exclusivas y no, lógicamente, de materias exclusivas.

De este modo, las materias *laboral* y de *seguridad social* aparecen en ambos casos dentro de esta lista de las competencias estatales. El Estado tiene competencia exclusiva, así pues, sobre las siguientes materias (art. 149.1 CE): 7ª) la *legislación laboral*, «sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas»; y 17ª) la *legislación básica* y el *régimen económico de la seguridad social*, «sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas». Ambas reglas contemplan verdaderamente, sin embargo, atribuciones competenciales que el Estado y las Comunidades Autónomas comparten sobre las materias laboral y de seguridad social. Que la Constitución atribuya en exclusiva al Estado, no ya la materia laboral o la de seguridad social, sino sencillamente la «legislación laboral» y la «legislación básica» y el «régimen económico» de la seguridad social, no excluye en modo alguno, antes al contrario, un ámbito cierto de competencias autonómicas sobre estas materias, que deriva de la propia letra de los preceptos constitucionales referidos. Las Comunidades Autónomas pueden asumir de modo efectivo como competencias propias, y veremos en qué términos lo han hecho sus normas estatutarias, la «ejecución» de la legislación laboral [del Estado], así como el «desarrollo legislativo» de la legislación básica [del Estado, salvo en lo atinente a su régimen económico], y la «ejecución» de los servicios de la seguridad social.

2. La asunción por las *Comunidades Autónomas* de las *competencias* [no de las «materias», como dice de modo inconveniente el precepto] «no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución» (art. 149.3 CE) [competencias *autonómicas potenciales*] que estén establecidas de modo efectivo en sus respectivos Estatutos de Autonomía [competencias *autonómicas efectivas*]. Así, los Estatutos, como «norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma» (art. 147.1 CE), deberán contener, entre otros pronunciamientos mínimos, «las competencias asumidas [por cada una de ellas] dentro del marco establecido en la Constitución» (art. 147.2 CE).

La Constitución había contemplado, sin embargo, diferentes *fórmulas institucionales* acerca de la asunción inicial de las competencias potencialmente autonómicas por cada Comunidad Autónoma¹, lo que determinaba a la postre la amplitud del nivel competencial efectivo en cada caso.

1 Además de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla [art. 144 b) y disp. trans. 5ª CE], que carecen de competencias laborales y de seguridad social, aun cuando sí las te-an en materias de fomento del desarrollo económico de los respectivos territorios (art. 21.1.11 EACe y EAMe), de asistencia social (arts. 21.1.18 EACe, RD 30/1999, de 15-1, y EAMe, RD 1385/1997, de 29-8) y de sanidad e higiene (arts. 21.19 EACe y EAMe).

Unas Comunidades Autónomas [Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía, las tres primeras consideradas «históricas» a los efectos de la disp. trans. 2ª CE] accedieron a su autonomía territorial a través del procedimiento establecido en el artículo 151 CE [Comunidades de *régimen especial* o de *vía rápida*], con la importante consecuencia de que pudieron asumir, desde la entrada en vigor de sus respectivos Estatutos, un régimen pleno de competencias [asunción *originaria plena*], de todas las competencias constitucionalmente posibles conforme al art. 149.1 CE, sin que el mismo estuviese condicionado lógicamente por las previsiones del artículo 148.1 y 2 CE. Fue el caso, asimismo, de la Comunidad Foral de Navarra, de acuerdo con la LO 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento de su régimen foral, que dispone de naturaleza de Estatuto de Autonomía (SSTC 16/1984, 28/1984, 94/1985, 86/1988, 187/1988 y 141/1990).

Las restantes Comunidades Autónomas, que adoptaron el procedimiento *común* u ordinario de acceso a la autonomía territorial (art. 143 CE) pudieron asumir en un primer momento tan sólo [asunción *originaria limitada* de competencias potencialmente autonómicas] las competencias enumeradas en los veintidós grupos de materias contenidas en la lista del artículo 148.1 CE [entre ellas la asistencia social, art. 148.1.20ª CE, y la sanidad e higiene, art. 148.1.21ª CE], entre las que no figuran como se sabe las materias «laboral» y de «seguridad social» [incluidas en la relación del art. 149.1 CE, relativa a las competencias exclusivas del Estado]. Sólo «transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos», estas Comunidades podían «ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido por el artículo 149» CE (art. 148.2 CE).

Los Estatutos de Autonomía originarios de estas Comunidades se habían limitado, por su parte, a mencionar de modo genérico las competencias en materia laboral y de seguridad social, condicionando su disfrute efectivo al cumplimiento de las previsiones contenidas de los artículos 148.2 o, incluso, 150.1 y/o 2 CE. Y el procedimiento previsto en el artículo 150.2 CE [ley orgánica de transferencia a Comunidades Autónomas de «facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación»] habría de ser, precisamente, el instrumento utilizado [sin duda con ampliación de la finalidad originaria del supuesto constitucional] para completar el cuadro inicial de competencias propio de las Comunidades de régimen ordinario o de *vía lenta*.

Ello había de suceder, por lo demás, en un doble momento temporal separado nada menos que por una década entre sí. El procedimiento de transferencia *adelantada* de competencias [con anterioridad por lo tanto al transcurso de los cinco años previstos en el artículo 148.2 CE y coincidente en la práctica con la propia entrada en vigor de los Estatutos de Autonomía correspondientes] fue utilizado tan sólo para Canarias [LO 11/1982, de 10-8, de idéntica fecha que su Estatuto] y la Comunidad Valenciana [LO 12/1982, de 10-8], al haber impedido la disolución de las Cortes Generales decidida días después por el Gobierno la anunciada generalización de este mecanismo institucional al conjunto de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE.



En realidad, ambas leyes de transferencia llevaban a cabo en favor de las dos Comunidades mencionadas el adelantamiento temporal de competencias potencialmente autonómicas, esto es, que no formaban parte de las que la Constitución había reservado en exclusiva al Estado y que, por lo tanto, podrían ser asumidas en su momento por los correspondientes Estatutos. Aunque no deba desconocerse, por otra parte, que las competencias objeto de aquellas leyes eran técnicamente «estatales», de acuerdo con la norma del artículo 149.3 CE, según la cual «la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado».

Las demás Comunidades de régimen común recibieron una transferencia *diferida* [consumido el período de cinco años previsto en el artículo 148.2 CE], viendo sin embargo cómo transcurría sobradamente este quinquenio inicial y otro más, sin que hasta finales de 1992 se abriera efectivamente el proceso de ampliación de las competencias contenidas en la lista del artículo 148.1 CE. A cuyo fin, y en cumplimiento de los *acuerdos autonómicos* suscritos el 28 de febrero de 1992 entre las principales fuerzas políticas presentes en las Cortes Generales, se promulgaba finalmente la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE [Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León]. El resultado final había de ser, por cierto, la equiparación sustancial [no total o absoluta, sin embargo] entre las competencias de las Comunidades Autónomas de régimen común que estaban pendientes de ello y las propias de las Comunidades especiales del artículo 151 CE [transferencia de competencias, entre otras, de ejecución de la legislación del Estado en materia laboral y de gestión de los servicios sociales del sistema de seguridad social]. El referido proceso de ampliación de competencias autonómicas y de racionalización de su ejercicio quedaba culminado, en fin, con la incorporación de aquéllas a los correspondientes Estatutos de Autonomía mediante la oportuna reforma de cada uno de ellos.

La «ampliación de las competencias susceptibles de ser asumidas», la «elevación del nivel competencial», o, en fin y entre otras, la «profundización en la capacidad de autogobierno» serían las expresiones utilizadas, en el marco de reformas estatutarias posteriores de diferentes Comunidades Autónomas [durante la segunda mitad de la década de los noventa], para justificar la asunción de nuevas competencias autonómicas dentro de las posibilidades abiertas por el artículo 149.1 CE.

Con todo, la reforma de los Estatutos de Autonomía adoptaba más adelante, como se verá, una nueva formulación política durante los primeros años del nuevo siglo y la etapa de gobierno socialista surgida de las elecciones generales de 2004 [reforma estatutaria de *segunda generación*], cuya caracterización radica, más allá de su propósito cierto de ampliación competencial y de mejora de las condiciones de autogobierno de los territorios autonómicos, en una nueva definición institucional de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas.



3. La atribución *excepcional* a las Comunidades Autónomas de competencias de titularidad estatal. A través de un doble mecanismo singular contemplado en el artículo 150 CE: 1) el supuesto de *ley marco de atribución competencial*, mediante cuyo instrumento legislativo las Cortes Generales, «en materias de competencia estatal», podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas «la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal» (art. 150.1); y 2) el supuesto, ya referido, de *ley orgánica de transferencia o delegación*, mediante la cual el Estado «podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas [...] facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación» (art. 150.2).
4. La atribución al Estado de la competencia *residual* en relación con «las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía» (art. 149.3 CE), cuya aplicación requiere, por cierto, una interpretación sistemática previa [«por encima y con independencia de las rúbricas o denominaciones empleadas por la Constitución o por los Estatutos de Autonomía», SSTC 123/1984, 180/1992 y 133/1997] acerca de la efectiva inclusión de una determinada «materia» en el correspondiente precepto [constitucional o estatutario] competencial. Por lo demás, las normas del Estado prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas «en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas», siendo el Derecho estatal supletorio del propio de las Comunidades Autónomas (art. 149.3 CE).




2. El proceso político de reformas estatutarias de segunda generación

Las Comunidades Autónomas han iniciado en su mayoría, o bien se proponen hacerlo de modo inmediato, a raíz del nuevo escenario político surgido en España tras las elecciones generales de 2004 y la formación de un gobierno socialista, un singular proceso de reforma de sus Estatutos de Autonomía, ajustado naturalmente al procedimiento establecido en los mismos y encaminado a su «aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica» (art. 147.2 CE).

Se trata, desde luego, de un proceso jurídico peculiar por su propósito y alcance político, que se aparta de modo significativo de las sucesivas reformas precedentes experimentadas por los textos estatutarios desde su promulgación y entrada en vigor [durante el período comprendido entre los años 1979 y 1983] y a lo largo de los veinticinco posteriores, cuyo ciclo reformador no había dejado de responder unitariamente a la lógica inicial y simple de la ampliación competencial progresiva. Ahora, en cambio, la reforma estatutaria, que bien puede ser tenida por ello y frente a las anteriores como de *segunda generación*, se propone decididamente, junto a la consecución del techo competencial constitucionalmente posible, décadas después de la formulación estatutaria inicial [o ampliada por leyes orgánicas de reforma o de transferencia posteriores] de las competencias autonómicas efectivas, una nueva *definición institucional* de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Este *modelo político* novedoso arranca, sin duda [el rechazado Estatuto político de la Comunidad de Euskadi, el denominado Plan Ibarretxe, había sido en enero de 2005 una propuesta harto diversa], de la reforma estatutaria en Cataluña, que es promovida por el gobierno tripartito de la Comunidad Autónoma [proposición de ley de la Generalidad, octubre 2005] y que habrá de cristalizar, no sin un debate político y social demoledor que se cobraba entre otras consecuencias directas la convocatoria anticipada de elecciones autonómicas, en la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, pendiente por el momento de dos recursos de inconstitucionalidad. Con todo, la primera expresión cronológica completa de las nuevas reformas estatutarias, aligerada en su tramitación, pese a haber sido comenzada al rebufo de la iniciativa catalana, por la existencia de un consenso básico entre las fuerzas políticas mayoritarias, habría de ser la LO 1/2006, de 10 de abril, de [así denominada de modo oficial] reforma de la LO 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Han seguido después, hasta hoy, las Leyes Orgánicas de reforma de los Estatutos de Autonomía de las Illes Balears (LO 1/2007, de 28-2), para Andalucía (LO 2/2007, de 19-3) y de Aragón (LO 5/2007, de 20-4). Aunque las Cortes Generales conocen ya, es verdad que en diferentes fases de su tramitación respectiva y amparadas también por acuerdos políticos entre los grupos socialista y popular, de las propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía de Canarias (septiembre 2006), Castilla y León (diciembre 2006) y Castilla-La Mancha (febrero 2007), sin contar con las que vendrán de inmediato.



El nuevo *ciclo* de reforma estatutaria responde, por lo demás, a rasgos definitorios precisos, susceptibles además de una caracterización común. El primero de ellos es, por lo pronto, el propósito inequívoco de los reformadores de *sustitución* de los Estatutos de Autonomía vigentes que se dice reformar por textos de nuevo cuño. A pesar de haberse seguido formalmente en todos los casos el procedimiento de reforma legal de los textos estatutarios previsto en cada uno de ellos, lo cierto es que la operación reformadora encierra en realidad la pretensión de disponer de *nuevos* Estatutos para un «nuevo proyecto histórico» para el siglo veintiuno [preámbulo EA Andalucía]. Todo lo más, se reconoce que la modificación emprendida es «una reforma de mucho más calado, una reforma sustancial que permita disponer de un Estatuto que, dentro del marco constitucional, esté equiparado al más alto nivel» [preámbulo EA Comunidad Valenciana]. Se aprueban, a fin de cuentas, cuerpos normativos voluminosos, que proceden a la revisión completa del conjunto del articulado precedente, cuando no a una nueva redacción sistemática de la totalidad. En la mayoría de los casos, lógicamente, las Leyes Orgánicas de reforma proceden a la derogación expresa de las que en su día aprobaron los Estatutos originarios, así como de otras modificatorias todavía en vigor. No ha sucedido así, por contra, con el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, cuya Ley Orgánica de reforma procede a una nueva redacción general del texto estatutario de 1983, mantenido por tanto en vigor con los renovados contenidos.

Como consecuencia de ello, y en segundo lugar, los nuevos Estatutos de Autonomía asumen *definiciones institucionales* también nuevas de las respectivas Comunidades Autónomas. Frente a la nomenclatura constitucional de «nacionalidades y regiones» titulares del derecho a la autonomía política [dentro de la «indisoluble unidad de la

nación española», art. 2 CE], los Estatutos se inclinan ahora por el título expreso e inédito, a este propósito, de *nacionalidad histórica* [arts. 1.1 EEAA Comunidad Valenciana, Illes Balears, Andalucía y Aragón]. El nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña la define únicamente como «nacionalidad» (art. 1), sin perjuicio de la mención en su preámbulo a la consideración que la misma ha merecido como «nación» al Parlamento de Cataluña. Y el Estatuto para Andalucía recoge asimismo en su preámbulo que el manifiesto andalucista de Córdoba (1919) «describió a Andalucía como realidad nacional».

El carácter «histórico» de las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos rebuscan ahora en el origen de los tiempos en una pugna comparativa que a veces sonroja, quiere situar a cada territorio autónomo por encima de la tensión precedente entre Comunidades históricas y las que no eran así consideradas, cuya *única virtualidad jurídica* radicaba ciertamente [lejos de cualquier consideración puramente histórica o científica, por lo que no dejaba de sorprender la contumaz ignorancia incorporada a expresiones frecuentes como “nuestra Comunidad tiene tanta historia como otras”] en el procedimiento constitucional que los territorios debían seguir para el acceso a su autogobierno y su constitución en Comunidades Autónomas [la vía común o “lenta” del art. 143 CE y la vía especial o “rápida” del art. 151 CE].

De tal modo que, sólo en este preciso contexto institucional [fuera por tanto de debate alguno sobre las raíces históricas de los pueblos], podía cobrar sentido la expresión «comunidad histórica», reservada por la disposición transitoria segunda de la Constitución para «los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuenten, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía» [esto es, Cataluña, País Vasco y Galicia, porque así ocurrió lo primero en los tres casos durante la II República y durante la transición democrática lo segundo]. En consecuencia, estas Comunidades Autónomas [«históricas» a estos solos efectos] podían, de acuerdo con la segunda transitoria constitucional mencionada, adquirir la totalidad de sus competencias potenciales desde el primer momento [su techo competencial autonómico], sin necesidad por ello de esperar al procedimiento común previsto en el artículo 148.2 de la Constitución [transcurso de cinco años y reforma de sus Estatutos de Autonomía para ampliar las competencias más allá de la lista inicial del art. 148.1 CE], debiendo a la postre ser elaborados sus textos estatutarios de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 151.2 de la Constitución (disp. trans. 2ª CE).

Con todo, es seguro que las nuevas definiciones estatutarias de «nacionalidad histórica» pretenden pescar además, de modo erróneo y excesivo, en el concepto de «derechos históricos de los territorios forales» que la Constitución ampara y respeta y cuya «actualización general de dicho régimen foral» se llevará a cabo, en su caso, en el marco de aquélla y de los Estatutos de Autonomía (disp. ad. 2ª CE). Como si, lejos del contexto histórico e institucional propio de las expresiones utilizadas, cualquier territorio español pudiese ser considerado a tales efectos como foral y titular de un régimen económico susceptible de ampliación.



Los nuevos Estatutos de Autonomía parecen responder asimismo, en tercer lugar, a un propósito de *constitucionalización territorial derivada*, como lo demuestran sus extensos títulos y articulados dedicados a la *proclamación de derechos* de los ciudadanos de la respectiva Comunidad Autónoma [«derechos de los valencianos y valencianas», «derechos y deberes de los aragoneses y aragonesas», etc], como si de la parte dogmática o declarativa de derechos de una *condición política* propia se tratase [los ciudadanos españoles con vecindad administrativa en una Comunidad Autónoma] dentro de un texto orgánico más amplio. Las relaciones estatutarias de derechos, dotadas a veces de una extensión abrumadora, no es infrecuente que incurran también en duplicidades y reiteraciones innecesarias de situaciones constitucionales ya establecidas. Si bien, los Estatutos contienen el reconocimiento expreso de que los derechos y principios reconocidos a sus ciudadanos no suponen alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes, ni lógicamente pueden conducir a la limitación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España (art. 37.4 EA de Cataluña, por todos).

Y, en cuarto lugar, las reformas estatutarias se proponen también una nueva *ordenación de las competencias autonómicas* con la mirada puesta en la *consecución del techo competencial* en cada territorio. Las *competencias* de las Comunidades Autónomas son ahora objeto de una *tipología* o clasificación general y sistemática previa a la aplicación de sus categorías a las *materias* o ámbitos institucionales de las propias competencias, que se relacionan acto seguido. La distinción abstracta entre competencias «exclusivas», «compartidas» y «ejecutivas» de la Comunidad Autónoma, que adopta por vez primera el Estatuto de Cataluña (arts. 110 a 112), se abrirá camino de este modo y sin apenas alteraciones en las reformas estatutarias posteriores.

Las reformas se esfuerzan, en fin, en la *incorporación de garantías institucionales* de naturaleza diversa y finalidad común de aseguramiento del techo competencial perseguido. Como la testimonial y estafalaria “cláusula Camps” [así denominada en honor de su promotor el presidente de la Comunidad Autónoma] del Estatuto Valenciano, de acuerdo con la cual «cualquier modificación de la legislación del Estado que, con carácter general y en el ámbito nacional, implique una ampliación de las competencias de las Comunidades Autónomas será de aplicación a la Comunidad Valenciana, considerándose ampliadas en esos mismos términos sus competencias», con la obligación de las instituciones legitimadas a «promover las correspondientes iniciativas para dicha actualización» (disp. ad. 2ª EA). O la declaración, retórica e incomprensible por sus excesos, contenida en el Estatuto de Aragón, según la cual la aceptación del régimen de autonomía «no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia», que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que dispone la disposición adicional primera de la Constitución (disp. ad. 3ª EA). O, en fin, la petición estatutaria ya conocida de adopción a favor de la Comunidad Autónoma del procedimiento constitucional de transferencia o delegación, mediante ley orgánica, de «facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación» (art. 150.2 CE).



3. Las competencias del Estado en materia de trabajo y de empleo: la «legislación laboral»

El Estado tiene competencia exclusiva sobre la *legislación laboral*, «sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.7ª CE). Una interpretación sistemática del término «legislación» a lo largo de los sucesivos apartados del artículo 149.1 CE [legislación mercantil, penal y penitenciaria, procesal, etc] permite al Tribunal Constitucional entender la expresión «legislación laboral» en su acepción material y no formal [constreñida ésta a las leyes o normas asimiladas por delegación o excepción], comprensiva así de la potestad legislativa y de la reglamentaria.

Aun cuando, en un primer momento, el Tribunal soslayaba la respuesta, por no ser indispensable para el caso examinado, advirtiendo entonces que la expresión «legislación laboral» utilizada en el artículo 149.1.7ª CE ofrece, ciertamente, «más de una interpretación» [la que «se sintetiza en comprender en el concepto toda norma escrita» y «otra restringida que hace referencia a las leyes», STC 33/1981], pronto había de manifestar, sin embargo, que cuando la Constitución emplea aquella expresión «incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que sólo mediante una colaboración entre Ley y Reglamento [...] puede lograrse» (STC 18/1982).

A partir de esta sentencia, el Alto Tribunal habrá de mantener, ya de modo invariable y reiterado, el «concepto material y no formal constreñido a las leyes» de legislación laboral (SSTC 35/1982, 39/1982, 57/1982, 7/1985, 249/1988, 360/1993 y 195/1996). En materia de legislación laboral, por lo tanto, «la competencia normativa del Estado es completa», siendo «susceptible de ejercerse a través de la potestad legislativa y reglamentaria» (STC 360/1993), lo que significa, a fin de cuentas, que el Estado es «fuente única (..) de normas laborales», de modo que «ningún espacio de regulación externa les resta a las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normativa estatal» (STC 195/1996).

Y en el ejercicio de esta función aplicativa, las Comunidades Autónomas sí pueden realmente, sin embargo, promulgar disposiciones normativas *internas* o *de organización* como manifestación de su potestad organizatoria [«los reglamentos que carecen de significación desde el citado punto de vista por referirse a aspectos organizativos» y afectar a «la mera estructuración interna de la organización administrativa» (STC 18/1982), por lo que puede corresponder a las Comunidades Autónomas, sin duda, «la potestad de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia» (STC 57/1982)]. Y también, de acuerdo con la interpretación material y finalista de la competencia autonómica de ejecución seguida asimismo por el propio Tribunal Constitucional (SSTC 7/1985, 249/1988, 86/1991 y 102/1991), las normas reglamentarias precisas [una regulación autonómica laboral «marginal»] para la ejecución



regular de la legislación laboral del Estado, siempre que naturalmente no alteren el régimen jurídico general de la materia que es competencia del Estado (STC 76/1986).

El término *laboral* [el adjetivo de la expresión «legislación laboral»] dispone, por su parte, de un entendimiento constitucional «concreto y restringido». «El concepto de «legislación laboral» [precisaba inicialmente la STC 35/1982], cuyo primer término tiene la considerable fuerza expansiva que ya hemos señalado, no puede ser entendido también como potencialmente ilimitado en función del segundo, cosa que inevitablemente sucedería si el adjetivo “laboral” se entendiera como indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo. Es por ello forzoso dar a ese adjetivo un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido sólo al trabajo por cuenta ajena, entendiendo por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral [...], la que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, en favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios».

La calificación de «laboral» queda referida constitucionalmente a estos efectos, así pues, al trabajo asalariado [al conjunto de «institutos jurídicos referentes al trabajo por cuenta ajena», STC 39/1982] que resulta de la existencia de un contrato de trabajo [de «la prestación de servicios y la contraprestación económica», SSTC 7/1985 y 360/1993]. De esta acotación constitucional del alcance del término «laboral» deriva, sin duda, la existencia de competencias autonómicas sobre materias no pertenecientes propiamente a dicho título, pero que están relacionadas con él de modo indirecto. No son materia laboral en este sentido, por ejemplo, las sociedades cooperativas (SSTC 72/1983, 44/1984, 165/1985 y 88/1989) o la formación profesional (STC 48/1985, no obstante sus implicaciones laborales y de empleo en el caso de la ocupacional). Y es, precisamente, en materia de empleo donde parece que la jurisprudencia constitucional ha abierto recientemente el concepto de legislación laboral.

La Constitución no menciona de forma nominativa, desde luego, dentro de las listas de competencias recogidas sus artículos 148.1 y 149.1, ninguno de los contenidos propios de las denominadas *políticas activas de empleo* [intermediación laboral, fomento del empleo y formación profesional ocupacional], sin perjuicio claro es de la inclusión de la protección del desempleo [política *pasiva* de empleo] dentro del régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos (arts. 41 y 149.1.17ª CE). Por lo que, lógicamente, habría de ser el Tribunal Constitucional quien, a través de la subsunción de las mencionadas categorías institucionales en las materias constitucionales específicamente contempladas, afrontase la determinación del título competencial en juego, lo que no tendría lugar [a pesar de algún antecedente menor, STC 249/1988] hasta la sentencia 195/1996, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la LISOS.

Y así, de la lectura de los preceptos de esta Ley que tipifican las infracciones de los empresarios en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo y formación profesional ocupacional, el Tribunal «infiere con toda claridad» que tales normas «han de ubicarse



en la materia “legislación laboral”» (art. 149.1.7ª CE), pues «tipifican las infracciones de deberes y prohibiciones legalmente impuestos a los empresarios [principalmente por los arts. 16 y 17 LET] respecto de las actividades de contratación laboral en sus diversas fases o estadios» (STC 195/196). De modo singular, la formación profesional continua pertenece al ámbito institucional de las relaciones de trabajo y, por lo mismo, se inscribe adecuadamente dentro del título competencial relativo a la «legislación laboral» (art. 149.1.7ª CE), pues «conciene a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral» (SSTC 95/2002, 190/2002 y 230/2003), como es el relativo a la promoción y formación profesional en el trabajo [art. 4.2 b) LET].

En consecuencia, y de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, si la disciplina normativa o regulación de la colocación, del fomento del empleo y de la formación profesional ocupacional debe considerarse sin ambages como «legislación laboral», cuya competencia corresponde en exclusiva al Estado (art. 149.1.7ª CE), lo cierto es que la gestión y aplicación de dicha normativa es competencia de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus correspondientes territorios, de la mano de la facultad de ejecución de la legislación laboral del Estado [art. 149.1.7ª CE, STC 95/2002, sobre la gestión autonómica de las medidas estatales de formación continua], asumida por todos los Estatutos de Autonomía.

Siendo ello así, la cuestión dista, no obstante, de haber agotado todos sus perfiles. Si, como se ha dicho, y por tratarse en estos casos de manifestaciones de la «legislación laboral», no resta ningún espacio de regulación externa a las Comunidades Autónomas, las cuales disponen tan sólo de una competencia de mera ejecución de la normativa estatal (SSTC 360/1993 y 195/1996), habría que concluir seguramente, por ejemplo, que las Comunidades Autónomas no pueden regular acciones propias de estímulo a la contratación laboral. Y, sin embargo, ello no es así, como se verá más adelante. Las Comunidades Autónomas asumen generalizadamente competencias en materia de fomento regional del empleo, que disponen de un encaje constitucional más amplio que la propia función ejecutiva de la legislación estatal.



4. Las competencias del Estado en materia de seguridad social: la «legislación básica» y el «régimen económico»

El Estado tiene competencia exclusiva, asimismo, sobre la *legislación básica* y el *régimen económico* de la seguridad social, «sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.17ª CE).

Si, como es sabido, el término «legislación» comprende dentro del sistema del artículo 149.1 CE el ejercicio de las potestades legislativa y reglamentaria, la *legislación básica* [a la que el precepto constitucional reduce la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad social, a diferencia de lo que sucede en la laboral] remite por su parte a

los «criterios generales [los principios, bases y directrices] de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica, que deben ser comunes a todo el Estado» (STC 32/1981).

De modo que, esta noción desenvuelve un doble sentido constitucional: «el sentido positivo manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros»; y el sentido negativo, por la misma razón, «constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, cuando aun definiéndose éstas como exclusivas la Constitución y el Estatuto las dejan así limitadas» (STC 25/1983). Así pues, lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia para fijar las bases de una materia determinada es asegurar, en aras de intereses generales superiores a los de las Comunidades Autónomas, una «regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación», un «común denominador normativo», a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias y mejorar en su caso los niveles comunes y mínimos de protección estatal (SSTC 48/1981, 44/1982, 32/1983, 170/1989 y 102/1995).

El concepto de *normas básicas* ha de entenderse, a fin de cuentas, como «noción material» y, en consecuencia, los principios o criterios básicos, hayan sido o no formulados como tales, «son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente», y así, cuando no existan normas legales postconstitucionales, «las bases pueden inferirse de la legislación preconstitucional, inferencia que pueden llevar a cabo las Comunidades Autónomas que decidan ejercer su competencia de desarrollo legislativo sin esperar a una ley postconstitucional definidora de tales bases». Pues «la relación lógica que existe entre la legislación básica -competencia del Estado- y la legislación emanada de la Comunidad Autónoma no es necesariamente una relación cronológica»; por ello, la promulgación de la norma estatal definidora de las bases «no siempre debe preceder a la promulgación de la normativa de la Comunidad Autónoma, aunque, al anticiparse a aquélla, el ejercicio de la competencia autonómica adolezca de una cierta provisionalidad, pendiente de que el legislador postconstitucional confirme o revoque las bases inferidas en que se ha apoyado el desarrollo legislativo de la Comunidad» (STC 111/1986).

La *seguridad social* es, por lo demás, el conjunto integrado de medidas de protección a través de las que el Estado «garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva y no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley» (art. 2.2 LGSS). La Constitución determina, por su parte, que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo» (art. 41), cuyos derechos en la materia deberán ser ejercidos naturalmente de acuerdo con lo que disponga la Ley General de la Seguridad Social.



De este modo, las técnicas de protección social [pública o privada] externas al sistema de seguridad social no están afectadas constitucionalmente por el título competencial del artículo 149.1.17ª CE [«la asistencia y prestaciones complementarias serán libres», art. 41 CE], por lo que las Comunidades Autónomas pueden establecer, en el ejercicio de sus propias competencias en la materia, prestaciones económicas en favor de determinadas situaciones de necesidad, instrumentadas con sus propios recursos presupuestarios, que «no interfieren ni quebrantan el régimen unitario de la seguridad social» por no generar «obligación económica o carga alguna que deba soportar el Estado» (STC 239/2002).

A pesar de esta doctrina constitucional permisiva, el artículo 38.4 LGSS [añadido por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de seguridad social] impedía con posterioridad el reconocimiento de «cualquier prestación de carácter público» [las autonómicas, por lo tanto] que tuviera por finalidad «complementar, ampliar o modificar» las prestaciones económicas [en sus modalidades contributiva y no contributiva] de la seguridad social, por formar aquéllas parte del propio sistema y estar sujetas, por lo mismo, a los principios generales de unidad e igualdad (art. 2 LGSS). Con todo, una nueva redacción de dicho precepto legal [proporcionada por la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas] entenderá la mencionada declaración [limitada ahora a las prestaciones contributivas y restituyéndose en consecuencia la interpretación constitucional originaria], «sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas» (nuevo art. 38.4 LGSS).



No forman parte, así pues, del sistema de seguridad social:

1. La *asistencia social* (art. 148.1.20ª CE), la «externa al sistema de seguridad social y no integrada en él» (SSTC 76/1986, 146/1986, 171/1988, 13/1992 y 239/2002). Es el caso, dentro de este ámbito institucional, de las *rentas mínimas de inserción*, que [con una u otra denominación] han sido objeto de regulación por las Comunidades Autónomas al amparo de sus competencias de «asistencia social» y «servicios sociales» y tienen como finalidad paliar las situaciones de necesidad en que se encuentran determinados grupos de personas (STC 239/2002). O, también, del *sistema para la autonomía y atención a la dependencia*, que responde por cierto a una «acción coordinada y cooperativa» de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas [niveles de protección «mínimo» establecido por la primera, «acordado» entre ésta y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas y, en fin, «adicional» que pueda establecer cada Comunidad Autónoma], a través de servicios y de prestaciones económicas de atención a las personas en situación de dependencia (arts. 1, 6 y 7 L 39/2006, de 14-12, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia).
2. El *mutualismo libre de previsión social*, esto es, según la descripción estatutaria habitual, las «mutualidades no integradas en la seguridad social», que «tienen la finalidad de arbitrar sistemas de mejora voluntaria de la acción protectora de la seguridad social» (STC 86/1989).

3. Los *planes y fondos de pensiones* [de «sustancial alejamiento entre los rasgos conceptuales de la seguridad social y los que acompañan a los planes de pensiones» habla la STC 206/1997], una modalidad de previsión colectiva [diferente del mutualismo y condicionada por la voluntad de sus eventuales beneficiarios o terceros] que pertenece al dominio de títulos competenciales de titularidad exclusiva del Estado, como la legislación mercantil (art. 149.1.6ª CE), las bases de ordenación del crédito, la banca y los seguros (art. 149.1.11ª CE) y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª CE) [SSTC 206/1997 y 66/1998].

La competencia exclusiva del Estado en la materia alcanza, como se ha indicado, no sólo a la legislación básica, sino también al *régimen económico* de la seguridad social (art. 149.1.17ª CE). Por lo que es evidente, a partir de este precepto constitucional, que debe distinguirse entre la seguridad social y su régimen económico como «materias competencialmente distintas» (STC 195/196). Respecto de la primera [la seguridad social], corresponde sin ninguna duda a las Comunidades Autónomas la ejecución de sus servicios que garantice en cada territorio el cumplimiento de la legislación básica estatal y de la autonómica que la desarrolle (STC 102/1995). Lo que no puede decirse, sin más, del régimen económico de la seguridad social, pues la atribución al Estado o las Comunidades Autónomas del «régimen» en una determinada materia comprende, desde luego, la totalidad de las competencias normativas sobre la misma (SSTC 84/1982 y 38/1983), «pero implica también un “plus”: además de la legislación puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario» y «eso es lo que sucede en el caso del régimen económico de la seguridad social» (STC 195/196).

El Tribunal Constitucional ha señalado, así pues, a propósito de esta cuestión y de modo concluyente, que del artículo 149.1.17ª CE no puede extraerse la «apresurada conclusión» de que «en materia de régimen económico de seguridad social el Estado retenga sólo potestades normativas». «Que ello no es así se deduce sin dificultad de un análisis sistemático, histórico y teleológico del precepto constitucional. El designio perseguido con el acantonamiento del “régimen económico” dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de preservar la unidad del sistema español de seguridad social y el mantenimiento de un “régimen público”, es decir, único y unitario de seguridad social para todos los ciudadanos (art. 41 CE), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de seguridad social (art. 149.1.1ª CE). Debe tenerse en cuenta, a este propósito, que en el momento de aprobarse la Constitución había sido ya creada la Tesorería General de la Seguridad Social para hacer efectivos los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja, y este dato resulta relevante para la correcta interpretación del artículo 149.1.17ª, en la medida en que, como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional, la mención separada del “régimen económico” como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la seguridad social y no sólo la unidad



de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de seguridad social en cada una de las Comunidades Autónomas» (STC 124/1989).

Se llega, de este modo, a la conclusión de que las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la seguridad social serán sólo «aquéllas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la seguridad social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social». Por lo que, «tales facultades económicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de seguridad social» (STC 124/1989).

El Tribunal Constitucional ha entendido, así pues, que no son actuaciones ajenas al régimen económico de la seguridad social, entre otras, el establecimiento de un recargo en la cotización de las horas extraordinarias (STC 27/1983); los actos instrumentales de la obligación de cotización a la seguridad social, como la inscripción de empresas y la afiliación, las altas y las bajas de trabajadores [«instrumento imprescindible para la posibilidad de obtención de ingresos» y «medios de información y control necesarios para el funcionamiento de la caja única», STC 124/1989]; las actuaciones de gestión y control de la cotización y recaudación de las cuotas y demás recursos de financiación del sistema de seguridad social, también las de aplazamiento o fraccionamiento de los pagos correspondientes, (STC 124/1989); la ordenación de los pagos de las obligaciones de la seguridad social (STC 124/1989); o, en fin, la potestad sancionadora sobre las materias que guardan relación con el régimen económico de la seguridad social (STC 195/1996).

A fin de cuentas, la Ley General de la Seguridad Social entiende por «régimen económico» de la seguridad social [el capítulo VIII de su título primero, arts. 80 a 95, responde precisamente a esta rúbrica], cuantas materias hacen referencia al patrimonio [cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género], a los recursos o fuentes de financiación [aportaciones presupuestarias del Estado, cotizaciones de las personas obligadas, frutos, rentas e intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales y cualesquiera otros ingresos], al sistema financiero e inversiones, al presupuesto, intervención y contabilidad y al régimen de contratación de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes.

La atribución al Estado de competencias exclusivas sobre el régimen económico de la seguridad social comprende constitucionalmente, así pues, el respeto del principio de «unidad presupuestaria» de la misma. En su dimensión o expresión jurídica, este principio significa «la unidad de titularidad y por lo mismo la titularidad estatal de todos los fondos de la seguridad social, puesto que si faltara un único titular de los recursos financieros del sistema público de aseguramiento social, tanto para



operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, no podría preservarse la vigencia efectiva de los principios de caja única y de solidaridad financiera, ni consecuentemente la unidad del sistema» (STC 124/1989). Por ello, es competencia exclusiva del Estado, ejercida a través de la Tesorería General de la Seguridad Social, la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, lo que implica admitir constitucionalmente que «el Estado ejerce no sólo facultades normativas sino también facultades de gestión o ejecución del régimen económico de los fondos de la seguridad social destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social [en la Comunidad Autónoma correspondiente]» (SSTC 124/1989 y 16/1996).

Es evidente, en fin, que, de acuerdo con la doctrina constitucional aplicable, la gestión de los fondos del sistema de seguridad social con destino al pago de las prestaciones económicas resultantes de su acción protectora corresponde de modo exclusivo al Estado, sin que pueda ser asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de su competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la seguridad social. El Tribunal Constitucional ha rechazado así de modo expreso la interpretación según la cual no están en juego el principio de unidad presupuestaria y contable, ni la integridad del patrimonio de la seguridad social, por el hecho de que los pagos derivados de la gestión de los servicios de la seguridad social asumidos por una Comunidad Autónoma sean ordenados por los órganos propios de la misma, previa la correspondiente aprobación del gasto y habilitación de los fondos precisos por la Tesorería General de la Seguridad Social (STC 124/1989). Lejos de esta interpretación, el Tribunal entendería que el Estado no ejerce sólo facultades normativas sobre el régimen económico de la seguridad social, «sino también [las] facultades de gestión o ejecución del régimen económico de los fondos de la seguridad social destinados a los servicios o a las prestaciones de la seguridad social en Cataluña» (STC 124/1989) y, por lo mismo, en todas las Comunidades Autónomas, hayan éstas asumido o no estatutariamente competencias en materia de gestión del régimen económico de la seguridad social.

5. Las competencias de las Comunidades Autónomas en materias de trabajo [y de empleo] y de seguridad social

En materia *laboral*, las Comunidades Autónomas disponen estatutariamente [todas ellas en la actualidad, arts. 12.2 EAPV, 170 EAC, 29.1 EAG, 63 EAA, 33.2 EACa, 51.1.1^a EAV, 58.1 b) EAN, 12.10 EAAs, 26.11 EACan, 11.1.3 EAR, 12.10 EAMu, 77.2^a EAAr, 33.11 EACM, 9.11 EAE, 32.11 EAB, 28.1.12 EAMa y 36.10 EAEL] de competencias de *ejecución* [competencias ejecutivas] de la *legislación laboral* del Estado (art. 149.1.7^a CE), esto es, de asunción de la actuación administrativa [y reglamentaria interna, cfr 87] necesaria para la puesta en «práctica o aplicación» en el territorio autonómico de la normativa estatal [del «Derecho del Estado»] reguladora del sistema unitario de relaciones laborales (SSTC 102/1985 y 196/1997), sin perjuicio de la alta inspección del



Estado, como técnica de fiscalización constitucional de la actividad autonómica (SSTC 6/1982, 32/1983, 42/1983, 76/1983, 194/1994 y 63/1996). De este modo, la «potencial diversidad aplicativa» de la legislación laboral del Estado es «consustancial» al Estado de las Autonomías y no contradice el artículo 149.1 1ª CE (STC195/1996)².

Dentro de la tipología de competencias adoptada comúnmente por los nuevos Estatutos de Autonomía [exclusivas, compartidas y ejecutivas], a partir una vez más de la iniciativa estatutaria catalana, éstos suelen extender las «competencias ejecutivas» de la Comunidad Autónoma, no sólo a la ordinaria «función ejecutiva» o potestad de organización de la propia administración y de las funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración pública, sino también, de modo significativo, a la «potestad reglamentaria», que comprende «la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado» (art. 112 EAC, por todos). Sin embargo, la aprobación de disposiciones reglamentarias por las Comunidades Autónomas para «la ejecución de la normativa del Estado», tal como establecen los preceptos estatutarios correspondientes, y de ser entendida la atribución en su sentido literal, excede con seguridad de las posibilidades constitucionales al alcance de las competencias autonómicas en materia laboral (art. 149.1. 7ª CE), de acuerdo naturalmente [otra cosa es un eventual aunque improbable cambio de su orientación en el futuro] con la ya examinada doctrina del Tribunal Constitucional sobre este asunto.

La potestad reglamentaria en manos de las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias ejecutivas alcanza, conforme a la doctrina constitucional en vigor [por todas, las ya citadas SSTC 57/1982, 7/1985, 249/1988, 86/1991 y 102/1991], la promulgación de los reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia y, todo lo más, de las normas precisas para la *ejecución regular* de la legislación del Estado, esto es, para la regulación reglamentaria del *modo de proceder* en el ejercicio de la propia competencia autonómica de ejecución de la legislación del Estado. De esta manera, o se reconduce [mediante la oportuna sentencia constitucional] la interpretación de los preceptos estatutarios



2 Así, por referir un modelo de descripción detallada de los contenidos de esta competencia, seguido en términos generales por otras normas estatutarias posteriores, el nuevo [reformado] Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a la Generalitat «la competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales», que incluye, en todo caso: «a) Las relaciones laborales y condiciones de trabajo. b) Las políticas activas de ocupación, que incluyen la formación de los demandantes de ocupación y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes. La Generalitat participa en los planes o actividades que superen el ámbito territorial de Cataluña. c) Las cualificaciones profesionales en Cataluña. d) La intermediación laboral, que incluye la regulación, la autorización y el control de las agencias de colocación con sede en Cataluña. e) La negociación colectiva y el registro de los convenios colectivos de trabajo. f) Los procedimientos de regulación de ocupación y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos entre centros de trabajo situados en Cataluña. g) La prevención de riesgos laborales y la seguridad y la salud en el trabajo. h) La potestad sancionadora de las infracciones del orden social en el ámbito de sus competencias. i) La determinación de los servicios mínimos de las huelgas que tengan lugar en Cataluña. j) El control de legalidad y, si procede, el registro posterior de los convenios colectivos de trabajo de las empresas que ejercen su actividad exclusivamente en Cataluña. k) Los instrumentos de conciliación, mediación y arbitraje laborales. l) La elaboración del calendario de días festivos que debe regir en todo el territorio de Cataluña» (art. 170.1 EAC).

en cuestión al sentido indicado [disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado igual a disposiciones para el ejercicio regular de la competencia ejecutiva por la Comunidad Autónoma], o por el contrario habrá que certificar la inconstitucionalidad de aquéllos por amparar un significado inconveniente, no otro que la viabilidad estatutaria de la potestad reglamentaria autonómica de ejecución o desarrollo normativo de la legislación laboral del Estado. Que esto debe ser así lo ha entendido bien, sin embargo, el nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón, cuando a propósito de las competencias ejecutivas de la Comunidad Autónoma establece que ésta podrá dictar reglamentos para [limitadamente] «la regulación de su propia competencia funcional y la organización de los servicios necesarios para ello» (art. 77 EAAr).

Por otra parte, es claro que carece de relevancia constitucional la aceptación estatutaria de *marcos autonómicos de relaciones laborales* [o formulaciones semejantes relativas a políticas propias en la materia]. Es el caso, de modo señalado, del «espacio catalán de relaciones laborales», cuya creación deberá promover la Generalitat de Cataluña, como uno de sus principios rectores, «en función de la realidad productiva y empresarial específica» de la Comunidad Autónoma (art. 45.4 EAC). Lejos de tratarse de la acuñación normativa de un ámbito institucional propio para el desarrollo de un ordenamiento laboral autonómico, lo que habría de vulnerar con seguridad los presupuestos constitucionales sobre la materia, el denominado «espacio catalán» se circunscribe estatutariamente al fomento por parte de los poderes públicos de «una práctica propia de diálogo social, de concertación, de negociación colectiva, de resolución extrajudicial de conflictos laborales y de participación en el desarrollo y la mejora del entramado productivo» (art. 45.4 EA). Lo que, a fin de cuentas, y como señala el artículo 37.4 del propio Estatuto de Autonomía, no supone alteración alguna del régimen de distribución de competencias en la materia, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes, limitándose la propuesta institucional a la delimitación semántica de un ámbito territorial propio [la Comunidad Autónoma], por lo demás ya existente con anterioridad, para la práctica y el desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo dentro del mismo, reguladas éstas en todo caso por la legislación del Estado (art. 149.1. 7ª CE).

Así también, algunas de las reformas estatutarias referidas atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia ejecutiva sobre la *inspección de trabajo y seguridad social* [la función pública inspectora sobre las materias objeto de las propias competencias], disponiendo acto seguido la dependencia orgánica y funcional de la propia Comunidad de los funcionarios públicos que la lleven a cabo, sin perjuicio naturalmente de los mecanismos de cooperación con el Estado previstos [arts. 170.2 EAC, 63.2 EAAr y 77.2ª EAAr, no así EAV y EAB]. Esta solución estatutaria, pensada seguramente para la creación de cuerpos inspectores propios de cada Comunidad Autónoma, disuelve desde luego el sistema institucional integrado de inspección de trabajo y seguridad social resultante de la L 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, edificado ciertamente sobre el carácter «nacional» de los cuerpos de inspectores laborales [Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social] y su dependencia orgánica



del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, donde radica la Autoridad Central de la Inspección (Convenio 81 OIT), aunque desde el punto de vista funcional lo hagan de la Administración autonómica titular de la competencia de ejecución de la legislación laboral.

Con todo, y aunque sea razonable discrepar por razones de política legislativa de la solución disgregadora acogida por la reforma estatutaria [el desempeño de la función inspectora en el vigente marco institucional autonómico ofrece un balance razonablemente positivo], lo cierto es que la cuestión suscitada por las reformas estatutarias, aparentemente de mera legalidad ordinaria [leyes posteriores derogan anteriores], no deja de mostrar, sin embargo, alguna reserva residual acerca de su adecuación constitucional completa, en este caso en relación con la seguridad social a que nos referiremos después. Y es que, como ha entendido el Tribunal Constitucional, no puede considerarse ajena al régimen económico de ésta, y por ello al juego de una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.17ª CE), la propia potestad sancionadora [ejercida a propuesta de los inspectores de trabajo y seguridad social] sobre las materias que guardan relación con el mismo (STC 195/1996), como es desde luego el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cotización al sistema de seguridad social. Sin que, para concluir, pueda desconocerse que la actividad inspectora es en sí misma un paradigma de competencia ejecutiva en la materia.

Las Comunidades Autónomas disponen asimismo de competencias en materia de *política activa de empleo* [intermediación laboral, fomento del empleo y formación profesional ocupacional]: «el desarrollo de la política de empleo, el fomento del empleo y la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidas» (art. 3.2 LE). A tal fin, los *servicios públicos de empleo* de las Comunidades Autónomas [integrantes junto al SPEE del Sistema Nacional de Empleo, art. 5 LE] habrán de ser, de acuerdo con la capacidad de autoorganización de cada una, los órganos o entidades a los que las respectivas Administraciones encomienden «el ejercicio de las funciones necesarias para la gestión de la intermediación laboral [...] y de las políticas activas de empleo» (arts. 17 y 18 LE).

Todo lo cual se asienta constitucionalmente, por cierto, sobre títulos competenciales plurales. Por lo pronto, la ya referida competencia de *ejecución* de la legislación laboral del Estado (art. 149.1.7ª CE), en la medida en que el «servicio de empleo público y gratuito» a trabajadores y empresarios [*intermediación laboral*] que garantiza el Sistema Nacional de Empleo [art. 6.1 b) LE] descansa jurídicamente sobre un entramado de obligaciones legales impuestas a los sujetos de la relación laboral por disposiciones reguladoras del contrato de trabajo (art. 16 LET), por lo que pocas dudas caben acerca de la pertenencia de la regulación de esta materia a la legislación laboral, como competencia atribuida en exclusiva al Estado (art. 149.1.7ª CE, STC 195/1996). Con la consecuencia de que la asunción estatutaria de las competencias relativas a la ejecución de la legislación laboral del Estado comprende asimismo la propia de la legislación sobre el servicio de empleo público y, de su mano, la gestión y organización en los respectivos ámbitos territoriales, de las funciones de inscripción y registro de los demandantes de empleo, de



registro de contratos de trabajo y de recepción de comunicaciones sobre su celebración y terminación, así como de autorización de las agencias de colocación cuyo ámbito de actuación no exceda del territorio de la Comunidad Autónoma.

En segundo lugar, la adopción autonómica de programas propios de *fomento del empleo*, dentro de una extraordinaria diversidad de denominaciones y de regímenes jurídicos y a través de la concesión de subvenciones económicas de muy variada cuantía [complementarias o no de las ofrecidas por el Estado] en favor de las empresas que contraten a trabajadores pertenecientes a colectivos específicos con problemas de inserción social, encaja de modo pleno dentro de la competencia de «fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica general» (art. 148.1.13ª CE). A las Comunidades Autónomas les corresponde, en cualquier caso, el desarrollo en el oportuno ámbito territorial de la competencia estatal sobre las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13ª CE).

Y, de este modo, todos los Estatutos de Autonomía han asumido estas competencias como exclusivas, con formulaciones normativas semejantes [articuladas según los casos sobre las nociones de planificación, ordenación, promoción o fomento de la actividad y el desarrollo económicos de la Comunidad], lo que desde luego ampara las acciones de política de fomento de la ocupación que puedan adoptar los Consejos de Gobierno y las Administraciones autonómicas. Las competencias relativas al fomento del empleo no legitiman naturalmente a la Comunidad Autónoma, sin embargo, para invadir otras esferas atribuidas en exclusiva al Estado, como es señaladamente la legislación laboral (art. 149.1 7ª CE). Las Comunidades Autónomas pueden establecer subvenciones para incentivar la contratación de trabajadores en el marco de programas de fomento o promoción del empleo, pero no puede verdaderamente modificar la regulación general [estatal] del contrato de trabajo, ni por ello introducir nuevas causas de extinción del mismo, sin que pueda ser atendible «el argumento de la subsunción de la competencia en la materia relativa al fomento del empleo» [otra cosa alteraría sin duda el orden constitucional de distribución de competencias], ya que la asunción por cada Comunidad Autónoma de competencias relativas al fomento del empleo «no excluye [en su caso] la naturaleza laboral de la materia» (STC 360/1993). Por otra parte, las Comunidades Autónomas pueden también asumir competencias de gestión y control, dentro de sus ámbitos territoriales respectivos, de las subvenciones y ayudas de fomento del empleo previstas en los programas establecidos por el Servicio Público de Empleo Estatal. Sin perjuicio de la justificación cierta de dicho título competencial en las funciones de ejecución de la legislación laboral del Estado (art. 149.1.17ª CE, STC 195/1996), nada impide a la postre que dicha asunción pueda encajarse asimismo en las competencias autonómicas de fomento del desarrollo económico de cada Comunidad (art. 148.1.13ª CE) y de desarrollo y ejecución de la política económica nacional en cada territorio (art. 149.1.13ª CE).

En último lugar, las Comunidades Autónomas pueden disponer constitucionalmente, por otra parte, de la gestión en sus respectivos territorios de los programas estata-



les de *formación profesional ocupacional*, que no dejan de ser otra cosa que acciones específicas de fomento del empleo. Estas funciones se justifican, así pues, en base a las competencias autonómicas de planificación de la actividad económica regional (arts. 148.1 13ª y 149.1.13ª CE) y, conjuntamente, de ejecución de la legislación laboral del Estado (art. 149.1.7ª CE), además de, en particular, las relativas a la regulación y administración en el correspondiente territorio de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 CE sobre el derecho a la educación [el art. 149.1.30ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para promulgar las normas básicas de desarrollo del art. 27 CE]. El Tribunal Constitucional no ha dejado de reconocer, por cierto, la pluralidad de los títulos competenciales que permiten residenciar constitucionalmente las competencias autonómicas sobre formación profesional ocupacional, al considerar a la ejecución de la legislación laboral del Estado por las Comunidades Autónomas tan sólo como título «prevalente» [no único, por lo tanto] a este propósito (STC 195/1996). Sin que en otro caso, sin embargo, parezca tener dudas de que la adscripción constitucional de esta materia pasa de modo unitario por la ejecución de la legislación laboral estatal (SSTC 95/2002 y 190/2002).

Por último, es preciso recordar en este punto que las Comunidades Autónomas carecen de competencia para la gestión de las prestaciones por *desempleo* del sistema de seguridad social [políticas pasivas de empleo o de protección del desempleo] y, por lo tanto, del reconocimiento del derecho a las mismas y del correspondiente pago a los beneficiarios. La gestión de los fondos del sistema de seguridad social con destino al pago de prestaciones resultantes de su acción protectora [las de desempleo, entre ellas, art. 41 CE] corresponde de modo exclusivo al Estado [competencia estatal sobre el «régimen económico» de la seguridad social, art. 149.1.17ª CE], sin que en consecuencia pueda ser asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de su eventual competencia estatutaria de gestión de dicho régimen. Por ello, las competencias ejecutivas de «distribución y gestión de los fondos para la protección del desempleo» asumidas por alguna Comunidad Autónoma [Extremadura, por ejemplo, art. 9.1 EAE, modificado por LO 12/1999, de 6-5] tienen que ver, lógicamente, con el desarrollo de la política regional de empleo [ya referida] y de administración de los fondos establecidos para tal fin y no, es claro, con la gestión de las prestaciones por desempleo de la seguridad social.


Y, en fin, las Comunidades Autónomas no han asumido en todos los casos a día de hoy el mismo grado de competencias en materia de *seguridad social*, a pesar del propósito equiparador perseguido en su momento por la LO 9/1992 y desde luego a la espera de los techos competenciales anunciados por las reformas estatutarias todavía pendientes. Ello obliga a distinguir, por lo tanto, las diferentes situaciones comunitarias existentes al respecto:

1. Comunidades Autónomas que han asumido la *totalidad* de las competencias [constitucionalmente posibles] en materia de seguridad social: País Vasco (art. 18.2 EAPV), Cataluña (art. 165 EAC), Galicia (art. 33.2 EAG), Comunidad Valenciana (art. 54.2 y 4 EAV), Canarias (art. 32.18 EACa), Navarra (art. 54.1 EAN), Illes Balears



(arts. 31.12 y 32.4 EAB) y Aragón (arts. 75.1ª y 77.1ª y 8ª EAAr). Estas son, a fin de cuentas: 1) el *desarrollo legislativo* de la legislación básica del Estado [la promulgación de la legislación «no básica» en la materia]; 2) la *ejecución* de la legislación básica del Estado; 3) la *gestión* del régimen económico de la seguridad social, con respeto al principio de unidad económica y financiera de la misma; y 4) la *organización y administración* de los servicios relacionados con la seguridad social, así como el ejercicio de la tutela de sus instituciones, entidades y fundaciones, reservándose el Estado la alta inspección en la materia.

Mención aparte sobre este punto merece, ciertamente, el sorprendente caso del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Pues, en tanto que su texto originario (LO 6/1981, de 30-12), ahora derogado como se sabe por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del mismo, atribuía ya a la Comunidad Autónoma desde el primer momento el conjunto de las competencias posibles en materia de seguridad social [desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado y gestión de su régimen económico, art. 20.2], no deja por ello de resultar inexplicable que el nuevo Estatuto se limite ahora, por toda mención, a atribuir a la Comunidad Autónoma «en materia de seguridad social» tan sólo (?) las «competencias ejecutivas que se determinen en aplicación de la legislación estatal, incluida la gestión de su régimen económico, con pleno respeto al principio de unidad de caja» (art. 63.3), guardando en cambio silencio, en medio de la perplejidad sobrevenida, acerca del desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado.

- 
2. Comunidades Autónomas que han asumido tan sólo determinadas competencias de desarrollo legislativo [y de ejecución] de la legislación básica de seguridad social del Estado. Es el caso, singularmente, de la coordinación hospitalaria en general [incluida la de la seguridad social]: Principado de Asturias (art. 11.3 EAAs), Cantabria (art. 25.3 EACan), La Rioja (art. 9.4 EAR), Región de Murcia (art. 11.1 EAMu), Castilla-La Mancha (art. 32.3 EACM), Extremadura (art. 8.4 EAE), Madrid (art. 27.5 EAMa) y Castilla y León (art. 34.1.2ª EACL).

Por lo demás, todas las Comunidades Autónomas han asumido paulatinamente competencias en materia de *sanidad*, sin perjuicio de las «bases y coordinación general» de la misma atribuidas con carácter exclusivo al Estado (art. 149.1.16ª) y dentro del sistema institucional configurado por la L 14/1986, de 25 de abril, General de la Sanidad. Se trata, verdaderamente, de una competencia «compartida» entre el Estado y la Comunidad Autónoma, que remite al desarrollo legislativo y a la ejecución autonómicos de la legislación básica del Estado. Por lo que el Estado, en ejercicio de aquella competencia exclusiva, además de la relativa al régimen económico de la seguridad social, ha establecido mediante la L 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, el marco legal para «las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias» en el ejercicio de sus respectivas competencias, con el propósito de asegurar a los ciudadanos su derecho a la protección de la salud en condiciones de «igualdad efectiva y calidad» (arts. 1 y 2).

3. Comunidades Autónomas que han asumido únicamente la *ejecución* de la legislación del Estado mediante la *gestión* de algunas prestaciones del sistema de seguridad social. Es el caso, en fin, de las *prestaciones y servicios sociales* encomendados al [hoy así denominado, de acuerdo con la disp. final 3ª del RD 1600/2004, de 2-7] Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), aun cuando la determinación de las mismas, de los requisitos para establecer las condiciones del beneficiario y de su financiación deba efectuarse de acuerdo con las normas establecidas por el Estado en el ejercicio de sus competencias (art. 149.1.17ª CE): Asturias (art. 12.4 EAAs), Cantabria (art. 26.4 EACan), La Rioja (art. 11.1.15 EAR), Murcia (art. 12.3 EAMu), Castilla-La Mancha (art. 33.4 EACM), Extremadura (art. 9.4 EAE), Madrid (art. 28.1.2 EAMa) y Castilla y León (art. 36.3 EACL).

Los Estatutos de Autonomía de las Comunidades que no han alcanzado la plenitud de las competencias posibles en esta materia contemplan de modo expreso, por lo demás, la eventual ampliación de las que «no estén atribuidas en exclusiva al Estado o que sólo estén atribuidas las bases o principios», a través de alguno de los procedimientos constitucionales previstos en los artículos 148.2 y 150.1 y 2 CE.

Por lo demás, la plena efectividad de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en las materias examinadas es posible, ciertamente, como consecuencia de la promulgación por parte del Estado de las correspondientes *normas de transferencia* [Reales Decretos] de los *servicios* y de los *medios* necesarios para el ejercicio de las competencias estatutarias reconocidas a la Comunidad. Y, aunque el traspaso de servicios sea, ciertamente, «condición de pleno ejercicio» de las competencias estatutarias, cuando según su naturaleza ello sea necesario o imprescindible para tal ejercicio (SSTC 25/1983, 143/1985, 149/1985, 55/1990 y 209/1990, también SSTs 8-10-1988, A. 7.453, 9-2-1991, A. 1.176, y 27-5-1991, A. 4.345), no es menos cierto que [de acuerdo con la doctrina constitucional sobre la naturaleza y el valor de estas normas] los Reales Decretos de transferencias de servicios «no incorporan, en ningún caso, normas atributivas ni ordenadoras de competencias, correspondiendo esta tarea a la Constitución, a los Estatutos de Autonomía y a las demás fuentes reclamadas por una y otros al efecto, de tal manera que el intérprete, ante eventuales antinomias ante lo dispuesto en aquellos Reales Decretos y lo regulado en las normas atributivas o delimitadoras de competencias no podrá hacer prevalecer aquéllos sobre éstas sin introducir, al tiempo, una jerarquización por completo contradictoria con la Constitución y con la autonomía que ella garantiza» (SSTC 102/1985, 158/1986, 37/1987 y 118/1998).

Así es que, si las competencias corresponden en virtud del Estatuto de Autonomía *ope legis* o *ipso iure* [reconoce de modo rotundo el propio Tribunal Constitucional], «mal se pueden transferir» (STC 25/1983), por lo que la inexistencia de la necesaria transferencia de servicios sobre una determinada materia «no es condición obstativa» para la asunción de la titularidad de las competencias que el Estatuto atribuya sobre la misma a una Comunidad Autónoma (STC 124/1989). Y, en tanto no sean transferidos los correspondientes servicios por parte del Estado [su inactividad



en este sentido no puede ser objeto de conflicto de competencia, SSTC 155/1990 y 201/1990], es constitucionalmente lícito que éste «continúe ejerciendo dichas competencias» [por exigencia del principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos, SSTC 25/1983, 143/1985 y 155/1990].

Conviene plantear, por último, si las Comunidades Autónomas podrían constitucionalmente adquirir competencias sobre la «legislación laboral» y la «legislación básica» y el «régimen económico de la seguridad social» [de titularidad estatal exclusiva, como se sabe], como consecuencia de la aplicación de alguno de los procedimientos excepcionales previstos en los dos primeros párrafos del artículo 150 CE sobre atribución a las Comunidades Autónomas de facultades correspondientes a materias de titularidad estatal. En este sentido, debe indicarse que la delegación legislativa (art. 150.1 CE) y la transferencia o delegación de competencias (art. 150.2 CE) no pueden romper, desde luego, el equilibrio de poderes constitucionalmente consagrado, ni vulnerar el principio de igualdad que impone una regulación territorialmente uniforme para determinadas materias. Es seguro, por lo tanto, que la legislación laboral y la legislación básica y el régimen económico de la seguridad social, en la medida que componen la disciplina necesaria para la ordenación general de los sistemas de relaciones laborales y de seguridad social, deben predicarse uniformemente para todo el Estado, sin que, en consecuencia, puedan ser por naturaleza objeto de transferencia o delegación en bloque en los términos del artículo 150 CE.



LA MATERIA SOCIAL EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA

La distribución de competencias en Seguridad Social y Asistencia Social.
Perspectivas tras la reforma del Estatuto de Autonomía.

JUAN LOPEZ GANDIA

Catedrático de Derecho del Trabajo Universidad Politécnica de Valencia

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y EN SU DESARROLLO LEGISLATIVO

- 2.1. Las fronteras de la Seguridad Social del art. 41 de la Constitución y el marco competencial
- 2.2. Asistencia social y servicios sociales y la ley 39/2006 de la dependencia
- 2.3 La legislación básica
- 2.4. El régimen económico
- 2.5. La ejecución de los servicios y demás competencias de las Comunidades Autónomas

III. PERSPECTIVAS TRAS LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA REFORMADOS

I. INTRODUCCIÓN

La onda reciente de reformas de los Estatutos de Autonomía es una buena ocasión para replantear desde un diálogo directo entre la Constitución, los Estatutos de Autonomía, en especial el de Andalucía y los modelos en que se inspira, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el marco actual de competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social. Según se mire se trata de responder bien a la pregunta de cuál es el grado de descentralización que podemos soportar¹, si se parte de la premisa de que el Estado del bienestar no sería compatible con el hecho autonómico, con el principio

1 DESDENTADO, A. "La Seguridad Social y la propuesta de Estatuto de Cataluña. Algunos puntos de reflexión" La Ley n. 6402,18 de enero de 2006 p.15



de autonomía, que llevaría a la fragmentación y a la desigualdad en la protección social, a la ruptura de la cohesión social, si se construyen sistemas de bienestar autonómicos², entendidos en sentido amplio, o bien de si es posible avanzar hacia un mayor grado de federalismo social³, especialmente en materia de protección social en el perspectiva de un nuevo modelo de Estado basado en la profundización del Estado de las autonomías, que es el objetivo fundamental de las reformas estatutarias.

Es cierto que las reformas estatutarias en este punto no vendrían a innovar, sino simplemente a consolidar un proceso de expansión de competencias en materia de asistencia social y servicios sociales, con todos los problemas que ello supone en relación con la Seguridad Social, que, si bien no constituyen propiamente un sistema propio de protección social, vienen desde luego a trazar un panorama muy diverso del contemplado inicialmente por el texto constitucional y que sin duda plantea numerosos interrogantes sobre las posibilidades de las Comunidades Autónomas de avanzar en este proceso. Sobre todo si se tienen en cuenta los condicionamientos derivados de las propias competencias estatales en la materia incluso en asistencia social y los servicios sociales, exigida por la configuración constitucional de un mínimo común denominador, de unos derechos básicos y comunes para todos. Se trata de ver cómo se puede conciliar la dimensión homogeneizadora y solidaria con la diversificación derivada de la propia competencia autonómica en las materias citadas. Tal conflicto teóricamente no se daría por igual en todos los ámbitos de la protección social: no es lo mismo la Seguridad Social en la que las razones de unidad, solidaridad e igualdad pesarían decisivamente, que en la asistencia sanitaria, la asistencia social, rentas mínimas y servicios sociales, pues de otro modo sería tanto como negar un espacio propio autonómico. Sin embargo, la propia evolución del concepto de Asistencia Social y, a la vez, la dificultad para trazar un claro reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia⁴, pese a que según la Constitución son competencias exclusiva de éstas, hace que la materia resulte polémica no sólo a nivel doctrinal y jurisprudencial, sino también político por lo que posiblemente se vuelvan a reproducir tras las reformas estatutarias. En definitiva se trata de responder a la cuestión de qué ventajas de protección social podría aportar una mayor descentralización de las citadas competencias, frente a los riesgos de desigualdades, ineficiencias e insolidaridad, que podrían derivarse del mismo, sin olvidar si no cabría apostar por una mayor coordinación y complementariedad entre la acción estatal y la de las Comunidades Autónomas.

-
- 2 MOLINA NAVARRETE, C., "Los nuevos Estatutos de autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de "empleo", "trabajo" y "protección social" RTSS (CEF) n. 283/2006, p. 52-126, p. 60. Sostiene la tesis de que se habría pasado de la prohibición de la diversidad de políticas territoriales de Seguridad Social (STC 124/1989) a la legitimidad de diversas políticas territoriales de protección social como instrumentos para la configuración de "sistemas autonómicos de bienestar" (STC 239/2002).
 - 3 LANDA ZAPIRAIN, J.P. "La política social en España y el "federalismo social" RDS n.24/2003, p. 55 y ss., como una perspectiva a favor de la descentralización, aunque con limitaciones en materia de Seguridad Social, pero con posibles avances en lucha contra la pobreza y exclusión social.
 - 4 De ahí que algunos consideren que se ha perdido la ocasión para definir constitucionalmente estos conceptos. Así, MOLINA NAVARRETE, C. op.cit. p.123



Una primera aproximación podría partir de la idea de que puesto que la Constitución no ha sido objeto de reformas en esta materia desde 1978 no cabría avanzar mucho más de lo logrado hasta ahora, de manera que los cambios que no se han producido no serían achacables a la timidez, cortedad o carencias iniciales de los Estatutos de Autonomía, sino al propio marco constitucional, que sería una barrera infranqueable para alterar la estructura esencial de la Seguridad Social, que estaría blindada desde el propio texto constitucional. Por mucho que se reformaran los Estatutos de autonomía chocarían siempre con un verdadero muro, que impediría como en la película *El bosque* la existencia de otro mundo exterior, salvaje, amenazador y lleno de peligros. Pero cabría interrogarse sobre si los custodios de este poblado, un tanto congelado en el tiempo, sin evolución, no estarían creando interesadamente una leyenda, un mito fundacional para perpetuar su poder y su forma de vida. O si, al contrario, la voluntad fundacional ha delimitado claramente los confines del poblado y sus fronteras, que no serían móviles, sino fijas e inmutables, de manera que sólo mediante un nuevo acto fundacional se decidiera no ya salir al mundo exterior, sino hacer entrar éste. Hay que verificar si este mundo exterior nuevo verdaderamente amenaza la unidad y la uniformidad, pues puede contribuir a renovar el propio Estado social, a mejorar los sistemas de bienestar social, en lugar de crear privilegios y desigualdades injustificadas.

Veamos por tanto cómo se han trazado las fronteras y cómo los custodios e intérpretes, el Tribunal Constitucional, ha trazado los citados límites y confines. Luego intentaremos comprobar qué encaje tienen los planeamientos que realizan los Estatutos de Autonomía reformados, en especial el de Andalucía, para verificar si pueden suponer un ensanchamiento de competencias o si, en cambio, pueden tropezar con el muro del texto constitucional y verse de nuevo devueltos a su punto de partida.



II. LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL Y EN SU DESARROLLO LEGISLATIVO

2.1. Las fronteras de la Seguridad Social del art. 41 de la Constitución y el marco competencial

Un primer condicionante del marco competencial es que el propio modelo de Seguridad Social del art. 41 de la Constitución no es de configuración constitucional, sino legal, por lo que las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas se mueven en un terreno incierto, movedizo, pues es difícil saber, si no es acudiendo a la regulación ordinaria, qué es la Seguridad Social. El art. 41 se limita a establecer tres niveles: un nivel contributivo, otro universal, y unos niveles privados que no serían ni siquiera Seguridad Social, sino previsión social, voluntaria, de carácter público o privado y en todo caso basada en el principio de libertad (“la asistencia y prestaciones complementarias serán libres”). Lo que contenga cada uno de los niveles de Seguridad Social no lo establece la Constitución, sino que lo define el Estado en cada momento por lo que de este modo se

atribuye, a la vez, la competencia en la materia ya que según el art. 149.1.17 del texto constitucional son competencia del Estado la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, mientras que correspondería a las Comunidades Autónomas las competencias sobre el desarrollo de la legislación básica, la ejecución de los servicios de la Seguridad Social (art. 149.1.17), la asistencia social (art. 148.20), la sanidad e higiene (art. 148.21). La Constitución configura unos conceptos tal como se conocían en ese momento y de acuerdo con las experiencias históricas de lo que era Seguridad Social, fundamentalmente de tipo profesional y contributivo, y lo que era asistencia social como una forma de llamar a la antigua beneficencia. No se mencionan los servicios sociales, aunque no ha habido dificultad alguna en situarlos en el apartado de la Asistencia Social hasta el punto de que es la propia asistencia social la que ha sido absorbida por éstos o sustituida por la “acción social” en la evolución de las políticas sociales de las Comunidades Autónomas.

De este modo la primera fuente permanente de conflictos va a ser si el ensanchamiento del concepto de Seguridad Social, más allá de la histórica, de tipo profesional o contributivo, mediante nuevas técnicas, como las prestaciones no contributivas, venía a reducir el espacio de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social. Sólo que unas son Seguridad Social no contributiva y se financian con los presupuestos de la Seguridad Social y otras Asistencia Social y se financian con los de la propia Comunidad Autónoma. Además, el Reglamento Comunitario 1242/1992 se refiere a la primera y exige que sea un derecho subjetivo perfecto y que sea efectiva en todo el territorio nacional. Por eso la ley 26/1990 no utilizó la expresión «asistencial», sino la de «no contributiva», para no interferir en las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia, aunque de todos modos al crear este nivel propio acababa limitando el espacio de la Comunidad Autónoma. Esta interferencia se ha compensado mínimamente transfiriendo a la Comunidad autónoma la gestión de las prestaciones no contributivas, si bien como ejecución de los servicios de la Seguridad Social.

Es muy difícil, sin embargo, establecer una verdadera distinción entre prestaciones no contributivas y prestaciones asistenciales. Las prestaciones asistenciales utilizan una técnica no contributiva, pero también las no contributivas atienden a situaciones de necesidad, tienen carácter discrecional frente al de derechos subjetivos de las no contributivas, aunque la evolución de la asistencia social se aproxima a una configuración similar. Las no contributivas atienden a prestaciones concretas mientras que la asistencia social puede no estar limitada por tales prestaciones y tener un ámbito subjetivo y objetivo más amplio, pero no necesariamente. Por ello se discute no ya sobre las técnicas utilizadas, sino sobre el papel de la Asistencia Social como mecanismo sustitutorio de la Seguridad Social al atender a colectivos o situaciones de necesidades no protegidos por la Seguridad Social tanto en su modalidad contributiva como no contributiva. Por eso hay autores⁵ que entienden que la propia definición de lo que en cada momento sea Seguridad Social no tiene por que condicionar la distribución de competencias. Es decir,

5 VILLA GIL prólogo al libro de SUAREZ CORUJO, B., “La protección social en el Estado de las Autonomías” Madrid, 2006, ed. Iustel, p.17

que aunque en el art. 41 se prefiguren prestaciones del sistema de tipo universalista, no contributivo o asistencial, no tiene por qué traducirse en que sean competencia del Estado, por lo que toda protección asistencial, no contributiva, sería asistencia social y por tanto competencia de la Comunidad Autónoma. De haberse interpretado así se hubiera evitado la conflictividad permanente de las mejoras llevadas a cabo en relación con las Comunidades Autónomas sobre las prestaciones no contributivas y las vicisitudes del art. 38 de la LGSS al querer definir lo que entiende por prestaciones de la Seguridad Social.

Este problema se ha planteado al establecer algunas Comunidades Autónomas⁶ revalorizaciones o complementos de pensiones no contributivas superiores a las establecidas por el Estado, cuestión sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.⁷ La STC 239/2002 de 11 de diciembre ha desestimado los conflictos positivos de competencia planteados por el Gobierno de la Nación contra las citadas medidas por entender que son materias de competencia propia de la Comunidad Autónoma (Asistencia social y no Seguridad Social, aunque sus destinatarios sean beneficiarios de la Seguridad Social). El Estado alegaba que eran prestaciones de Seguridad Social, que las Comunidades Autónomas invadían sus competencias sobre la misma al crear una prestación nueva complementaria y su régimen económico, aunque las ayudas se satisfagan con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma. También alegaba que vendría a quebrar el principio de exhaustividad legal del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social (art.38.3 LGSS) máxime cuando las mejoras voluntarias sólo son posibles en el ámbito de las prestaciones contributivas (art. 39 LGSS). Para el Tribunal Constitucional se trata de medidas de Asistencia Social que vienen a complementar las prestaciones del Estado ante una situación real de necesidad sin interferir en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social, ni en su régimen económico, pues se financian por la propia Comunidad Autónoma. Otra cosa es que resulten compartibles los discutibles criterios o argumentos “admonitorios”⁸ que establece el Tribunal Constitucional para calificar la prestación como de asistencia social, al alegar que debe tener un carácter excepcional, extraordinario, y no estable o permanente, pues limita la capacidad de la Comunidad Autónoma para definir tales medidas y financiarlas, sin que además por ello venga afectar a las competencias del Estado sobre las prestaciones de Seguridad Social, ni a su régimen económico. No parece que pueda ya definirse de antemano de manera ahistórica el concepto de Asistencia Social, en cuanto a su ámbito, alcance y estabilidad, ni su



6 Decreto 284/1998 de 29 de diciembre en Andalucía, Resolución de 8 de septiembre de 1999 de Cataluña, Resolución de 17 de noviembre de 1999 de Baleares.

7 El ATC de 21 de julio de 1999 admite el recurso contra tales medidas.

8 La expresión es de RODRÍGUEZ-PÍÑERO, M., “Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías” RL 2003, I, p. 12. El tribunal Constitucional vendría a advertir que no puede convertirse en una práctica habitual. Véase una crítica de los caracteres de excepcionalidad y carácter extraordinario en SUAREZ CORUJO, B., “La protección social...” op. cit. p.263-264, que no ve inconveniente en admitir prestaciones asistenciales “regulares” equiparables a las típicas de Seguridad Social, sin que por ello se desvirtúe el carácter de asistencia social. Una visión muy distinta crítica de esta sentencia por lo que tiene de apertura a posibles prestaciones complementarias diferenciadas y por tanto permitiendo sistemas de bienestar autonómicos: MOLINA NAVARRETE, C. op. cit. p..64 y también en “El Estado social autonómico y la garantía constitucional de suficiencia de las pensiones” TL n.69/2003.

presunto o implícito carácter extraordinario o excepcional, ni por razones doctrinales, ni por razones políticas, si con ello se quiere preventivamente limitar la competencia autonómica, que debe gozar en la materia de una amplia libertad de configuración, sobre todo si no se ven afectados recursos de la Seguridad Social. Lo cierto es que incluso cuando la prestación otorgada por las Comunidades Autónomas desborde ese estrecho concepto de asistencia social, no cabría deslegitimar la actuación de la Comunidad Autónoma, sino reafirmar su espacio propio si no dentro de la asistencia social, sí en cambio dentro del concepto de “legislación no básica”. Sin embargo, el TC está más pendiente de la posibilidad de que el Estado pueda recuperar su espacio mediante nueva legislación básica que de reconocer el papel de la Comunidad Autónoma en estos niveles, aunque lo cierto es que frente a la doctrina anterior defensora a ultranza la regulación estatal en las prestaciones no contributivas, viene a reconocer un espacio autonómico nuevo que más allá de la idea de suplementación, para admitir la posibilidad de complementar prestaciones del sistema estatal de Seguridad Social, en una especie de competitividad por ocupar espacio en una zona común de juego.

El Estado reaccionó aprobando la ley 52/2003 de 10 de diciembre de medidas específicas de Seguridad Social, al amparo del art. 149.1.1 de la Constitución por tratarse de “problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción e incluso en su gestión un ámbito supracomunitario” (STC 146/1986). Y así procedió a definir el concepto de prestación de la Seguridad Social en un sentido muy amplio modificando los arts.2 y 38.4 de la LGSS. Se afirman así los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad y se define como prestación del sistema de la Seguridad Social “cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar, o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva”.

La cuestión era que mediante esta ley el Estado acababa invadiendo un territorio ajeno y vaciando las competencias de las Comunidades en materia de asistencia social, lo que sería contrario a la Constitución (STC 76/1986 de 9 de junio)⁹. Téngase en cuenta (STC 239/2002) que el art. 149.1.1. de la Constitución sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación directa e inmediata con los derechos que la Constitución reconoce pues de lo contrario quedaría desbordado el sentido del artículo que no puede operar como una especie de título horizontal capaz de introducirse en cualquier materia, sino sólo en las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por lo que en ningún caso puede tratarse de un diseño completo y acabado de su régimen jurídico, lo que conlleva que dicho título competencial no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica (STC 61/1997 de 20 de marzo)¹⁰. De otra

9 LANDA ZAPIRAIN, J.P. op. cit.p.64. Además critica el uso de la LGSS como técnica armonizadora al margen del art. 150.3 y 149.1 de la Constitución (p. 63).

10 Sobre la STC 239/2002 véase SUAREZ CORUJO, B. “STC 239/2002 de 11 de diciembre: ¿puerta abierta hacia una “novísima asistencia social” RL 2003, II, p.599 y ss.y “La protección social...” op. cit. p.258 y ss. Véase la abundante bibliografía existente sobre la sentencia 239/2002 en págs 280-281.

parte, en la medida en que se trata de asistencia social y no de Seguridad Social no sería necesaria una ley que garantice la igualdad en esta materia, que ya se daría en el nivel contributivo y no contributivo.

De ahí que tras la ley 4/2005 de 22 de abril hayan vuelto en parte las aguas a su cauce y la ley haya modificado de nuevo el art.38.4 de la LGSS al añadir al art.3.4 un segundo párrafo en el que indica que “lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que en el ejercicio de sus competencias puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”.

De esta manera el art. 38.4 en su párrafo primero se referiría ya sólo a la reserva al Estado en materia de prestaciones contributivas, por lo que la Comunidad Autónoma podría mejorar y complementar en general las no contributivas. Esto afecta a Comunidades Autónomas que establecían mejoras de pensiones, pues seguirán teniendo competencia en la materia.

En todo caso , como se ha subrayado, lo importante no es tanto la pugna por ganar la posición en este juego, sino si hay razones que justifiquen el papel de la Comunidad Autónoma a la hora de complementar, esto es, si hay razones para admitir que las prestaciones básicas no contributivas cumplen su papel de garantizar los mínimos y si estos pueden ser los mismos para atender las necesidades en todas las Comunidades Autónomas con diversos niveles de vida de manera que fueran medidas justificadas para atender adecuadamente situaciones de necesidad.

La cuestión, no obstante, sigue abierta en relación con la posibilidad de introducir mejoras en las pensiones contributivas, como han hecho algunas Comunidades Autónomas con la de viudedad¹¹ pues el discurso puede no ser el mismo. Cabría, no obstante, alegar que la propia prestación contributiva, como la que se acaba de mencionar, ha ido adquiriendo en estos últimos años perfiles asistenciales mediante la aplicación de complementos en función de rentas. Lo cierto es que tal posibilidad de complementación podría defenderse, pese al tenor literal de la ley, mediante otra interpretación del art. 38.4 de la LGSS, pues aunque parece que sólo autoriza mejoras de las no contributivas, sin embargo también acaba diciendo que “lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que en el ejercicio de sus competencias puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”, por lo que algún sector de la doctrina¹² concluye que cabría también la posibilidad de mejorar las contributivas, ya que a fin de cuentas, tales medidas ni afectarían a la legislación básica, ni al régimen económico del Seguridad Social ya que se financiarían por la propia Comunidad Autónoma. Por ello las mejoras podrían a su vez configurarse como Seguridad Social no básica, o como Asistencia Social. Otra interpretación del citado precepto sería indirectamente restrictiva respecto de

11 Véase por ejemplo la ley Foral de Navarra 11/2003 de 7 de marzo y el recurso de inconstitucionalidad en BOE de 7 de febrero de 2005.

12 SUAREZ CORUJO, B. op. cit.p.193



las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social, si éstas entendieran que las prestaciones de Seguridad Social a cargo del Estado fueran insuficientes. También era discutible desde el punto de vista constitucional en relación con las competencias de la Comunidad Autónoma que el Estado tomara en cuenta las citadas mejoras de prestaciones como ingresos incompatibles para el otorgamiento de sus propias pensiones no contributivas, como llevó a cabo el 145.2 de la LGSS tras la ley 8/2005 de 6 de junio frente a la ley 4/2005 de 22 de abril que al menos salvaba un 25% de exceso de la propia pensión no contributiva, con lo que permitía a la Comunidad Autónoma mejorar al menos hasta el citado porcentaje. De ahí que quizás por los citados motivos de su posible inconstitucionalidad el precepto vuelva a su redacción anterior tras la Ley de dependencia 39/2006 (disposición adicional 16ª).

Es decir, en el origen de esta carrera de regulaciones e interferencias mutuas entre el Estado y las Comunidades Autónomas se encuentra el error de base a la hora de interpretar el art. 41, que no tiene por qué ser un título competencial que permitiera reservar espacios de asistencia social interna o de prestaciones no contributivas a la Seguridad Social. Es cierto que las prestaciones no contributivas se crean por la ley 26/1990 tras las reformas de las contributivas por la ley 26/1985, para colmar sus carencias e insuficiencias, esto es, para una vez se produce un reforzamiento contributivo de las prestaciones, poder atender a los que no alcancen la protección. De ahí que, una vez consolidadas como un pilar del Estado del bienestar, queden ancladas en la competencia estatal y pasen incluso a encuadrarse en un concepto de Seguridad Social amplio a efectos comunitarios en el Reglamento CEE de 1992. Ni siquiera se justificaba su anclaje en el Estado en razones de financiación al producirse la separación de fuentes de financiación tras el Pacto de Toledo de 1995, en que estas prestaciones se financian mediante impuestos. Probablemente hubiera sido más sensato seguir el modelo de la sanidad, en el que siendo prestación de la Seguridad Social y habiéndose universalizado tras la Ley general de Sanidad 14/1986, se produjo una transferencia a las Comunidades Autónomas. Así, al amparo del concepto de "sanidad e higiene", sin perjuicio de reconocer a los ciudadanos un nivel mínimo igual de prestación de servicios de salud, por la vía de suscripción de convenios y a través de la ley de cohesión y calidad del Servicio Nacional de Salud 16/2003, ya que corresponde al Estado la «sanidad exterior y las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación de productos farmacéuticos» (art. 149.1.16), se creó un sistema basado en la transferencia y a la vez en la coordinación. Lo mismo cabía haber hecho con las prestaciones no contributivas al amparo del concepto de "asistencia social". Hubiera simplificado enormemente los mismos conceptos y las competencias respectivas y hubiera evitado que lo asistencial se desdibujara o se fragmentara entre prestaciones no contributivas estatales y asistencia social autonómica. Si acaso, con base en art. 149.1 de la Constitución la ley estatal podría haberse limitado a fijar unas condiciones básicas o mínimas, dejando la competencia sobre el resto y sus posibles mejoras a las Comunidades Autónomas. No debía haberse llevado a cabo una equiparación competencial entre las prestaciones no contributivas y las contributivas, pues en éstas sí puede estar justificada una posición central, básica, uniformadora para todo el Estado.



Tampoco la solución actual es satisfactoria desde una visión más centralista pues el resultado es que la unidad de la modalidad no contributiva de la Seguridad Social ha quedado erosionada, quedándose en una unidad “de mínimos”¹³.

También en otros ámbitos propios de las Comunidades Autónomas como la asistencia social y los servicios sociales el Estado ha intervenido en paralelo a las Comunidades Autónomas. Así inicialmente la competencia de las Comunidades Autónomas se ha producido por la vía de la suplementariedad dentro del amplio concepto de la asistencia social, a través de rentas mínimas, por lo que casi todas las Comunidades Autónomas procedieron a regular prestaciones de «renta mínima garantizada» o renta de inserción para situaciones de pobreza o marginación social. Sin embargo, también en este supuesto el Estado ha empezado a intervenir y ha creado en estos últimos años rentas de inserción como un nivel más, complementario o residual, de las prestaciones por desempleo. También aquí se produce una reacción del Estado ante sus carencias iniciales. Es defendible este motivo de mejorar las prestaciones por desempleo para todo el territorio, como un nivel complementario, que va más allá de la asistencia al reconocer derechos subjetivos, con medidas estables y permanentes. Sin embargo, no lo es tanto la crítica que se ha hecho a veces a las Comunidades Autónomas por crear rentas mínimas de inserción por presunta vulneración del principio de igualdad y de solidaridad, cuando el Estado no había llevado a cabo intervención alguna en la materia hasta fechas recientes. Las Comunidades Autónomas no habrían venido a “desarmonizar” algo que no existía previamente, sino a suplir las carencias del Estado.

Todavía un ejemplo de asistencia social interna puede encontrarse en las prestaciones para situaciones especiales en el régimen especial de trabajadores del mar introducidas por el RD 869/2007 de 2 de julio.

2.3. Asistencia social y servicios sociales y la ley 39/2006 de la dependencia

Otras veces el Estado ha operado al revés. Así, pese a no encuadrar en la Seguridad Social las nuevas prestaciones de asistencia y cuidado de las personas en situación de dependencia de la ley 39/2006 de 14 de diciembre por motivos de financiación, sin embargo ha procedido a su regulación, lo que podría suponer una invasión de las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia, pese a que se ha recurrido al art. 149.1 como un título competencial transversal, que operaría como limitación incluso para las competencias propias- no sólo sobre las compartidas- sobre servicios sociales por las Comunidades Autónomas. Todo ello sin perjuicio de que como se ha señalado por algún autor¹⁴, quepa entender que los Servicios sociales puedan pertenecer, al menos en parte, a la Seguridad Social, por lo que cabría defender una competencia compartida. El

13 DESDENTADO, A. “La Seguridad Social y la propuesta de Estatuto de Cataluña. Algunos puntos de reflexión” La Ley n. 6402,18 de enero de 2006 p.15 y “Constitución y Seguridad Social. Reflexiones para un aniversario” Diario La Ley n.5913 de 15 de diciembre de 2003.

14 MOLINA NAVARRETE, C., “Los nuevos Estatutos...” op. cit. p.99



problema se encuentra en que si bien la Constitución no hace mención de los servicios sociales en el art. 41, sin embargo, al producirse su absorción por la asistencia social, una vez se produce la transferencia estatal del INSERSO a las Comunidades Autónomas, el Estado parecería querer recuperar competencias en una materia que aparentemente habría perdido¹⁵. Lo que se reforzaría tras las reformas de los Estatutos de Autonomía de 2006-2007 al desaparecer la propia asistencia social fagocitada ahora por un concepto amplio y omnicompreensivo de servicios sociales.

Por esa razón la ley de dependencia no ha seguido esta segunda vía, sino que en la medida en que el Estado sitúa las prestaciones de dependencia al menos formalmente y a efectos internos fuera de la Seguridad Social, contributiva y no contributiva, y crea para ello una nueva modalidad de protección social de carácter universal, financiada mediante impuestos, que incluye prestaciones económicas finalistas y servicios, puede afectar a la competencia de la Comunidad Autónoma sobre servicios sociales (art.148.1.20). De ahí que la intervención del Estado tenga que buscar su justificación y anclaje constitucional en el art. 139.1 y 149.1.1 de la Constitución en relación con los arts. 49 y 50 de la misma. Se acaba recurriendo a un título competencial autónomo, positivo o habilitante (STC 61/1997), de acuerdo con el principio de igualdad, que inicialmente en el marco constitucional no parecía pensado para los derechos de tipo prestacional, sino en los derechos de libertad. Se trata de garantizar unas reglas y derechos mínimos uniformes para todos los ciudadanos de cualquier parte del territorio del Estado (STC 98/2004 y 178/2004), aunque sea para intervenir en una materia como los servicios sociales competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. La jurisprudencia constitucional se refiere a una intervención del Estado para garantizar posiciones jurídicas fundamentales, básicas (STC 144/1988). No obstante, el riesgo es que bajo el principio de igualdad se acabe perfilando de manera disfrazada un sistema de seguridad social de las personas dependientes, sin que se presente como tal, y que acabe transformando competencias autonómicas propias en competencias compartidas.

La ley de la dependencia ha adoptado un modelo similar al del Servicio Nacional de Salud, creando un sistema de dependencia descentralizado, pero con normativa básica y con mecanismos de coordinación. No obstante, en su Exposición de motivos dice que la ley 39/2006 pese a su intervención, no sólo requiere la colaboración y participación de las diversas Administraciones Públicas, sino que respeta las competencias de las Comunidades Autónomas. Hay que verificar si la ley se mantiene dentro de los estrictos límites que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido para este tipo de intervenciones en la STC 146/1986 de 25 de noviembre y especialmente en la STC 13/1992 de 6 de febrero. Estas sentencias autorizan al Estado a regular materias de exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma con el objetivo de asegurar condiciones básicas de igualdad, pero dentro de ciertos límites. Así, aunque su objetivo es crear un Sistema de dependencia (SAAD) y asignar fondos, lo que según el Tribunal Constitucional justifica

15 DESDENTADO, A. "La Seguridad Social y la propuesta de Estatuto de Cataluña. Algunos puntos de reflexión" La Ley n. 6402,18 de enero de 2006 p.15 y "Constitución y Seguridad Social. Reflexiones para un aniversario" Diario La Ley n.5913 de 15 de diciembre de 2003.



la intervención, y potenciar el modelo de servicios sociales, implicando y obligando a las Comunidades Autónomas, sin dejarlo a su libre discrecionalidad, la ley no puede regular la materia de una forma completa o acabada, sino sólo en lo estrictamente indispensable para garantizar su carácter básico y mínimo para todo el territorio nacional, dejando espacios a la Comunidad Autónoma.

La ley se declara respetuosa con tal competencia y además contempla una participación de las mismas en casi todos los aspectos y en especial a través del Consejo Territorial del SAAD, un organismo con importantísimas competencias, donde las Comunidades Autónomas deben tener mayoría de miembros y que puede servir de coartada para justificar la intervención limitada del Estado en el ámbito autonómico. Según la jurisprudencia constitucional la ley debe limitarse a fijar posiciones jurídicas básicas como el objeto, deberes y requisitos condiciones básicas o el marco organizativo que posibiliten el ejercicio del derecho (STC 61/1997 y 173/1998) cuando sean imprescindibles para garantizar la eficacia del derecho y la igualdad (STC 209/2000). La ley de la dependencia cumple estos requisitos, al configurar una protección básica, determinando los sujetos, prestaciones, cartera de servicios¹⁶, requisitos, procedimientos para su reconocimiento, servicios de valoración, control de calidad, financiación, aspectos organizativos, sanciones. etc. Incluso dentro de este nivel contempla mecanismos de integración y coordinación entre las diversas Administraciones Públicas. También reserva un espacio propio, final, de protección complementaria, a las Comunidades Autónomas con competencias y financiación propias. Se puede discutir si al entramado organizativo del derecho vertebrador del sistema deja verdaderas competencias a las Comunidades Autónomas más allá del nivel básico, que a su vez se estructura en uno mínimo financiado por el Estado y otro pactado en el que se produce ya la participación financiera de las Comunidades Autónomas¹⁷. Resultará difícil a la Comunidad Autónoma añadir a su cargo exclusivo un tercer nivel, aunque teóricamente sea posible, pues según la propia ley a partir de 2015 tendrá que asumir la parte de financiación que hasta esa fecha compartía con el Estado. También se prevén numerosos aspectos ligados al ejercicio del derecho (carácter prioritario de los servicios del catálogo, previsión de un Programa Individual de Atención, existencia de centros acreditados, determinación de la capacidad económica del beneficiario, atribución exclusiva al Estado de la determinación del catálogo de prestaciones, de los baremos de la propia dependencia, etc.) que pueden considerarse más omnicomprendivos o globales que básicos, aunque es cierto que en propio contenido prestacional el catálogo es bastante genérico, dejando su concreción a las Comunidades Autónomas, si bien en el marco del convenio con el Estado.

Sin embargo, en la ley quedan espacios muy importantes reservados a las Comunidades Autónomas en gestión, titularidad y ejecución de las prestaciones (art. 11). Sin embargo, el nivel intermedio, entre el mínimo garantizado por el Estado y el propio de

16 Como en las prestaciones sanitarias ha hecho el RD 1030/2006 de 15 de septiembre, que fija la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

17 Véase LOPEZ GANDIA, J. " La financiación de la dependencia" Número monográfico de Temas Laborales de 2007. Nº 89, pp.243 y ss.



la Comunidad Autónoma, en régimen de colaboración entre el Estado y la Comunidad Autónoma, fruto del convenio entre el Estado y cada Comunidad Autónoma mediante planes anuales y plurianuales, es discutible si encaja en el marco competencial trazado por la Constitución, entre otras cosas porque el propio entramado trazado por la ley no distingue entre los dos niveles, salvo en la cuestión de la financiación, pues el marco de este nivel se aprueba en el Consejo Territorial, que establece los criterios para determinar la intensidad de la protección. En efecto, la propia ley exige que se dé un convenio entre el Estado y la Comunidad Autónoma, por lo que no hay propiamente una imposición. Sin embargo, la ley es intervencionista al configurar el propio contenido del convenio en materia de financiación con lo que limita la competencia autonómica en la materia, ya que deberá atenerse al 50% de financiación a cargo de cada parte, sin que quepan otras posibles fórmulas¹⁸. De no llegarse a un acuerdo entre el estado y la Comunidad Autónoma el nivel intermedio de prestaciones no podría crearse unilateralmente por el Estado, al ser la materia competencia de la Comunidad Autónoma, sino que en su caso correría a cargo de ésta, si bien sin la aportación estatal.

2.3. La legislación básica

En cuanto a la Seguridad Social el concepto de «legislación básica»- que es competencia exclusiva del Estado¹⁹- ha experimentado una cierta evolución en la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que pese a todo no ha supuesto un mayor espacio para las competencias de las Comunidades Autónomas.

En una primera época se interpretó como legislación en sentido material, comprendiendo tanto leyes como reglamentos en todo aquello que se entendiera como legislación fundamental o esencial, pero a partir de la STC 69/1988 de 19 de abril, se pasa a exigir ya que el concepto de legislación básica sea formal.

Si bien en los primeros años de la Constitución el Estado no podía llevar a cabo una labor tan intensa que pudiera configurar todas las ordenaciones básicas que contemplaba la Constitución y los Estatutos de autonomía, hoy ya cabe exigir que elabore leyes formales, como criterio limitador de competencias estatales²⁰. Como dice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de la citada fecha²¹ procede exigir con mayor rigor la condición formal de que la norma básica venga incluida en una ley, que designe expresamente su carácter de básica, o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, debiendo también cumplirse esa condición en el supuesto

18 ALARCON CARACUEL, MR. "Cuestiones competenciales..." op.cit. p.146

19 También en sanidad, pese a ser competencia de la Comunidad Autónoma, el art. 149.1.16ª de la Constitución reserva al Estado las "bases y coordinación general de la sanidad". Entre otras razones, porque no deja de ser prestación de la Seguridad Social, pese a que tras la Ley de Sanidad de 1986 se haya extendido a otros sujetos por la vía no contributiva.

20 SSTC 80/1988 de 20 de abril y 248/1988 de 20 de diciembre.

21 SSTC 69/1988 de 19 de abril

excepcional de que la norma básica se introduzca por Reglamento. De otra parte las propias normas de Seguridad Social deben definir si son básicas o no. Sin embargo, lo cierto es que, si bien alguna norma de Seguridad Social sí que establece con claridad qué preceptos son básicos (así, la Ley General de Sanidad de 1986, quizás por la conexión con el art. 43 de la Constitución), la mayoría no lo dicen expresamente (así, por ejemplo, las leyes 30/1981, 13/1982, 26/1985, 26/1990, 31/1984, 22/1992, etc.). Algunas, como la LGSS (dispos. final 1ª), utilizan una formulación vaga, críptica y oscura, como es la de «*contenido de aplicación general*», que podría interpretarse como que toda ella es básica, con lo que no dejaría espacio a la Comunidad Autónoma, de manera abusiva, teniendo en cuenta además que es una normativa refundida que se viene arrastrando desde antes de la Constitución y sigue hablando de manera excesiva en muchas ocasiones del Estado en aspectos incluso ejecutivos sobre los que podría tener competencia la Comunidad Autónoma, como se verá más abajo.

Según la STC 197/1996 por legislación básica se entiende aquella que establece “un común denominador que encierran las bases y a partir del cual cada Comunidad Autónoma puede regular la materia con arreglo a sus peculiaridades e intereses”. No obstante, no debe elaborarse de manera tan detallada y acabada que impida la adopción de políticas propias en la materia por las Comunidades Autónomas. Y esta es la principal dificultad que puede darse en Seguridad Social, la dificultad de su fragmentación, al ser un sistema o régimen acabado o compacto en la mayoría de sus instituciones perfectamente engarzadas en el conjunto. Se trataría según la Constitución de configurar un régimen único y unitario para todos los ciudadanos garantizando la igualdad en el ejercicio de derechos y deberes en materia de Seguridad Social basado además en la idea de solidaridad nacional, clásica en los fundamentos de un régimen de Seguridad Social, lo que exigiría además la caja única y de solidaridad financiera (STC 124/1989 de 7 de julio y 195/1996 de 28 de noviembre). Y así en Seguridad Social se han entendido como básicas las materias siguientes: la reglas de acceso al sistema y permanencia en el mismo (campo de aplicación), los requisitos, cuantía y alcance de las prestaciones, acción protectora y régimen jurídico de las prestaciones y las obligaciones generales. No sería aceptable desde este punto de vista que una misma actividad profesional diese lugar a la inclusión en regímenes diferentes según la Comunidad Autónoma en que se ejerza. Lo mismo cabe decir respecto de los actos de encuadramiento (inscripción de empresas, altas y bajas) y las obligaciones empresariales (sobre todo la cotización), los requisitos de acceso a las prestaciones y su régimen jurídico y desde luego el régimen económico. De ahí la dificultad que existe para construir un espacio no básico de Seguridad Social.

2.4. El régimen económico

Junto a las materias citadas, que podrían considerarse básicas y que afectan a las prestaciones, habría que mencionar también las que se refieren a la cotización, la cuantía de las prestaciones y el régimen financiero, no sólo por ser, en su caso, contenido básico, sino, además, porque podrían incluirse dentro de la expresión «régimen económico».



Y ahí se encuentra la principal dificultad para construir un régimen propio de Seguridad Social autonómico no básico, ya que el régimen económico es competencia del Estado. Todo ello salvo que se limitara la competencia del Estado sobre el régimen económico a los niveles básicos, lo que daría título competencial a la Comunidad Autónoma para financiar mediante cuotas los niveles complementarios. Se trata de interrogarse sobre si cabe establecer cotizaciones complementarias de ámbito autonómico para financiar los niveles de Seguridad Social no básicos y si de este modo sería posible crear una caja propia de Seguridad Social. Es lícito pensar que la caja única de la Seguridad Social no se vería afectada, como sería el caso, en cambio, si se admitiera el establecimiento de bonificaciones en la cotización por las Comunidades Autónomas (no admitidas por la STC 146/1992 de 16 de octubre) por formar parte del régimen económico. Ciertamente que una caja propia afectaría a la unidad del régimen económico global público de cotización por razones territoriales, pues no cotizarían lo mismo las empresas en todo el territorio nacional. Pero ya ocurre a veces esto en algunas Comunidades Autónomas, en el nivel básico y obligatorio y desde luego en los niveles complementarios privados. En todo caso al tratarse de niveles complementarios públicos, que no afectan al nivel básico, se insertarían en las directrices de política económica y de empleo de cada Comunidad autónoma de la misma manera que establecen diversas políticas de subvenciones a las empresas. El único obstáculo serio estaría en la desigualdad de costes sociales para las empresas y los trabajadores y en que estaríamos en presencia de un régimen económico obligatorio público complementario de tipo territorial, no profesional. Para otros²² la financiación entendida en un sentido amplio debe llevarse a cabo con criterios uniformes en todo el territorio nacional, ser la misma para todas las Comunidades Autónomas y por eso debe ser estatal, pues si fuera autonómica la igualdad se rompería, como a su juicio se ha producido en asistencia sanitaria y en prestaciones no contributivas al intervenir la financiación propia de las Comunidades Autónomas.

En efecto, un condicionamiento decisivo ligado a la legislación básica y a la idea de crear un régimen público básico de Seguridad Social para todos los ciudadanos viene dado porque el régimen económico de la Seguridad Social es competencia del Estado. La mención separada del "régimen económico" como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de Seguridad Social y excluir políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas²³. La forma de interpretar el concepto, su alcance y el principio de caja única, no sólo viene a limitar las posibles competencias de las Comunidades Autónomas, sino que acaba afectando también a la legislación básica y a las posibilidades de desarrollo legislativo de ésta por aquellas en lugar de estar subordinado a aquélla. En cuanto al concepto de «régimen económico», no hay una precisión clara en el ordenamiento constitucional. La propia noción de régimen económico es equívoca y para algunos podría ser insuficiente, de limitarse a régimen jurídico normativo, sin incluir también la titularidad del patrimonio y de la caja única, así como las decisiones y actuaciones administrativas propias de la esfera de ejecución²⁴.

22 DESDENTADO, A. "La Seguridad Social y la propuesta de Estatuto de Cataluña....." cit..p. 15

23 MOLINA NAVARRETE, C. "Los nuevos estatutos de Autonomía..." cit. p.96.

24 DESDENTADO "El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías "REDA n. 38/1983, p. 354.

Cabría acudir al concepto amplio que establecen los arts. 103-113 y 223-225 de la LGSS y que comprendería la determinación de los recursos (cuotas, presupuestos del Estado, etc.), su distribución territorial y funcional y el gasto. En esta dirección expansiva se ha pronunciado el Tribunal Constitucional²⁵, en especial en la Sentencia 124/1989 de 7 de julio, a propósito del RD 1314/1984 regulador de las competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social de una manera muy restrictiva para la competencia de las Comunidades Autónomas.

En efecto, si bien en las primeras sentencias se entiende por régimen económico el económico-financiero (determinación de cuotas, financiación), sin embargo, en la STC 124/1989 el concepto se extiende de una manera tan amplia que comprende incluso aspectos del régimen económico-financiero puramente ejecutivos²⁶. La cuestión se refiere a si todas las competencias de la TGSS forman parte del «régimen económico». El Real Decreto 1314/1984 establece las siguientes competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social:

- la unidad patrimonial y presupuestaria de la Seguridad Social,
- la elaboración de presupuestos,
- la custodia patrimonial,
- los movimientos de fondos, y autorización de apertura de cuentas,
- la gestión y control de las cotizaciones, la ejecución y gestión y la recaudación de cuotas de Seguridad Social y otros recursos (desempleo, FOGASA, cuota de formación profesional),
- la ordenación de pagos y la distribución en el tiempo y en el territorio de las disponibilidades financieras,
- el aplazamiento y fraccionamiento de cuotas.
- los actos de encuadramiento (afiliación, altas, bajas, etc.).

Según la STC 124/1989, en materia de régimen económico la financiación y el gasto es competencia del Estado en todos sus aspectos, incluso en aspectos puramente ejecutivos, incluidos los actos de encuadramiento, que en el caso de la materia económica no podrían desligarse de los económicos puros para salvaguardar los principios de unidad y solidaridad del sistema financiero. Se trata de que mediante la disponibilidad en el espacio y el tiempo de las disponibilidades dinerarias se compensen los excedentes de unos territorios y los déficits de otros (STC 135/1992)²⁷. En el mismo sentido se

25 SSTC 27/1983 de 2 de abril, 46/1985 de 26 de marzo, 146/1992 de 16 de octubre

26 Frente a la posible vía abierta por la STC 27/1983 de 20 de abril sobre la ejecución de los servicios de la Seguridad Social. Véase una visión crítica de esta línea jurisprudencial en el propio Voto particular de JESÚS LEGUINA y en MARTÍN PUEBLA, E., "Claves para la gestión descentralizada de la Seguridad Social. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 124/1989 de 7 de julio" AL n.22/1990; SUAREZ CORUJO, B. "La protección social..." op. cit. p.91 y ss. y bibliografía ahí citada.

27 Lo que puede llevar a establecer prestaciones específicas de desempleo para algunas Comunidades Autónomas como el desempleo de eventuales agrarios de Andalucía y Extremadura (STC 90/1989 de 11 de mayo).



pronuncia la STS de lo contencioso-administrativo de 8 de marzo de 1999 (Ar.2135). Parece como si a la solidaridad financiera se opusiera el propio concepto político de autonomía. Así pues el principio de unidad acabaría afectando hasta a los aspectos meramente “técnicos” u organizativos y exigiría necesariamente una gestión y ejecución centralizada, pese a que la Constitución reservaría a las Comunidades Autónomas la ejecución de los servicios de la Seguridad Social sin más distinciones.

Incluso, por esta razón, y como consecuencia de la distorsión generada por el concepto de régimen económico, se ha considerado como competencia del Estado la potestad sancionatoria sobre las materias que guardan relación con el régimen económico (ilícitos, infracciones, sanciones), que se consideran más como técnica de control que como ejecución, aunque no sobre las demás (STC 195/1996 de 28 de noviembre y 51/2006 de 16 de febrero)²⁸ y cuando no cuestionan en absoluto la titularidad estatal de los recursos.

Late también una cierta desconfianza en la gestión que pueda llevar a cabo la Comunidad Autónoma de una materia de cuya financiación no es responsable²⁹, aunque tal prejuicio no se ha dado en la gestión de las prestaciones no contributivas (LO 9/1992 de 23 de diciembre y disposición adicional 18ª de la LGSS), respecto de las cuales se han reconocido a las Comunidades Autónomas unas competencias de gestión que se les niegan en cuanto a la Tesorería, como abrir cuentas en entidades financieras donde se recojan los recursos del Estado para su abono.

Se produce así una mitificación del principio de unidad de caja y solidaridad financiera que al traducirse necesariamente en una ejecución centralizada por un solo organismo público por las pretendidas exigencias de un sistema unitario de Seguridad Social ha sido puesto en tela de juicio por algunos intérpretes³⁰. En realidad el principio no debería afectar más que a la uniformidad de la regulación normativa, los derechos y obligaciones de los sujetos desde el punto de vista económico, a la titularidad de los recursos, la unidad presupuestaria y de reparto de los recursos y a la titularidad patrimonial, pero no necesariamente a las técnicas organizativas y a las formas de gestión.

28 Véase PALOMAR OLMEDA, A “El modelo de la Seguridad Social en el seno del Estado Autonómico: las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1996” RL 1997,, II, p.572, SUAREZ CORUJO op. cit. p.116 y ss. y ESTEBAN. Ricard, “L’ intervenció autonòmica en l’espai de la protecció social” en VVAA, “El marc català de relacions laborals i de la protecció social”, Llibres del CTEC, Volum II, capítol 2, 2005, ed. Generalitat de Catalunya, p. 97-98.

29 En este sentido argumenta DESDENTADO BONETE, A. , “La Seguridad Social y la propuesta de Estatuto de Cataluña...” op. cit. y ya en “El régimen económico de la Seguridad Social y las autonomías” REDT n. 38/1983.

30 SUAREZ CORUJO, B. op. cit. p.47 y ss.

2.5. La ejecución de los servicios y demás competencias de las Comunidades Autónomas.

Pese a que el art. 149.1.17^a de la Constitución otorga competencias a las Comunidades Autónomas en la “ejecución de los servicios. El concepto de «ejecución» parece limitarse a las Entidades Gestoras de servicios (como a los históricos INSALUD, INSERSO, INEM) y a las pensiones no contributivas (LO 9/1992 art. 16.2.b)), siendo más difícil extenderlo a las relaciones con las demás prestaciones (INSS) e incluso a la gestión de la propia prestación por desempleo, desgajada de los demás aspectos del desempleo³¹ y al régimen económico (TGSS), dada la interpretación que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional al comprender también aspectos ejecutivos e incluso actos de encuadramiento.

Por todo ello resulta injustificado que las Comunidades Autónomas no hayan procedido a ejecutar los citados servicios, siguiendo el ejemplo de las prestaciones no contributivas, asumiendo competencias organizativas y ejecutivas, pues la competencia no afecta a los aspectos de su régimen jurídico, que ya viene garantizado por la legislación básica. Sin embargo, las inercias centralistas se han dejado notar incluso en el marco del pacto de Toledo (recomendación 7^a). También respecto de los servicios de las demás entidades gestoras de prestaciones económicas ha sido litigiosa la cuestión en relación con la gestión de la Incapacidad temporal y las altas y bajas médicas, aunque en este punto la evolución general va en la dirección de otorgar más competencias al propio INSS en relación con los Servicios de Salud en relación con las prórrogas (art. 7.1 del RD 575/1997 y Ley de Presupuestos para 2006 y Ley 40/2007 de 4 de diciembre) más allá incluso de los convenios entre INSS y los Servicios de salud de otras épocas (del art. 8 del RD 575/1995). Lo mismo cabe decir sobre los EVIS y los órganos autonómicos de evaluación de incapacidades permanentes, frente al papel anterior de los Servicios de Salud (UVAMI), tras el RD 1300/1995, lo que reafirmó el papel del Estado frente a la Comunidad Autónoma, que gestionaba indirectamente tales servicios a través del Servicio de Salud³². La cuestión se traslada entonces a la posibilidad de ejecutar tales servicios, no por la vía de las competencias sobre los Servicios de Salud, sino sobre los del INSS.

Lo mismo se ha planteado en la gestión de las prestaciones económicas por desempleo³³, a cargo del Servicio de Empleo estatal, según reafirma la ley 56/2003 de 16 de diciembre (art. 13). Se alega para mantener las competencias de gestión de las prestaciones el principio de caja única, la solidaridad financiera y la igualdad, pese a que sus gastos y presupuestos no se integran dentro de la caja única de la Seguridad Social, ni por tanto de su régimen económico. Solo serían transferibles las políticas activas que podrían

31 Véase MARTINEZ ABASCAL, V., “La protección por desempleo en el Estado de las Autonomías”, TL n. 71/2003.

32 A favor de tal opción se pronunció la STS de lo contencioso-administrativo de 8 de marzo de 1999 (Ar.2135). Pese a ello Cataluña conservó de manera informal y por la vía del RD 2609/1982 la competencia de calificación a través del Institut Català de Avaluacions Mèdiques (ICAM) V. ESTEBAN, Ricard, op. cit. p.103.

33 Véase MARTINEZ ABASCAL, V. op. cit. p.44.y SUAREZ CORUJO, B. op. cit. p.209 y ss.



ser competencia de los Servicios de empleo autonómicos. De este modo se escinde la gestión de la prestación económica de las medidas de activación que tras la reforma del desempleo de 2002 tienen un componente asistencial y de activación cuya verificación puede acabar incidiendo en el mantenimiento y extinción de la prestación. Las políticas activas corren a cargo de una administración, la autonómica, que no es la que gestiona la prestación económica de desempleo, pese a que el art. 13 h) de la ley 56/2003 pida la colaboración de ambas administraciones. Parecería más lógico transferir ambos cometidos a la Comunidad Autónoma, interpretando adecuadamente el concepto de ejecución de los servicios.

¿Qué espacio competencial les queda a las Comunidades Autónomas? Las Comunidades Autónomas no podrían crear prestaciones propias que corrieran a cargo del patrimonio y de la caja del Estado. Luego sólo cabría cubrir niveles no básicos y mediante una financiación autonómica propia. La cuestión es entonces qué tipo de financiación sería la adecuada, esto es, si puede ser de tipo contributivo o sólo puede ser fiscal. Ya se ha discutido más arriba si sobre aspectos no básicos las Comunidades Autónomas tendrían competencia para establecer cotizaciones que ingresen en una caja propia con la que hacer frente a prestaciones propias de Seguridad Social. Para algunos intérpretes³⁴ el desarrollo y configuración de un sistema propio de Seguridad Social en aspectos no básicos mejorando la acción protectora de la Seguridad Social del Estado mediante cotizaciones inevitablemente acabaría afectando al régimen económico. Y en este sentido también otros³⁵ entienden que el error está en el propio art. 149.1.17 de la Constitución al otorgar competencias autonómicas en aspectos no básicos y a la vez mantener el régimen económico en manos del Estado. Ahí se encuentra la dificultad, más que en el principio de igualdad de prestaciones, que ya se daría con el régimen básico uniforme para todo el Estado. Por eso, pese a que la Constitución hable de que las Comunidades Autónomas tendrían competencias legislativas sobre aspectos no básicos, para el establecimiento de medidas adicionales de protección, de carácter complementario, no supletorio, hasta ahora no se han ejercitado quizás por el escaso margen que deja la interpretación constitucional, por su vinculación con el régimen económico y por la dificultad de precisar los aspectos no básicos.

Las mejoras se han producido más bien por la vía de prestaciones de asistencia social y prestaciones no contributivas. La nueva redacción del art.38.4 de la LGSS permite a las Comunidades Autónomas mejorar prestaciones no contributivas en los términos señalados más arriba.

La cuestión es si pueden mejorar también las contributivas. La respuesta a nuestro juicio debe ser afirmativa desde el momento en que según la LGSS las medidas pueden consistir en ayudas “de otra naturaleza” en beneficio de los pensionistas residentes en ellas, utilizando no necesariamente técnicas de asistencia social, aunque sea ésta la

34 SUAREZ CORUJO, op. cit. p. 187

35 DESDENTADO, A. “La Seguridad Social y la propuesta de Estatuto de Cataluña...”, op. cit.

fórmula utilizada habitualmente para evitar conflictos de competencia³⁶. Así pues por la vía de la legislación no básica las Comunidades Autónomas pueden ir más allá y como vía complementaria, sin afectar al régimen económico de la Seguridad Social, es decir, con cargo a sus recursos, pueden mejorar prestaciones contributivas de la Seguridad Social, idea que compartimos, sin tener que recurrir necesariamente al concepto de asistencia social, y evitando de ese modo las restricciones que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece de manera cautelar para estas, aun de manera injustificada. Y así en algunos Estatutos de Autonomía³⁷ se sigue manteniendo esta facultad de desarrollo legislativo de la Seguridad Social en aspectos no básicos.

Otros, en cambio, ven dificultades constitucionales insalvables en el marco de la Seguridad Social para asumir competencias en materia de mejoras de prestaciones contributivas. En todo caso esta posible mejora (por ejemplo, pensiones de viudedad)³⁸, de admitirse, sólo cabría que se llevara a cabo por vías asistenciales, esto es, con cargo a la asistencia social, y, por tanto, con financiación propia de tipo fiscal, aunque ello lleve a la creación de verdaderos derechos subjetivos, estables y permanentes, independientemente de la situación de necesidad y carencia de recursos, por considerar que hay que complementar las prestaciones contributivas del Estado, de considerarlas insuficientes.

Esta segunda posibilidad pone de relieve la dificultad que existe a la hora de trazar la frontera entre Seguridad Social y Asistencia social ya que la propias prestaciones de asistencia social van evolucionando, como ocurre en el ámbito estatal con las rentas de inserción. Es cierto que algunas medidas podrían también entenderse como de Seguridad Social de nivel no básico y de esta manera podrían evitar caer en la inconstitucionalidad dados los discutibles criterios antes señalados del Tribunal Constitucional sobre el propio concepto de asistencia social (carácter excepcional, extraordinario, y no estable, situaciones de necesidad por carencia de rentas, etc.), aunque las leyes autonómicas siguen situando tales prestaciones en el marco competencial propio de la asistencia social, no en el de la Seguridad Social, probablemente por los problemas constitucionales que surgirían y porque no sería fácil configurar un nivel propio de Seguridad Social de tipo contributivo o profesional, sin poder ingresar las cotizaciones correspondientes. Salvo que el concepto de régimen económico se redujera o limitara a su vez a la financiación del nivel básico. Luego la posibilidad de configurar una Seguridad Social no básica sería distinta de la del Estado y con cargo a recursos propios de tipo fiscal, si se quiere que sea algo real y no meramente teórico resultando discutible la posibilidad de establecer cotizaciones de empresarios y trabajadores, aun para niveles no básicos.



36 Así por ejemplo la Ley foral Navarra 6/2000 en caso de extensión de pensiones de viudedad a parejas de hecho, la ley Foral de Navarra 11/2003 de 7 de marzo de complementos para las pensiones de viudedad y la Ley catalana 13/2006 de 27 de julio de prestaciones sociales de carácter económico.

37 Así, el estatuto catalán por LO 6/2006 de 19 de julio. También las reformas del de Baleares y Aragón No así, en cambio, en el nuevo Estatuto de Andalucía (LO 2/2007 de 19 de marzo, art.63.2).

38 Así, por ejemplo, la ley catalana 13/2006 de 27 de julio de prestaciones sociales de carácter económico y Ley foral de Navarra 11/2003.

Se trataría a nuestro juicio fundamentalmente de un nuevo tipo de prestaciones de Seguridad Social que no utilizarían técnicas contributivas, ni se financiarían mediante cuotas, pero que tampoco se identificarían con la asistencia social. Y es precisamente esta falta de contributividad y la imposibilidad de introducir cotizaciones propias y una caja autonómica lo que acaba limitando el alcance de estas medidas, su configuración, y que sea difícil hablar de un régimen de Seguridad Social “complementario”, público, en sus términos tradicionales, como sí cabe con los seguros privados o los planes y fondos de pensiones por tener un carácter privado y poderse financiar de manera autónoma. Resulta entonces paradójico que mediante la negociación colectiva sea posible establecer nuevas obligaciones de financiación fundamentalmente a cargo de las empresas mediante pólizas de seguros o aportaciones a planes de pensiones y esto no sea posible en el marco autonómico ni siquiera acudiendo al concepto de legislación no básica. Más difícil resultaría amparar esas cotizaciones complementarias en los niveles complementarios libres, no porque tengan que ser únicamente privados, sino por la nota de la voluntariedad.

Y es que el campo de actuación de las Comunidades Autónomas en los niveles complementarios también resulta limitado. La Constitución delimita las competencias de ordenación de los niveles complementarios del párrafo segundo del art. 41. Pese a que la «asistencia y prestaciones complementarias serán libres», la ordenación básica corresponde al Estado, ya que tiene la competencia sobre la legislación mercantil (art. 149.1.11), formando parte de ella el seguro privado (art. 149.1.6) y las bases de la ordenación de crédito, banca y seguros (art. 149.1.11) y en sus aspectos básicos ordenación del mercado en general, garantizando cierta uniformidad y ordenando los seguros de acuerdo con las relaciones internacionales y la planificación de la actividad económica³⁹. Y lo mismo cuando se trate de Mutualidades de Previsión Social⁴⁰. En relación a la ley de Planes y Fondos de Pensiones, el Tribunal Constitucional⁴¹ ha sostenido claramente que los niveles privados no son Seguridad Social propiamente dicha, ni tampoco se confunden con el Mutualismo de Previsión Social, aun cuando éste resulte afectado cuando lleve a cabo tales seguros colectivos. Por encajar la ley dentro de la legislación mercantil (art. 149.1.6 de la Constitución) y de las bases del seguro (art. 149.1.11^a), la ley se declara constitucional, salvo en el art. 25.3.d), aunque con votos particulares que defienden una interpretación más favorable a las competencias autonómicas en la materia.

En cuanto a las posibilidades de ampliar estas competencias por la vía del art. 150.1. (ley marco) o 2 (ley de delegación) sobre materias de titularidad estatal, en Seguridad Social parecen reducidas, dada la limitación que los principios de igualdad y solidaridad (arts. 138 y 139 de la Constitución) pueden suponer. Parece que no cabría en bloque, ni sobre lo básico, ni sobre el régimen económico.

39 SSTC 86/1989 de 11 de mayo, 220/1992 de 11 de diciembre. Véase también la STC 173/2005 de 23 de junio.

40 SSTC 86/1989 de 11 de mayo, 35 y 36/1992 de 23 de marzo

41 STC 206/1997, de 27 de noviembre



III. PERSPECTIVAS TRAS LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA REFORMADOS

El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 (LO 2/2007 de 19 de marzo) contiene una serie de novedades muy importantes de gran calado social pues reconoce como objetivo básico de las políticas autonómicas la “cohesión social mediante un eficaz sistema de bienestar público” (art.10.3.14^a) y de servicios sociales (art.23.1), así como una serie de derechos sociales en especial para colectivos con especiales dificultades (arts. 19 y 24 y 37.1., 4º y 7º), entre ellos los que sufran pobreza o exclusión social. Hay una apuesta decidida de lucha contra la exclusión social para avanzar hacia la ciudadanía social. Uno de los instrumentos más importantes en esta política es el reconocimiento del derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida dignas (art. 23.2).

Descendiendo ya al terreno concreto de la protección social y sus formas los Estatutos de autonomía reproducen el tenor literal de la Constitución y reconocen a la Comunidad Autónoma la facultad de desarrollo y ejecución de la legislación básica de Seguridad Social y de la ejecución de sus servicios, incluso de gestión y ejecución del régimen económico. Así, el art.63.3. del Estatuto de Andalucía menciona la ejecución de los servicios, mientras que el art. 165 del Estatuto catalán (LO 6/2006 de 19 de julio) reconoce la competencia sobre el desarrollo y ejecución de la legislación estatal (excepto de las normas que configuran el régimen económico) y sobre la gestión del régimen económico. También de la organización y la gestión del patrimonio y servicios que integran la asistencia sanitaria y los servicios sociales de la Seguridad Social en Cataluña. La competencia amplia sobre servicios sociales se contempla también en el art. 61 del Estatuto de Andalucía.

Las facultades legislativas sobre legislación de Seguridad Social no se han ejercitado nunca. Se trata de un terreno hasta ahora inexplorado, pero que puede tener un papel relevante en la profundización del modelo autonómico⁴². Y así el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña sigue atribuyendo a la Comunidad Autónoma el desarrollo de la legislación estatal, excepto de las normas que configuran el régimen económico. Y lo mismo hacen los nuevos Estatutos de autonomía de la Comunidad Valenciana, Baleares y de Aragón⁴³.

En el caso del Estatuto andaluz la tendencia, en cambio, puede ser contraria, pues mientras que sí se recogía tal facultad en el art. 20.2 del Estatuto de 1981, ha desaparecido en el actual. Pese a que algunos consideran que se trata de una oportunidad perdida⁴⁴, de que el Estatuto por un exceso de prudencia es poco ambicioso a la hora de perfilar un sistema propio de Seguridad Social, al no agotar todas las posibilidades que ofrece el marco constitucional, no obstante, no hay que sacar conclusiones precipitadas de esta

42 SUAREZ CORUJO, B. op. cit.p.179

43 Leyes Orgánicas 1/2006 de 10 de abril de la C. Valenciana, 1/2007 de 28 de febrero de Baleares y 5/2007 de 20 de abril de Aragón.

44 SUAREZ CORUJO, B.“La consagración estatutaria de una política social autonómica. ¿una oportunidad perdida?”AS n. 13/2006, pp.117 y ss.



omisión estatutaria. Su omisión puede deberse a lo que ya se señaló más arriba: al limitado espacio que resta a la Comunidad Autónoma en materia de Seguridad Social que no sea legislación básica y régimen económico y a que prefieren situar sus acciones en el terreno propio de la asistencia social, lo que ha permitido realizar acciones de protección social sin tener que estar sometidas al juicio de control de si se trata de Seguridad Social o asistencia social.

Lo mismo cabe decir de un aspecto concreto de gestión que se menciona expresamente en el Estatuto catalán y no aparece, en cambio, en los demás, como es el del reconocimiento y gestión de las prestaciones no contributivas (art.165 del Estatuto de Cataluña, nada establece el de Andalucía). No ha prosperado la propuesta inicial estatutaria catalana de asumir también la regulación, lo que hubiera supuesto revisar la intervención estatal llevada a cabo por la ley 26/1990. El Estatuto también precisa y detalla algo más algunos aspectos de ejecución y gestión, como “la ordenación y ejercicio de potestades administrativas sobre las instituciones, las empresas y las fundaciones que colaboran en el sistema de la Seguridad Social”, si bien únicamente en cuanto a la organización y gestión del patrimonio y los servicios que integran la asistencia sanitaria y los servicios sociales del sistema de la Seguridad Social en Cataluña, así como en la coordinación de las actividades de prevención de riesgos laborales que desarrollen en Cataluña las Mutuas de la Seguridad Social. Finalmente es competencia autonómica también la “coordinación de las actuaciones del sistema sanitario vinculadas a las prestaciones de Seguridad Social”. Una regulación similar aunque más genérica o imprecisa se contiene en el nuevo art.54 del Estatuto de la C. Valenciana.

El desarrollo legislativo de la legislación del Estado encuentra una excepción, como ya se ha afirmado en el régimen económico. Pero ello no significa, como veremos, que se renuncie a la gestión. También algún Estatuto (art. 75 del de Aragón) recuerda que el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica puede encontrar limitaciones también en los casos en que de acuerdo con la Constitución el Estado desarrolle políticas propias.

La cuestión del alcance de las competencias sobre ejecución de servicios llevará de nuevo a replantear la transferencia de las entidades gestoras de la Seguridad Social y del desempleo a las Comunidades Autónomas. Algunos intérpretes⁴⁵ ya se han apresurado a afirmar que las competencias de gestión del régimen económico son necesarias para mantener la unidad del sistema, un funcionamiento económico uniforme, y la titularidad estatal de todos los recursos del sistema. Y que en materia de legislación no básica o de desarrollo de la básica del Estado tampoco sería posible, pues se partiría del error de base de la propia Constitución, del art. 149.1.17, donde no cabría distinguir entre dos sistemas de competencias: sobre el régimen económico y para el resto del sistema. Sería una ilusión pensar que en el resto del sistema quepa desarrollo legislativo variable manteniendo un régimen económico estatalizado y centralizado. Y especialmente en el sistema contributivo de Seguridad Social.

45 DESDENTADO, A. “La Seguridad Social y la propuesta de Estatuto...” cit. p. 15



Sin embargo, aunque los Estatutos no se pronuncian sobre la gestión de las prestaciones, salvo las no contributivas, como forma de ejecución de los servicios, sí que reconocen competencias sobre la gestión del régimen económico.

En este punto parece difícil no reconocer la posibilidad de que la gestión y ejecución de las prestaciones se transfiera a la Comunidad Autónoma, incluidas las prestaciones por desempleo y por tanto las políticas pasivas, pese a que no se hayan acabado mencionando expresamente en los nuevos Estatutos, aunque probablemente su función no pasaría de ser mera descentralización, dada su conexión indirecta con el sistema económico. Por todo ello es probable que las Comunidades Autónomas no tengan verdadero interés al colocarse en un escalón muy bajo de competencia asumiendo la gestión de las prestaciones contributivas de un sistema de Seguridad Social, cuya regulación, al ser legislación básica en los aspectos más importantes, seguiría siendo estatal.

Otra cuestión sería que una vez reconocidas las competencias de gestión se abriera un debate sobre la conveniencia o no de la descentralización, esto es, si supone una mejora de la eficiencia del sistema y qué ventajas aportaría a la situación actual. Algunos autores⁴⁶ han trazado desde el ángulo de la eficiencia las ventajas e inconvenientes de descentralizar una estructura tan fuertemente centralizada desde su creación como es la gestión de la Seguridad Social, aspectos que cabría tener en cuenta aunque se refieren más a los aspectos económicos, y a la conservación de competencias compartidas que a una verdadera transferencia de la gestión de las prestaciones, pues en tal caso no se daría una concurrencia de competencias, ni duplicación de medios, ni atomización o fragmentación, ni capacidad de recaudación, o insuficiencia presupuestaria o de viabilidad y necesidad de mecanismos compensadores entre Comunidades Autónomas, pues no comprendería los aspectos económicos, los ingresos y gastos del sistema. Pero tampoco se acaban de ver las ventajas que a veces se señalan, como una mayor personalización de los servicios, la vinculación al tiempo de las prestaciones, ofrecer una mayor respuesta a las demandas de los ciudadanos, a las nuevas necesidades, etc. pues se trata de ventajas más bien predicables de los niveles asistenciales y de los servicios sociales que de la Seguridad Social de tipo contributivo.

En cuanto al régimen económico, pese a las limitaciones anteriores, algunos Estatutos de Autonomía ya contemplaban la facultad de gestión y ejecución del régimen económico de la Seguridad Social siguiendo el tenor literal de la Constitución y en contra de la jurisprudencia restrictiva de las competencias autonómicas, dada la amplia interpretación del concepto de régimen económico antes citado del Tribunal Constitucional en la STC 124/1989. Así, ya el art. 17 del Estatuto de Cataluña atribuía tal competencia y actualmente el art. 165 de nuevo viene a establecer que respecto del régimen económico la Comunidad Autónoma tiene competencias en materia de gestión, aunque no en cuanto al desarrollo y ejecución de la legislación estatal, que sí tienen en las demás materias de Seguridad Social. Cabría por ello revisar la doctrina jurisprudencial sentada en la STC

45 LANDA ZAPIRAIN, J.P. op.cit.p.78



124/1989 reconociendo la participación autonómica en la gestión del sistema y defender una competencia compartida⁴⁷.

Así pues el concepto y el alcance del régimen económico, en cuanto a su gestión, administración y la disponibilidad de los fondos recursos, tal como ha sido construido por la citada sentencia del TC, pasa a ser competencia de la Comunidad Autónoma, salvo la titularidad de los recursos y del patrimonio y sus normas reguladoras incluso de desarrollo y ejecución.

Tal previsión también se contemplaba en el art. 20. 2 del Estatuto de Andalucía aprobado por LO 6/1981 de 30 de diciembre, y se viene a recoger de nuevo en el art.63.3 que se refiere a las competencias ejecutivas incluida la gestión de su régimen económico, con pleno respeto al principio de unidad de caja.

Esta es la estela que ha seguido la reforma del Estatuto Andaluz (art.62.3) y el valenciano (art. 54) cuando otorgan a la Comunidad Autónoma competencia sobre “desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado, con excepción de las normas que configuran el régimen económico”. Así pues reconocen competencia sobre su gestión si bien como recuerda el art. citado del estatuto andaluz “con pleno respeto a la unidad de caja”. Véanse también los arts. 75 y 77 del nuevo Estatuto de Aragón (LO 5/2007 de 20 de abril) y los arts. 31 y 32 de la LO 1/2007 de 28 de febrero por la que se aprueba el nuevo Estatuto de Autonomía de Baleares y el art. 165 del Estatuto catalán, pues en todos ellos se salvaguardan los principios de “unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera”.

Sin embargo, el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña (LO 6/2006 de 19 de julio), pese a que en un principio atribuía competencias a la Comunidad Autónoma sobre ordenación de la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas, esto es, los actos de encuadramiento, finalmente no ha recogido competencias en materia de ordenación de los actos de encuadramiento de empresarios y trabajadores, por cuenta propia o ajena. Salvo que se entienda incluido implícitamente en el concepto de gestión del régimen económico tal como lo entendió la STC 124/1989, aunque se matizó por la 195/1996 en el sentido de que tales actos no serían inmediatamente económicos. Por ello la competencia sobre los mismos correrá la suerte de las competencias comunes de ejecución.

Como ya se ha visto más arriba, es en el terreno de la asistencia y los servicios sociales donde las Comunidades Autónomas se sienten más cómodas a la hora de asumir competencias en materia de protección social, en lugar de crear una Seguridad Social

47 En este sentido afirmativo SUAREZ CORUJO, B. op.cit. Sin embargo, para MOLINA NAVARRETE, C., “Los nuevos Estatutos...” op. cit. p.105-106, si bien defiende que no cabe confundir el principio de unidad económico- financiera con la técnica elegida por el legislador ordinario acudiendo al cuestionable y mal-interpretado principio de unidad de caja y que es legítima la gestión autonómica del régimen económico, acaba concluyendo que dada la posición restrictiva del Tribunal Constitucional el nuevo proceso que ahora se abre con la reforma de los Estatutos no podrá conllevar cambios significativos.



complementaria que algunos autores admiten a nivel doctrinal pero que no es la vía que han seguidos los Estatutos. Ha sido así antes de las reformas estatutarias y se reafirma tras ellas. A veces incluso mediante declaraciones de principios y reconocimiento de derechos más bien de tipo programático en la lucha contra la pobreza, como el art. 15 del Estatuto valenciano que asume como empeño gubernamental combatir la pobreza y facilitar la inserción social, lo que reconoce como un derecho, del que se deriva la solidaridad y el derecho a renta de ciudadanía, si bien en los términos que establezca la ley. Lo mismo se establece en el art.21 del Estatuto de Baleares y en los artículos citados más arriba del nuevo Estatuto de Andalucía.

Los Estatutos, por lo general, sin embargo, se limitan a reafirmar las competencias propias ya contempladas en el texto constitucional en materia de sanidad, asistencia y servicios sociales. Sin embargo, encontramos novedades interesantes en cuanto a su formulación y alcance. Así el art. 166 del Estatuto de Cataluña y el art. 61 del Estatuto de Andalucía dentro del concepto de servicios sociales incluyen una concepción amplia de las prestaciones que podrían comprender no sólo la regulación y ordenación de la actividad de servicios sociales (entre ellas la regulación y ordenación de las entidades, servicios y establecimientos que los prestan), sino también *“las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementaria de otros sistemas de previsión pública”*, confirmando así las propias experiencias avanzadas en materia de prestaciones asistenciales relacionadas con las de la Seguridad Social y , como ya se dijo más arriba, sin utilizar el concepto de Seguridad Social no básica o complementaria⁴⁸. Quizás entre otras razones porque no habría una voluntad política de crear un sistema de Seguridad Social ni propiamente complementar las prestaciones contributivas, sino más bien de mejorar las rentas globales del beneficiario, con una finalidad, por tanto, más asistencial⁴⁹.

No se trata sólo de la asistencia social en el sentido clásico pues ya se contempla específicamente en otro apartado, en cuanto alude a la *“regulación y aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de pobreza o necesidad social”*, o para colectivos específicos (discapacitados, mayores, personas en situación de dependencia, etc.) en que parece anclada la formulación valenciana (art. 49. 27^a) o la de Aragón (art. 75. 34^a) o Baleares (art. 30. 15^a), sino que puede tener una vocación más general, reconociendo verdaderos derechos subjetivos, como vía de complementar



48 Para SUAREZ CORUJO, B. op.cit. y también en “Los artículos 165 y 166 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: Configuración de la Seguridad Social en el Estado Autonomo” en Justicia Laboral n.26/2006, p. .43, podía haberse utilizado este título competencial. En contra MOLINA NAVARRETE, C., “Los nuevos Estatutos...”, op. cit. pp.101 y124, para el que el título no puede ser otro que la asistencia social y los servicios sociales. Según este autor las Comunidades Autónomas no tendrían competencia para regular libremente prestaciones autonómicas de Seguridad Social complementarias de las prestaciones básicas estatales del sistema.

49 Así, por ejemplo, la mejora de la pensión de viudedad en Cataluña regulada por la Orden de 1 de febrero de 2005, persigue complementar los ingresos globales de los beneficiarios de viudedad con rentas más bajas e incluso adecuar las pensiones al coste de la vida en Cataluña, aunque este segundo objetivo no se menciona expresamente en la norma citada. Sobre esta cuestión, véase ESTABAN, R. “L’interveñció autonómica...” op. cit. pp. 169-170.

prestaciones de Seguridad Social. Las prestaciones asistenciales se caracterizan por atender situaciones de necesidad, no necesariamente condicionadas a carencia de rentas, de manera suplementaria o complementaria de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social que ya las atienden, aunque la nota de la complementariedad, a diferencia de la suplementariedad, característica de las prestaciones asistenciales, como ya se vio más arriba, ha resultado polémica y discutible en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Tampoco tiene por qué limitarse a la complementación de las prestaciones no contributivas como precisa el Estatuto de Baleares (art. 30. 15ª: “complementos de la seguridad social no contributiva”), sino que la formulación es más amplia al poder comprender “prestaciones complementarias de otros sistemas de protección pública”⁵⁰, no contributivos o incluso también contributivos, con las dificultades interpretativas y aplicativas que se señalaron más arriba. La experiencia de Cataluña en esta materia ha sido muy novedosa⁵¹, al abordar de manera amplia el concepto de protección social y de servicios sociales, mediante nuevas prestaciones económicas de asistencia social, a veces no condicionadas a carencia de rentas, ni a condicionamientos presupuestarios, nuevos dispositivos de protección (prestaciones familiares, de viudedad, de dependencia, complementos de pensiones, prestaciones económicas de carácter social para los trabajadores del régimen especial del mar, etc.). Ya se contemplaron en el Decreto 284/1996 y en la ley de apoyo a las familias, la ley 13/2006 de 27 de julio de prestaciones sociales de carácter económico, aunque de alcance económico limitado al tenerse que asumir con fondos propios. Algunas de estas medidas habrán de ser replanteadas tras la ley estatal 39/2006 de la dependencia o bien pueden permanecer como segundo nivel complementario con financiación exclusivamente a cargo de la Comunidad Autónoma.

Se ha criticado que la atribución de la competencia autonómica sobre servicios sociales sea exclusiva cuando en realidad el Estado siempre conservaría competencias propias por las razones antes señaladas, sin que puedan verse reducidas por las redacciones de los nuevos Estatutos, por lo que en la práctica de acuerdo con esta interpretación no dejarían de ser competencias compartidas basadas en reglas de coordinación⁵². No obstante, como afirmábamos más arriba, la competencia estatal está sometida a los límites derivados de la interpretación del art. 149.1 de la Constitución.

En cuanto a la previsión social complementaria en el art.75 del Estatuto de autonomía de Andalucía de 2007 en la línea con las previsiones constitucionales se establece que es competencia de la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución, dentro del marco de las bases del Estado, de la ordenación del crédito, la banca y los

50 En este sentido una fórmula similar ya se contemplaba en el art.2.3 de la Ley de Servicios Sociales de Asturias 1/2003 de 24 de febrero.

51 Véase ESTEBAN, Ricard, “L intervenció autonòmica en l’espai de la protecció social”, op.cit. pp. 92 y ss., ZARAZALEJO CARBAJO, M., “Seguridad Social/Asistencia Social en el marco de la distribución competencias del Estado autonómico”, Revista del CEF, n. 254/2004.

52 En este sentido MOLINA NAVARRETE, C., “Los nuevos Estatutos...” op. cit. p.122 y



seguros Mutualidades y gestoras de planes de pensiones no integradas en la Seguridad Social, siendo competencia exclusiva la estructura, organización y funcionamiento de las Mutualidades de Previsión Social no integradas en la Seguridad Social, mientras que es compartida cuando se trate de Entidades aseguradoras y entidades gestoras y fondos de pensiones. En el mismo sentido el art.126 del nuevo Estatuto catalán, que especifica que tales competencias comprenden también actos de ejecución, disciplina, inspección y sanción.

Así pues el nuevo marco trazado por los Estatutos de Autonomía analizados puede afectar a la ejecución de los servicios de la Seguridad Social, incluyendo incluso la ejecución del régimen económico. Pese a la asunción de competencias de desarrollo legislativo ya se ha señalado cómo el concepto amplio de legislación básica y su vinculación con el régimen económico no dejan apenas espacio para una verdadera Seguridad Social autonómica, financiada por el Estado. En cambio, la competencia de las Comunidades autónomas en materia de asistencia social y servicios sociales queda reforzada y ampliada, sin que a nuestro juicio encuentre el límite trazado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto al propio alcance y concepto y configuración de la asistencia social, que pueden venir no sólo a suplementar la acción del Estado sino también a complementarla. En algunos de estos niveles la Comunidad Autónoma tiene que tener en cuenta que el Estado en su propio ámbito y con base históricamente en el de prestaciones no contributivas o de desempleo (rentas de inserción) o en el art. 149.1 puede a su vez tener capacidad para establecer una regulación mínima y básica, en los aspectos fundamentales, como ha ocurrido con la reciente ley 39/2006 de dependencia.

Aunque hipotéticamente quepa un marco autonómico de Seguridad Social, difícilmente se podría construir con una financiación contributiva propia añadida a la del Estado, pues supondría crear un régimen económico propio que difícilmente sería constitucional, aunque sí podría financiarse por vía fiscal con cargo a los recursos de la Comunidad Autónoma. Pero en tal caso, si se tiene en cuenta la dificultad de cálculo de prestaciones contributivas, salvo que se ligan a periodos de empleo o de residencia, los avances del propio concepto de Asistencia Social, y, finalmente, la conveniencia de evitar conflictos de competencia que probablemente sólo serían nominalistas, las Comunidades Autónomas difícilmente van a configurar niveles propiamente de Seguridad Social, sino que seguirán profundizando y avanzando en las prestaciones de asistencia y servicios sociales para atender a sus propias políticas, en función de sus prioridades, necesidades, peculiaridades y también lógicamente, de sus posibilidades económicas y financieras.



3

DISCAPACIDAD Y RELACIONES LABORALES

MERCADO DE TRABAJO Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD: REALIDADES NACIONALES Y CONTEXTO EUROPEO

Josep Fargas Fernández

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

I. La evolución cronológica de la tutela pública de la discapacidad

El problema de proporcionar un empleo a quienes tienen una especial dificultad para conseguirlo debido a que se hallan afectados por alguna discapacidad se remonta a mucho tiempo atrás, y no ha tenido siempre una respuesta similar por parte de los poderes públicos. Estas respuestas han sido distintas en el tiempo, por lo que para valorar cual es nuestra realidad actual, y antes de plantearnos si existen otras respuestas posibles, es conveniente que demos un somero repaso a la evolución cronológica de la protección social hacia quienes sufren una discapacidad.



I.1. Primer período: los antecedentes más remotos.

Desde siglos atrás, sólo regía en cuanto a la discapacidad la noción de la caridad, con fundamento religioso, entendida como acción básicamente individual, alejada por consiguiente de cualquier intervención pública sistemática de carácter protector: “La autoridad no tiene derecho a imponer contribuciones al rico para sostener al indigente, porque sería quitar a la caridad todo su mérito” [Domingo de Soto, dominico profesor en Salamanca; S.XVI].

Quienes eran discapacitados no recibían ayuda si únicamente presentaban tal problema, sólo merecían la compasión de los demás si además eran pobres; de la misma manera que los pobres sólo eran auxiliados si sufrían una discapacidad: “Los establecimientos de beneficencia, públicos o particulares, no admitirán a pobres mendigos válidos” [art. 18, Ley 20-jun-1849, General de Beneficencia].

La institución básica es el Hospital, que acoge a enfermos, discapacitados, ancianos, transeúntes, etc. alrededor del cual se organizan los servicios sanitarios y las ayudas económicas, aunque en las pequeñas poblaciones a lo sumo lo que podía esperarse era una estancia en la que se ubicaban, más que cuidaban, los menesterosos. Los hospitales se hallaban estrechamente vinculados a instituciones religiosas, al menos hasta finalizado el proceso de desamortización, ya bien entrado el siglo XX. Las autoridades supervisaban

la institución de la limosna, mediante la expedición de las “cédulas de pedir”, que podían solicitar los notoriamente ciegos, lisiados, ancianos... y los estudiantes sin recursos.

En la segunda mitad del S. XIX se inicia la organización de la beneficencia pública, con una amplia base de competencias municipales —institución que subsistirá hasta la Constitución Española de 1978— para atender a diversos sectores necesitados de ayuda; en los establecimientos generales se atendía a: locos, sordomudos, ciegos, impedidos y decrépitos [art. 2, RD 14-may-1852]. Esta agrupación tipológica nos muestra cual era la visión que en aquella época se tenía acerca del tratamiento que debía darse a quienes sufrían una discapacidad.

1.2. Segunda época: otorgar una compensación

A partir de 1900 se inicia una nueva visión de la protección social basada en la responsabilidad y la compensación. En toda Europa, la tutela de los veteranos de la 1a. Guerra Mundial da lugar a sistemas públicos de protección social bajo una nueva óptica intervencionista, de la que podemos extraer dos ejemplos notorios:

- a) El Estado, que se siente obligado a intervenir en cuanto corresponsable de la tragedia de los inválidos de guerra, interviene agrupando a una miríada de mutualidades ministeriales, especialmente militares, y tal intervención estatal dará lugar al Estatuto de Clases Pasivas de los funcionarios públicos españoles, base del actual Régimen Especial, cuya primera promulgación tuvo lugar en 1926.
- b) La Ley de Accidentes de Trabajo, de 1900, establece la responsabilidad del empresario, y el derecho de los trabajadores a una compensación por los accidentes sufridos con motivo del trabajo que les produzcan incapacidad.

Los instrumentos de tutela de los que se dispone son básicamente tres: Pensiones periódicas, Rehabilitación, y la instauración de cuotas laborales para favorecer que los veteranos de guerra puedan lograr un empleo: en Alemania, Austria, Francia... se dictan normas para la integración de veteranos de guerra que incluyen estas cuotas laborales, que posteriormente se generalizarán a los que han quedado discapacitados por otras causas distintas a la guerra. Grupos de expertos de la OIT recomiendan a todos los países en 1923, y lo reiteran en 1944 tras la Segunda Guerra Mundial, la adopción de las cuotas de empleo a favor de los discapacitados.

Quienes no se hallan en los supuestos protegidos por los Seguros Sociales y otras organizaciones de base profesional, seguían protegidos —como antaño— por la beneficencia, y posteriormente por su institución sucesora: la Asistencia Social, que amparaba, entre otros, a los discapacitados; pero únicamente a los discapacitados que eran económicamente débiles, y por esta circunstancia se ha presentado siempre como esencial a la noción de Asistencia Social, la prueba del estado de necesidad económica. En el ámbito europeo se inicia a mediados de siglo XX la creación de instituciones de



ámbito continental, entre ellas el Consejo de Europa (1949), que poco más tarde adoptó la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales [Roma, 1950] y la paralela instauración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En esta Convención, además de una referencia muy genérica en su art. 14 que prohíbe la discriminación en base a... “toda otra situación”, hay una referencia concreta a las personas con discapacidad: [art. 5.1.e] “...nadie será privado de su libertad excepto en los casos siguientes... e) para impedir la propagación de enfermedades infecciosas, o de personas dementes, alcohólicas, toxicómanos o vagabundos...”

Esta única alusión nos muestra por la agrupación de conceptos que sigue vigente la asociación entre discapacidad, enfermedad y pobreza, aunque con una denominación que observa los síntomas y no las causas del problema: vagabundos, por los que carecen de domicilio; dementes, por los aquejados de discapacidad intelectual; alcohólicos por los enfermos de adicción, etc. Es una etapa en la que predomina una concepción médica y de seguridad, de exclusión en relación al entorno.

I.3. Tercera etapa: expansión de la protección pública

A partir de 1960 la protección social de los discapacitados se amplía en dos direcciones: la inclusión de los menores de edad, y la generalización prescindiendo de la causa de la discapacidad. En esta etapa (1970) se establece la cuota laboral de reserva de puestos de trabajo del 2% de los puestos de trabajo en empresas de más de 50 trabajadores, sin distinción del origen de la discapacidad.

La ley de Relaciones Laborales de 1976, establece como relación laboral especial el trabajo de los minusválidos; los centros de trabajo protegidos estaban más bien regulados desde el punto de vista de las ayudas que podían percibir que no de su funcionamiento. Abundantemente regulados en 1982, un estudio reseña 350 normas en vigor relativas a los discapacitados (24 Leyes, 83 Decretos, 1 Real Decreto, 218 Órdenes Ministeriales, 54 Resoluciones, y 2 circulares).

En esta etapa se aborda la educación temprana de quienes tienen una discapacidad: se inicia la regulación de la llamada “educación especial” dentro del sistema educativo en la Ley General de la Reforma Educativa de 1970; y si bien inicialmente se hará con más voluntarismo que profesionalidad, los menores con discapacidad intelectual que hasta el momento permanecían reclusos en sus domicilios empiezan a hacerse visibles, y —muy lentamente— las familias empiezan a creer que sus hijos pueden recibir una atención en centros especializados que les aporten una mejora. Se produjo una eclosión de asociaciones de padres de afectados, que impulsaron gran número de centros asistenciales, presionando continuamente a la Administración para conseguir las necesarias subvenciones para su funcionamiento.

A ello colaboró que en 1968 se crease la primera prestación periódica de Seguridad Social específica para hijos y hermanos con discapacidad: la llamada “ayuda económica



para subnormales"; también existieron las prestaciones proporcionadas por el Fondo Nacional de Asistencia Social (FAS), y el Fondo Nacional de Principio de Igualdad de Oportunidades (PIO), etc; pero hasta 1981 sus prestaciones eran discrecionales, no periódicas, y sin medidas de control efectivas.

De esta primera prestación periódica, además de su migrado importe (durante muchos años fue de 1500 pesetas sin revalorización alguna), y del nombre de subnormales que ya entonces tenía una consideración peyorativa (aunque no se consideró hasta 1986 que debía evolucionar al de minusválidos), deben destacarse dos aspectos:

- a) la concepción limitada de quienes merecían protección: se protegía únicamente [art. 4, D.2421/1968] a las siguientes afectaciones: Ciegos; Sordomudos o sordos profundos; Pérdida esencial de 2 extremidades superiores, o 2 inferiores, o 1 superior más 1 inferior; Parapléjicos, hemipléjicos, y tetrapléjicos; Oligofrénicos con retraso mental; y Paralíticos cerebrales.
- b) la función que realizó respecto a los centros asistenciales que se crearon a partir de tal norma, no tanto por lo que representaba en su financiación, como por la emergencia pública de la discapacidad. Para ello existían dos preceptos clave: [art. 3.6] En caso de estar acogido en algún centro o institución, el beneficiario debía acreditar que contribuía al sostenimiento de dicho centro; y, [art. 6] El pago podía hacerse mediante giro postal o similar, previa petición del interesado. Los centros que se iban creando con muy precarios medios aprovecharon tales preceptos. Si bien se hallan documentadas quejas de asociaciones que reprochan a algunas familias que desatienden las necesidades de los discapacitados destinando tales ayudas a sus hermanos (los "caprichos de sus hermanos, dicen con amargura) antes que a los discapacitados que siguen considerados como una categoría de personas secundaria en la distribución del presupuesto familiar.

Con lo dicho puede verse que seguía vigente un enfoque médico-asistencial, y que aunque se abordaba una expansión de la tutela pública, seguía vigente el criterio de limitarse a unos baremos limitados, a una lista cerrada de situaciones a las que se iba a atender en este proceso tímido de expansión de la acción administrativa de tutela de los discapacitados.

En el Consejo de Europa se adoptó la Carta Social Europea [Turín, 1961], que se divide en Parte I [principios], Parte II [derechos]; Parte III [compromisos]; y Parte IV [informes y control]. En su artículo 15, titulado "Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social" se dice que los Estados se comprometen a proporcionar medios de formación profesional, incluyendo instituciones especializadas; y medidas para el empleo, en especial por medio de servicios especiales, empleo protegido, e incentivos.

Al observar el texto puede verse que el modelo con el que se afronta la discapacidad es un modelo rehabilitador, de servicios sociales, re-adaptador: se consideran especialmente adecuadas las instituciones segregadas, especializadas, y no se afronta en ningún caso el problema en los términos de igualdad que no emergerán hasta más tarde.



En la ONU se proclama en 1975 una Declaración de los Derechos del Minusválido que dice en su [Art. 1]: “se entiende por ‘minusválido’ toda persona incapaz de atender por sí sola, total o parcialmente, a las necesidades de su vida individual y/o social normal, como consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus capacidades físicas o mentales”.

Si, por definición, los afectados por una discapacidad se trataba en todo caso de personas “incapaces de atender por sí solas” su propia vida, lo que precisaban —en aquella visión— era protección; pero resultaba imposible que se plantease ninguna acción de participación autónoma en la vida social en términos de igualdad.

Puede verse igualmente tal planteamiento en dos otros artículos de la citada Declaración de Derechos: [art. 10] “Los minusválidos deberán poder obtener ayuda legal cualificada cuando tal ayuda resulte indispensable para la protección de su persona o sus bienes”. En la actualidad es claro que todos los ciudadanos tienen derecho a ayuda legal cuando la precisen; en aquella época se planteaba una ayuda sólo para los discapacitados, cuando les resultase imprescindible. Y también cuando se dice [art. 12] “Las organizaciones de minusválidos podrán ser consultadas en todos los asuntos relacionados con los derechos de los minusválidos”: en aquel momento parecía un avance hablar de la mera posibilidad de que los interesados pudieran ser consultados; se hallaba lejos aún el derecho a la participación de todos ellos en las decisiones que les atañen.

I.4. La evolución hacia la cuarta fase: la integración de los discapacitados en la vida social.

En 1982 se produce un cambio normativo importante: se promulga la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), que recoge los principios internacionales vigentes de:

- Integración social: lo que supone el uso de los servicios ordinarios de la sociedad, y sólo subsidiariamente ser atendidos en servicios especiales.
- Individualización de los afectados: el baremo de 1984, parecido al posterior de 1999, contempla todas las posibles causas de discapacidad, siguiendo el modelo de la Asociación Médica Americana que había establecido un método para evaluar situaciones de múltiples afectaciones, baremando el impacto que el conjunto de todas ellas representaban para el conjunto de la persona. Ahora se valorará no únicamente la mayor de las afectaciones sino el conjunto de todas ellas.
- Obligaciones de los poderes públicos en prevención, protección, educación. La ley desarrolla el art. 49 CE que establece tales obligaciones.
- Descentralización: ya existen las Comunidades Autónomas, y la Constitución les reconoce competencias propias y autonomía financiera y política. La ley prevé la participación de CCAA y entidades locales en la atención a los discapacitados.
- Participación de los afectados, puesta en práctica en la elaboración de la propia Ley que duró cinco años, durante los cuales en el Congreso de los Diputados y fuera



de él tuvieron lugar múltiples debates acerca de las orientaciones legales, con una amplia participación de las organizaciones sectoriales.

- Se aúnan el derecho al trabajo, reconocido en múltiples textos internacionales y en la Constitución, con el derecho a la igualdad y la integración social, sin que tales derechos se vean excluidos por una declaración de incapacidad; por consiguiente se modificó la LGSS, y la declaración de incapacidad permanente para el trabajo (en cualquier grado) no impedirá ya realizar actividades, incluso si son lucrativas.
- Se instauraron prestaciones económicas periódicas más dignas que las anteriores: garantía de ingresos mínimos, de movilidad, por ayuda de tercera persona, y por compensación de gastos de transporte.

Posteriormente, se realizaron modificaciones a la normativa reguladora de diversas prestaciones de protección social para adaptarlas a esta tendencia actual, así en la ley de Prestaciones no Contributivas, en la regulación de las prestaciones por desempleo, en las rentas de inserción, etc. Se ha favorecido la posibilidad de que quienes reciban una prestación no se acomoden pensando que han alcanzado su estatus definitivo de beneficiarios de una asignación que la sociedad les debe por su estado, sino que se ha estimulado la aceptación de los empleos que pudieran ejercer de forma compatible con su estado.



En el Consejo de Europa, se procedió a una revisión de la Carta Social Europea [Estrasburgo, 1996] a la que se adjuntaron unos protocolos optativos. Es interesante comparar los cambios con la versión originaria de la Carta Social Europea adoptada en Turín en 1961. El art. 15 se titula ahora "Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, la integración y a la participación en la vida de la comunidad" y en el mismo se dice que los Estados se comprometen a proporcionar:

- formación profesional prioritariamente en las instituciones comunes, y no en las especializadas
- favorecer el mantenimiento en su lugar de trabajo, adaptando el puesto y sólo subsidiariamente empleos protegidos.
- integración en la vida social: mediante ayudas técnicas; supresión de obstáculos a la comunicación y movilidad para acceder a transportes, alojamiento, actividades culturales y de ocio.

En resumen, el paradigma actual es la participación social y lograr la máxima autonomía de los afectados por cualquier discapacidad.

Paralelamente, en el año 2000 la Comisión Europea constata que en la última década se han mantenido las diferencias sociales: un 18% de la población vive en situación de pobreza relativa, con diferencias entre países que van del 11% al 24%; y en los planes que se formulan, se destacan dos líneas:

- a) dar prioridad a los colectivos con mayor riesgo de quedar al margen de las mejoras en la calidad de vida que se producen; se mencionan explícitamente: parados de larga duración, familias monoparentales, menores desposeídos, estudiantes

afectados por el fracaso escolar, familias con ingresos reducidos, personas con discapacidades.

- b) promover las formas de asociación y participación de las partes interesadas, en especial de las propias personas excluidas.

La reacción de los países europeos va a tener como eje la no la “no discriminación” en todos los campos, naturalmente también en el ámbito laboral. Esta reacción se inicia en 1996 cuando se revisaron los Tratados europeos, y se adopta el Tratado de Ámsterdam en 1997 que incluye en el art. 13 del Tratado UE “...podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual”.

El punto de inflexión más concreto se produce con la Directiva 2000/78, traspuesta en España el año 2003 con las Leyes 51/2003 y 62/2003, y adoptada en virtud del nuevo redactado del art. 13 del Tratado de la Unión Europea al que antes se ha hecho mención. En ella se incorpora la no discriminación por discapacidad de forma amplia en normas, criterios y prácticas laborales; y se habla por primera vez en este rango del concepto de discriminación indirecta, esto es, de las situaciones aparentemente neutras que en la práctica dificultan o colocan en situación de desventaja el acceso al trabajo o la formación profesional, valorables tales situaciones incluso mediante prueba estadística.

En la Directiva se establece una obligación del empresario de realizar ajustes razonables, aunque ésta no es una obligación incondicionada sino a ponderar mediante criterios que no siempre resultan claros; y se prevé una posible compensación por el Estado de los gastos de tal adaptación; asimismo se incluye una previsión acerca de la formación profesional y las prácticas en empresas.

Obsérvese la diferencia entre el enfoque actual y el de etapas anteriores; es radicalmente distinto referirse a criterios antidiscriminatorios, esto es, a un Derecho Fundamental, con todo lo que ello comporta de nulidad de todo acto contrario, y poder sancionador frente a las violaciones de la igualdad. Compárese con la posición de la Comunidad Europea una decena de años antes en la Recomendación del Consejo de 24-julio-1986 en la que se proponían “en la mayor medida posible” algunas acciones:


- a) acciones positivas: que cada Estado redacte una “guía o código del buen proceder para la contratación de minusválidos” para lo cual aporta un modelo con ejemplos
- b) eliminación de discriminaciones, por ejemplo así: “La adopción de medidas adecuadas para evitar en la mayor medida posible los despidos basados en una incapacidad”

En este marco se adoptó por el Consejo la Estrategia Europea para el Empleo, con un peculiar método de trabajo basado en tres fases básicas: primeramente se elaboran directrices europeas, con áreas prioritarias y objetivos a cumplir; posteriormente cada Estado elabora con participación social y política diversa, sus planes nacionales de acción; y finalmente tales planes nacionales y los resultados de su aplicación pasan por



un examen europeo, con posibles recomendaciones a los Estados y para la elaboración de nuevas directrices. Estos planes vienen respaldados por la financiación proporcionada por el Programa de Fondos Estructurales, especialmente el Fondo Europeo para el Desarrollo Regional (FEDER) y el Fondo Social Europeo (FSE) que apoya acciones de formación y promoción del empleo; y si observamos los principales objetivos período 2000-06 que se establecen a nivel europeo, veremos que tienen una afectación especial para las personas con discapacidad, como señalan las cursivas con las que se destacan en los textos siguientes:

- Conseguir un alto nivel de empleo en la economía en general y en *todos los colectivos* del mercado laboral.
- Sustituir la lucha pasiva contra el desempleo por la promoción de la *empleabilidad* y la creación de empleo sostenidas.
- Fomentar un nuevo planteamiento de la organización del trabajo, de modo que las empresas de la UE puedan hacer frente al cambio económico conciliando la seguridad y la *adaptabilidad* y permitiendo a los trabajadores participar en actividades de formación a lo largo de toda su vida.
- Ofrecer un marco de *igualdad de oportunidades* en el mercado de trabajo para que todos puedan participar en él y acceder a un empleo



Este último objetivo, la promoción de la igualdad de oportunidades, ha dado lugar a que el año 2007, por decisión conjunta del Parlamento Europeo y la Comisión se celebre el año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos, para difundir el mensaje de que todas las personas tienen derecho al mismo trato, sin distinción de sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, con especial acento en la problemática de la discriminación múltiple, que afecta a quien es inmigrante discapacitado, mujer discapacitada, etc.

Similares objetivos han sido los que, a nivel mundial, las Naciones Unidas han plasmado en la recientemente adoptada Convención de 30 de marzo del 2007 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (firmada pero aún no ratificada por España) que adopta como principios: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

En resumen, pues, los ejes actuales con los que se afronta principalmente la discapacidad son los de la no discriminación, la igualdad en el ejercicio de los derechos, y el promover participación autónoma en la vida social. A ello se comprometen los Estados según el derecho internacional, pero no debemos olvidar, y este es el último punto que ahora quiero destacar, que según nuestra Constitución, esto es responsabilidad de todos los poderes públicos; y que debe aprovecharse el potencial que ha supuesto la participación de las

Comunidades Autónomas en la atención a la discapacidad; como debe de demostrarse en la puesta en marcha de lo previsto en la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia, que atañe directamente a los afectados por una discapacidad.

II. Los datos acerca de la discapacidad y el empleo, y algunas de sus limitaciones.

En un análisis global acerca de la relación problemática entre discapacidad y el empleo, uno espera encontrar cifras y datos acerca de ambas cosas: la discapacidad y el empleo; pero antes de lanzarse a exponer cifras y datos, hay que ser consciente de las limitaciones que presentan los datos disponibles; y con mayor motivo en esta circunstancia de que esta ponencia se expone en un recinto universitario y ante unos asistentes que muy probablemente a corto plazo deberán efectuar alguna investigación sobre el tema.

Disponer de datos comparativos puede servirnos básicamente para dos finalidades: en primer lugar, para tener un diagnóstico más preciso y menos intuitivo de nuestra realidad social y de algunas posibilidades de mejora que podamos entrever al comparar nuestras principales debilidades con las realizaciones que consideremos más interesantes de otros lugares; la segunda finalidad de una posible búsqueda de datos es autoflagelarse. Y disculpen la franqueza de la expresión, pero más de una vez se buscan datos comparativos básicamente para poder apoyar la tesis de que en nuestro país las cosas se hacen rematadamente mal y que en el extranjero se hacen mucho mejor; afirmación que —avanzo— en el presente tema sería sólo parcialmente cierta, ya que, en general, los países europeos han seguido una evolución muy similar en la atención a los problemas de empleo de las personas con discapacidad.



II.1. Las fuentes de datos

Sobre temas de empleo y de discapacidad hay actualmente una gran abundancia de datos y de estudios accesibles en formato electrónico; el problema no es de escasez de información sino más bien de sobreabundancia, y de dificultad de relacionar tanta información. Para empezar una búsqueda de datos, creo que puede partirse de tres portales básicos de información, que a su vez nos remitirán a muchos otros:

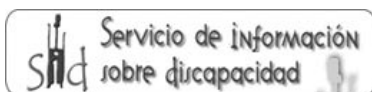
Europa: Eurostat, que es la oficina estadística de la Unión Europea [<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/>], y proporciona una gran cantidad de información. De todos los grandes capítulos en los que se organizan los datos que ofrece, posiblemente el que nos interesará más será el de los indicadores a largo plazo acerca de “población y condiciones sociales”.



Mundo: A nivel internacional, puede iniciarse la búsqueda a partir de las bases de datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) [<http://www.ilo.org/public/spanish/support/lib/resource/ilodatabases.htm>]; los documentos más modernos es fácil hallarlos en formato electrónico, aunque algunos los ofrecen exclusivamente en formato papel a través de su servicio de publicaciones. Especialmente útil puede sernos la página dedicada a las estadísticas del mercado de trabajo en todos los Estados [http://www.ilo.org/dyn/lfsurvey/lfsurvey.list?p_lang=es] a partir de la cual puede enlazarse con las bases de datos de los países más remotos.



España: Un buen punto de partida es el Servicio de Información sobre Discapacidad, dependiente del Ministerio de Trabajo y la Universidad de Salamanca [<http://sid.usal.es/>]; aunque naturalmente hay otros puntos interesantes como las páginas web del IMSERSO, las del Real Patronato sobre Discapacidad, o las de las principales agrupaciones de afectados. Resulta también imprescindible una consulta a las páginas web de las correspondientes Comunidades Autónomas, concretamente las consejerías que tengan atribuidas las competencias de Trabajo y de Bienestar Social o similares, si bien podrá observarse que las distintas autonomías ofrecen una muy desigual riqueza de datos y estudios en este ámbito.



II.2. Algunas limitaciones

Antes de lanzarse a comparar cifras, conviene tener en cuenta que los datos disponibles tienen limitaciones; éstas derivan —en primer lugar, y como señala a menudo Eurostat— de que los procesos de recopilación de datos se hallan viciados por concepciones culturales diversas que interpretan de forma distinta las instrucciones, asimismo puede haberse realizado la recogida de datos con poca fiabilidad por otras razones organizativas, pero muy especialmente las desigualdades provienen del hecho de que algunos conceptos no son utilizados de manera uniforme por parte de distintas organizaciones.

Concretamente, ni los conceptos de discapacidad ni los de desempleo son uniformes en los diversos países, ni tan sólo entre las distintas organizaciones de un mismo país, como veremos en los ejemplos de los párrafos siguientes. Ello comporta no simplemente una dificultad en la interpretación de datos estadísticos, sino que también dificulta la comparación entre las normas legales que regulan el acceso de los afectados a

actividad a desarrollar, y en el caso de que una persona padezca varias discapacidades, se recoge aquélla que más limita su capacidad para trabajar. Éste no es el mismo criterio que siguen otras encuestas realizadas por el IMSERSO, como la Encuesta de Discapacidades, Deficiencias y estado de Salud (EDDS) que aunque vieja de 1999 proporciona aún hoy la mayor base de datos acerca de las discapacidades que afectan a los españoles: en la EDDS la situación de discapacidad se valora siempre que la afectación tenga una antigüedad mínima de un año.

Este criterio de un año es también el establecido en la definición de discapacidad en otros países, como la llevada a cabo en el Reino Unido por la *Disability Discrimination Act* (DDA) de 2 de diciembre de 1996 que exige una afectación de 12 meses para que sea valorada como tal; en cambio, si examinamos el baremo español de 1999 aplicable a las valoraciones que deban surtir efectos en casi todas las prestaciones sociales relacionadas con una discapacidad, porque es la que asigna en España la condición legal de minusválido, veremos que siguen la orientación norteamericana de no establecer un criterio uniforme de antigüedad de las afectaciones, y en las instrucciones generales del baremo se señala que debe consultarse este particular detalle en cada uno de los capítulos del mismo, si bien puede afirmarse que en la mayoría de casos el criterio es el de 6 meses de antigüedad en la afectación, la mitad, por tanto, que el criterio legal británico antes mencionado.

Similares discrepancias hallaremos en el concepto de desempleo; en Eurostat, y en la española Encuesta de Población Activa se valora como desempleado a quien no haya trabajado en la llamada semana de referencia, esto es: en la semana anterior al momento en que se realiza la encuesta. Por el contrario, en la OIT, el criterio para establecer una situación de desempleo es carecer de trabajo durante las cuatro semanas anteriores; y en una época en la que muy a menudo los trabajadores tienen trabajos de corta duración y alternan las situaciones de trabajo con períodos en los que carecen de él, registrar como desempleo el carecer de empleo durante una o durante cuatro semanas resulta una diferencia de criterio significativa.

La OIT publicó en abril de 2004 un estudio comparativo acerca de la metodología en las estadísticas de empleo para personas discapacitadas (*Statistics on the employment situation of people with disabilities: A Compendium of national methodologies*) el cual, analizando los datos de 95 países, refleja muy bien el galimatías metodológico existente; a pesar de ello, parece interesante retener tres conclusiones que allí se formulan: la mayoría de países para analizar el empleo de las personas discapacitadas aprovechan la recogida de datos del censo, que se produce con una frecuencia de entre cinco y diez años; para describir los datos ocupacionales y profesionales se utilizan mayoritariamente estándares internacionales relativos al empleo (si bien no son uniformes, pueden obtenerse datos significativos alrededor de dos o tres criterios mayoritariamente aceptados); en cambio, para describir las situaciones de discapacidad, los distintos países utilizan mayoritariamente criterios derivados de su propia legislación, o elaborados ad-hoc, y no los criterios internacionales como la ICF (Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, de la OMS).



La conclusión práctica a la que debemos llegar es que no existen unos datos comúnmente aceptados a escala internacional, ni tan sólo a escala Europea (según las fuentes el número de discapacitados en Europa pueden oscilar entre 20 y 47 millones de personas). Sólo muy raramente pueden compararse los datos de dos estudios distintos, por lo que normalmente deberemos limitar nuestro análisis a los datos proporcionados por una misma fuente; y, en cualquier caso, deben consultarse siempre las notas metodológicas de cualquier estudio o fuente de datos, que una veces se detallan en el propio estudio, y en otras hay que buscar en un documento separado.

II.3. ¿Debemos saber realmente cuantos trabajadores discapacitados hay?

Porque hay razones para pensar que posiblemente no deberíamos saber cuantas personas con discapacidad trabajan, o estudian, o viven en un determinado lugar; no es que seamos contrarios a la elaboración de estadísticas, sino más exactamente, queremos señalar que no parece que exista ninguna obligación suficientemente fuerte para que quienes se hallan afectados por una discapacidad deban hacerlo público o inscribirse en un determinado registro. Un estudio reciente de la *Disability Rights Commission* (DRC) del Reino Unido llegaba a la conclusión de que el 52% de las personas con discapacidad no son Discapacitados, si entendemos por Discapacitados —con mayúscula— aquellos quienes habiendo declarado las dolencias que les afectan han sido declarados como tales por un organismo oficial. En suma, si atendemos a un concepto material y no formal de persona con discapacidad, existe una cifra oficial de discapacitados, y una cifra real mucho mayor.

Las personas afectadas por una discapacidad no están obligados a declararla, si así lo prefieren; puede que piensen que con su declaración no van a conseguir el trabajo que solicitan, o que perderán el trabajo que realizan; o si la discapacidad no es visible, prefieren no hablar de ella; o temen un rechazo, o un chasco acerca de que cada uno con sus problemas; o prefieren no pedir ayuda y piensan que podrán manejar sus dificultades.

Los derechos de los afectados por una discapacidad a preservar su intimidad y a evitar hipotéticos actos de discriminación pueden colisionar con las obligaciones empresariales relativas a la salud laboral, y a realizar las adaptaciones laborales necesarias precisamente para garantizar la igualdad real y efectiva, y obviamente dificultan la planificación de medidas de estímulo a la contrata.

El mismo organismo oficial (DRC) antes citado publica una guía para afectados por una infección de VIH, Esclerosis Múltiple o Cáncer en la que se dice: “No está obligado a informar a nadie acerca de su situación, pero si no informa a su empresario, no podrá realizar los ‘ajustes razonables’ que usted precise”... “Probablemente lo mejor es informar de ello una vez ya ha aceptado el trabajo, ya que si lo descubren más adelante por accidente, ello puede afectar su relación laboral”... “Revelarlo de entrada



tiene sus ventajas (por ejemplo al rellenar un formulario o en una entrevista), ya que así deben realizar los ajustes razonables precisos; y en caso contrario, si usted los demanda, no podrán alegar ignorancia". Tales consejos sitúan la decisión de revelar o no los datos del propio estado de salud primordialmente en la autonomía del interesado y lo responsabilizan de posibles consecuencias, si bien no agotan el tema de otras posibles colisiones de derechos, a los efectos que ahora nos interesan, nos muestran hasta qué punto debe considerarse aproximativo cualquier dato acerca de las personas afectadas por una discapacidad, y la necesidad de planificar cualquier medida protectora o promocional sin contar con que la necesidad de la misma emergerá con antelación o en el estado inicial de necesidad de las mismas. ción e inserción ocupacional.

II.4. Comparación de la situación ante el empleo de las personas con y sin discapacidad

Obviando la exposición de largas series numéricas de datos acerca de la discapacidad y el desempleo, parece no obstante práctico contemplar las conclusiones que, a pesar de lo limitado de los datos disponibles, pueden extraerse del estudio más reciente que con una cierta amplitud se ha realizado en España acerca del empleo de personas con discapacidad: en módulo especial de encuesta que se realizó junto con la Encuesta de Población activa (EPA) de 2002. Cada una de ellas nos proporciona un motivo de reflexión:

- *La población discapacitada con estudios primarios duplica en proporción a la no discapacitada, mientras que supone la tercera parte cuando se trata de estudios universitarios o equivalentes.*

Aunque volveremos a este tema posteriormente, podemos ya avanzar la reflexión de que posiblemente los problemas del empleo de las personas con discapacidad deban abordarse antes del empleo: en las etapas formativas previas que condicionan para toda la población las posibilidades de hallar un empleo y la calidad del mismo.

- *Una gran mayoría de la población discapacitada no participa en el mercado de trabajo: dos de cada tres personas discapacitadas en edad de trabajar están en situación de inactividad; y la tasa de paro de las personas con discapacidad es un 40 por ciento superior que la de las personas sin discapacidad.*

El hecho de que únicamente una de cada tres personas con discapacidad se halle activa en el mercado de trabajo, y una gran cantidad de esta minoría que desea un empleo se halla en paro, nos indica el limitado éxito de las políticas de inserción llevadas a cabo. Más bien parece que se ha avanzado en la calidad de la inserción laboral más que en la cantidad de personas con discapacidad que tengan un empleo. Y no debe olvidarse que las cifras de la EPA incluyen tanto los que realizan una ocupación autónoma como un empleo asalariado, por lo que podemos concluir que, a pesar del esfuerzo normativo y de incentivos económicos, la inserción de personas con discapacidad en las empresas de nuestro país es irrisoria en relación al problema pendiente de resolver.



- *La dificultad añadida por la discapacidad en la búsqueda de empleo es mayor para hombres que para mujeres. Sin embargo, la mujer discapacitada se encuentra en peor situación que el hombre, ya que al efecto de la discapacidad se le añade la discriminación de género, más acusada incluso que el primero. De hecho, una mujer sin discapacidad que busca empleo tiene más dificultades para encontrar empleo por el hecho de ser mujer, que un hombre por tener discapacidad.*

Esta conclusión aborda el problema de la múltiple discriminación, que actualmente es una de las líneas prioritarias de atención por parte de los poderes públicos. Concretamente se aborda la relación de quienes pueden sufrir discriminación por discapacidad y por razón de género. La primera parte de la conclusión: que para las mujeres su posible discapacidad es un impedimento menor que para los hombres puede resultar sorprendente en una lectura apresurada; sin embargo, al examinar la segunda parte podemos ver que el problema reside en que nuestra sociedad tiene aún demasiado arraigados defectos machistas: el hecho de que considere más intolerable que un hombre no se halle en condiciones óptimas para realizar cualquier actividad laboral sin precisar una adaptación, rima lamentablemente con el hecho de que la discriminación por género tenga aún tanta fuerza.

Asimismo no nos debería extrañar la constatación que la sensibilidad social hacia las dos posibles causas de discriminación (género y discapacidad) no haya evolucionado de forma paralela: actualmente casi sin excepción todos los ciudadanos se manifestarían horrorizados ante un trato vejatorio o cruel a una persona con discapacidad, mientras que aún hay importantes sectores sociales que se muestran dispuestos a justificar o disculpar un trato vejatorio o cruel hacia las mujeres de su propio entorno familiar.

- *Una de cada diez personas discapacitadas ocupadas tiene un empleo incluido en un programa de medidas de fomento del empleo para personas con discapacidad.*

Dependiendo de si queremos ver la porción del vaso llena o la vacía podríamos poner el prefijo de que “ya” una décima parte, o de que “sólo” una décima parte de las personas afectadas se beneficia de un programa de fomento del empleo. Sin embargo, si relacionamos este dato cuantitativo —a tomar como cifra aproximada, como se ha dicho— y lo comparamos con la notable importancia de los fondos dedicados al fomento del empleo, nos debe llevar a interrogarnos acerca de si en realidad tales medidas de fomento del empleo cumplen con su finalidad de incentivo a la contratación de los sectores más desfavorecidos en la búsqueda de un empleo, o si representan simplemente una pieza más de un programa subvencionado de abaratamiento de los costes laborales, es decir, una transferencia de renta desde los presupuestos públicos hacia quienes ostentan el poder de contratación laboral.



III. Algunos instrumentos de promoción del empleo con reflexiones comparativas

III.1. La tipología de medidas de estímulo al empleo

La promoción del empleo de las personas con discapacidad puede dividirse en dos vías clásicas: El empleo en medio protegido, y el empleo en el mercado abierto de trabajo. El empleo de personas con discapacidad en un medio protegido, según un estudio comparativo publicado por la OIT en 1998 (*“Les relations de travail en milieu protégé”*) es el de mayor crecimiento cuantitativo, a pesar de que nominalmente una gran cantidad de países se manifiestan partidarios de dar prioridad a la integración en el medio laboral normal, de forma que en todos los países existe mayor demanda que plazas de empleo protegido.

Existen diversos modelos que van de una orientación más terapéutica y asistencial a otros en los que se da una relación de trabajo más retribuida y semejante a la normal; y una de sus características típicas es la homogeneidad de sus participantes, que tienden a ser (90% en Europa) en cada centro personas con una misma tipología de discapacidad. En la ponencia correspondiente podrán ver las dos grandes medidas presentes en nuestro país: los Centros Especiales de Empleo y los Centros Ocupacionales de Empleo, que en ningún caso deben contemplarse con una visión asistencialista: varios de estos centros han obtenido certificados ISO de calidad y compiten eficazmente con las empresas normales.

Si este crecimiento del empleo protegido es ya un indicador de falta de éxito de los mecanismos de integración, el estudio citado señala otro elemento importante de preocupación: los muy bajos índices de tránsito desde el empleo protegido al empleo ordinario (que oscilan entre el 1% y el 4%) reduciendo a la nada las manifestaciones que se formulan en las normativas legales de que el empleo en medio protegido debe ser normalmente un paso intermedio entre el desempleo y la integración en el mercado de trabajo.

En cuanto a los instrumentos para favorecer el empleo de discapacitados en el mercado abierto, su examen detallado corresponde a otras ponencias de esta Jornada; asimismo, existen muchos y variados estudios comparativos de interés que pueden consultar (puestos a recomendar uno de ellos, aunque viejo ya de casi diez años, vean el estudio realizado —con el apoyo de la Universidad de York y de la OIT— por THORNTON, P y LUNT, N: *Employment Policies for Disabled People in Eighteen Countries: A Review*); aquí, y para tener una visión global, realizaremos sólo una exposición de la variada tipología existente, que podemos agrupar en cuatro categorías:

- 1) Ventajas financieras, es decir, aportes financieros pagados en efectivo desde los presupuestos públicos, o beneficios fiscales. Esta categoría incluye a:
 - a. Los subsidios directos por el hecho de contratar a personas discapacitadas o específicamente a un subgrupo de las mismas.

Entre este tipo de incentivos podría encuadrarse la propuesta que actualmente formulan algunas organizaciones de afectados de que se subvencione, o bonifique la contratación de sustitutos que ocupen el puesto de trabajo de un discapacitado mientras éste se halle en situación de Incapacidad temporal, incapacidad que sucede algo más a menudo que el promedio de trabajadores; en decir, un incentivo similar a lo que ya rige para la contratación de sustitutos de quien causa baja por descanso por maternidad. No conozco precedentes comparativos, pero sí me interesa propugnar ahora la posibilidad de que las medidas de incentivo que se establezcan deberían costearse idealmente con cargo a los presupuestos públicos, como, por ejemplo, sucede en Luxemburgo, donde las vacaciones adicionales que se conceden a los discapacitados por su superior necesidad de descanso, sí van a cargo íntegramente del Gobierno [Ley 12-nov-1991 de Trabajadores discapacitados] solicitándolo el empleador a través del STH Servicio de Trabajadores con Hándicap.

- b. Subvenciones para ayudas técnicas y adaptación de puestos de trabajo, como las contenidas en el RD. 1451/1983, de 1 de mayo (para el trabajo integrado) y en la Orden de 16 de octubre de 1998 para los Centros especiales de Empleo.

Estas ayudas técnicas a menudo son buscadas por los empleadores en razón del doble uso que les reportan; por ejemplo, la mejora de una puerta de acceso a un establecimiento tanto puede beneficiar a sus trabajadores discapacitados, como a otras personas discapacitadas o con movilidad reducida, que más fácilmente podrán convertirse en clientes de tal establecimiento adaptado.

El contenido de estas ayudas ha sido a menudo criticado por la poca difusión que se realiza de su existencia y por su escasa cuantía. Aunque teóricamente la adopción de tales medidas debería haberse visto impulsada por los preceptos contenidos en varias Directivas europeas y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que obligan a la adaptación de puestos de trabajo, la realidad es que son muy escasos los planes de prevención de riesgos laborales que incluyen tal aspecto.

- c. Subvenciones compensatorias a la menor productividad del trabajador discapacitado. La diferencia con la primera de las categorías señalada, es que en este caso el importe se halla indexado a la pérdida que se quiere compensar, esto es a la efectiva pérdida de competitividad ocasionada por las limitaciones del contratado; por lo que deberá seguirse un protocolo de evaluación de si se ha producido efectivamente tal pérdida a compensar.

- 2) Imposiciones legales; que aunque al final tienen también repercusión económica, no consisten en una aportación monetaria.

- a. La medida más conocida es la imposición de cuotas, consistentes en un porcentaje mínimo de trabajadores discapacitados a contratar. En la mayoría de países es posible escapar de esta imposición mediante el pago de una cuota económica que se destina a acciones en pro del empleo de las personas con discapacidad; y otra medida alternativa es la externalización de tal cuota mediante la contratación de productos realizados en otras empresas por trabajadores discapacitados por un importe como mínimo igual al coste que representaría la contratación directa de los trabajadores que marca la cuota.



Debe señalarse que, de acuerdo con los estudios comparativos publicados por el *Employment and Disability Institute* de la *Cornell University*, las cuotas habituales existentes en Europa se hallan establecidas en un porcentaje (6% en Francia, Alemania, Polonia; 5% en Hungría; 4% en Austria, etc.) superiores a la española del 2%, posiblemente debido al origen ya explicado de integración de veteranos de guerra en las sucesivas contiendas militares de ámbito mundial; y son exigibles en empresas de dimensión variable (16 trabajadores en Alemania, 20 en Francia, 25 en Austria, etc.) pero normalmente se exige ya en empresas de menor dimensión que la exigida en la normativa española.

Una interesante tendencia es la existente en algunos países (Holanda, Reino Unido, Estados Unidos) de abandonar el mecanismo de imposición de cuotas a la contratación, sustituyéndolo por una severa penalización en caso de discriminación al discapacitado en la contratación, amén de la nulidad del acto discriminatorio. Esta tendencia tiene su origen en la concepción actual ya reseñada de que el empleo de las personas con discapacidad es un asunto de Derechos Fundamentales, específicamente el Derecho a la Igualdad, y que no son aceptables medidas monetarias que permitan eludir esta obligación de respeto a un Derecho Fundamental.

b. Es posible también establecer condicionamientos a la actividad comercial de las empresas, mediante la inclusión de cláusulas en las condiciones generales de contratación de los organismos públicos (una de las mayores fuentes de contratación comercial en cualquier país) que obliguen a las empresas a realizar una política adecuada en relación al empleo de personas discapacitadas. En suma, se trata de establecer que quien quiera contratar con la Administración deberá estar al corriente de varias obligaciones de trascendencia pública, como sus obligaciones fiscales, sus cotizaciones a la seguridad social... y su cuota de contratación de personas con discapacidad o cualquier otra medida similar.

3) El tercer tipo de medidas es la promoción de elementos intangibles relacionados con la contratación de personas con discapacidad.

a. En esta categoría se incluyen todos los intentos de dotar de una imagen de "empresa responsable" o socialmente activa, o cualquier denominación similar, a quienes realicen la política que se estime adecuada. Se crean logotipos, se reparten premios, y otros sistemas de promoción y mejora de la imagen de marca de aquellas empresas que acrediten unos determinados méritos. Aunque en otro ámbito más amplio —aunque también afecta a las acciones en pro del empleo de las mujeres con discapacidad— por su cercanía podemos citar un ejemplo reciente de este tipo de medidas en la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en su Capítulo V crea un distintivo empresarial para las empresas que destaquen en sus políticas de igualdad de trato e igualdad de oportunidades.

b. También pertenecen a esta categoría las medidas dedicadas a preservar el esfuerzo ya realizado en el seno de una empresa en el campo de la formación. Si para cualquier empresa la conservación de sus trabajadores ya formados es un activo de primer orden, en el caso de los trabajadores con discapacidad los esfuerzos

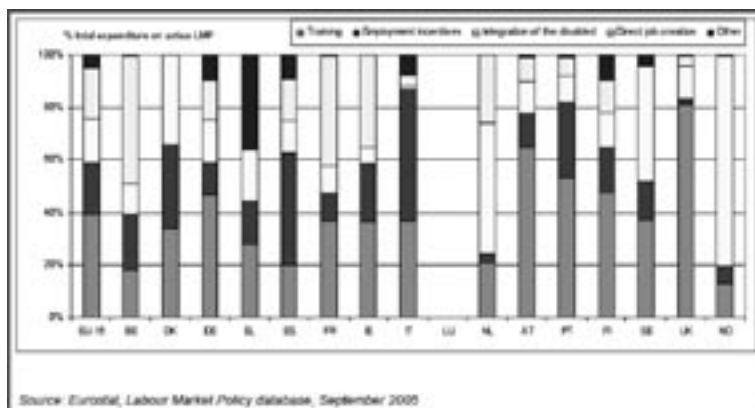


- formativos a menudo resultan más laboriosos por ser específicos, y de ahí que existan medidas que vinculen tal formación a una permanencia mínima, o que estimulen tales procesos formativos, o la asunción pública los mismos.
- 4) El último grupo de medidas podríamos denominarlas mixtas en cuanto incluyen medidas cercanas al empleo protegido en cuanto a los instrumentos, aunque se trate de puestos de trabajo en el mercado normal de trabajo.
- a. El empleo con apoyo es trabajo normalizado en ambientes laborales integrados para personas con discapacidad severa para trabajadores que necesitan servicios de apoyo continuados (por ejemplo: un asistente personal para todo desplazamiento). Es una política de integración que tiene actualmente un desarrollo experimental en nuestro país: unos 3500 trabajadores, y 300 profesionales. Según los datos del MTAS publicados en 2005 (*“Análisis de la evolución del empleo con apoyo en España”*), se constata un aumento ligero pero constante de iniciativas: de 43 a 57 iniciativas en un año; aunque con desigual distribución según las Comunidades Autónomas: en primer lugar Cataluña (18%), seguidas de Andalucía, Baleares, Galicia y Murcia, siendo escasísima la presencia de estas iniciativas en otros territorios.
 - b. Semejante consideración deben merecer los llamados Enclaves Laborales, regulados actualmente en el RD 290/2004, de 20 de febrero, consistente en que un grupo de trabajadores de un centro especial de Empleo —por tanto, empleo protegido— se desplaza al centro de trabajo de una empresa colaboradora e integra el trabajo de las personas discapacitadas en el ambiente normal de trabajo, creándose relaciones formativas, de colaboración, etc. en un ambiente laboral integrado.
 - c. En esta línea podría situarse la propuesta que realizan algunas organizaciones de potenciar el uso de ETT, argumentando que si en el mercado normal de trabajo las empresas utilizan —aunque sea una práctica legalmente viciosa— a las ETT para poner a prueba a posibles futuros empleados fijos, los trabajadores discapacitados se verían beneficiados con una demostración de su capacidad laboral real. En algunos países existe la figura del “empleo a prueba”, o período de prueba especialmente dilatado para convencer al empresario de la bondad de contratar a un trabajador con discapacidad.
 - d. Finalmente, otras propuestas se hallan en la línea de crear empresas mixtas en cuanto a los servicios que ofrecen respecto al empleo de personas con discapacidad, al estilo de la existente en el Reino Unido *“Shaw Trust”* que ha atendido a 50.000 personas en el último año, proporcionando formación, empleos directos protegidos, acompañamiento a empleo integrado, procesos de selección etc. En suma: una organización sin finalidad lucrativa y con apoyo público, que aúna a toda clase de especialistas, servicios y procesos relacionados con el empleo de personas discapacitadas, y que constituye un punto de referencia fácilmente abordable para todo aquel que precise u oferte un empleo.



III.2. las intervenciones públicas en el mercado de trabajo.

Una visión global acerca de las políticas relacionadas con el empleo de los trabajadores discapacitados nos la proporciona el contemplar las distintas prioridades vigentes en cada país en cuanto a la tipología de medidas aplicadas.



A grandes rasgos, podemos decir que España, según las estadísticas que publica Eurostat, se halla en la cola de las medidas activas de empleo y en programas de integración de los trabajadores con discapacidad, muy alejada de los países líderes en tales medidas como Noruega, Holanda, Dinamarca o Suecia; mientras que presenta un importantísimo nivel de gasto en cuanto a incentivos a la contratación (sólo superado por Italia), lo que no debe extrañar a nadie que sepa de la impresionante batería de supuestos de bonificación de las cotizaciones de Seguridad Social existentes en nuestro país.

Dadas las limitaciones de las estadísticas disponibles ya hemos señalado la importancia de los estudios cualitativos. En este sentido, Eurostat publica unos informes (*“Labour market policy - Qualitative report”*) sobre las políticas relativas al mercado de trabajo que lleva a cabo cada país. Se han publicado 19 volúmenes, con una información sucinta de cada una de las medidas adoptadas por cada país que repercuten en sus estadísticas: objetivo, descripción, financiación, norma, etc. y agrupadas por capítulos: formación, creación de empleo, tiempo parcial, ayudas a emprendedores, subsidios de desempleo, etc. El capítulo 5 de cada informe se dedica a medidas de integración de los discapacitados. La primerísima utilidad de tales informes es poner al alcance de todos los Gobiernos, interlocutores sociales, y emprendedores sectoriales las ideas desarrolladas en cada país, de forma que rápidamente se difunden y globalizan las iniciativas, que quedan limitadas por las distintas orientaciones políticas y presupuestarias, pero no por falta de comunicación de las buenas prácticas empleadas.

Examinadas todas estas fichas, puede verse que la mayoría de estas iniciativas se repiten, por ejemplo: la bonificación de los costes de Seguridad Social; o se asemejan tarde o temprano a otras que se implantan en nuestro país, aunque a veces con distinto grado de

generosidad, por ejemplo: para Suecia, se relaciona la posibilidad existente desde 1999 —aunque se retocó en 2001— de que los beneficiarios de una pensión de incapacidad puedan aprovechar las oportunidades de empleo que surjan sin pérdida de su derecho a una pensión. Inicialmente se ofrece un período de prueba de 3 meses durante el cual el pensionista percibe al mismo tiempo su salario y la pensión reconocida; tras este período de prueba, la pensión deviene “durmiente” durante 9 meses más sin que se extinga el derecho (y teóricamente puede conservarse el derecho durante 24 meses más, aunque en este caso se revalúan las condiciones). Es decir se combina un incentivo de 3 meses de pensión para quien acepte un trabajo, con una suspensión del derecho a la pensión, que se recupera automáticamente en caso de pérdida del empleo antes de este año. El nombre oficial de esta medida es expresivo: Pensiones de discapacidad durmientes. La medida se parece bastante a lo que regula el art. 144.1.d) 3r# LGSS, para las Pensiones No Contributivas, pero en España se implantó en el 2003, y sin la subvención de 3 meses para el pensionista.

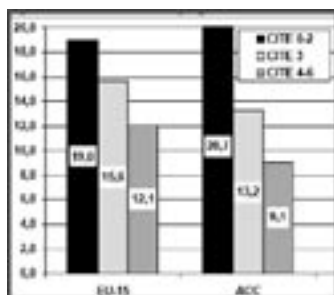


Otras veces, las iniciativas publicadas no presentan variaciones sustanciales en la naturaleza de la medida aplicada, pero el interés que presentan es que pueden observarse modalidades de aplicación distintas; por ejemplo, en los mecanismos de concertación que, ante la presencia de intereses contrapuestos ante la posibilidad de incentivar la contratación de determinados colectivos laborales, se establece que la intensidad de tales estímulos se establecerá “por acuerdo entre el empresario, el empleado, el representante del sindicato y el servicio de empleo”. Un rol muy distinto al que conocemos aquí para los interlocutores sociales.

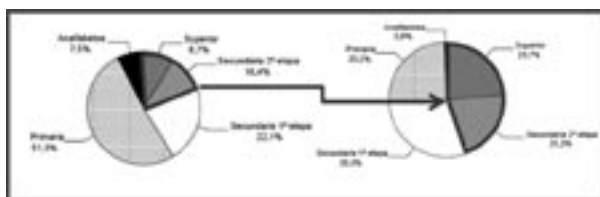
III.3. La formación previa: un elemento indirecto que repercute en el empleo de personas con discapacidad

Es conocido que existe una relación entre el nivel formativo previo, la empleabilidad, y el salario que puede alcanzarse. Estos últimos días precisamente hemos visto en los periódicos noticias que comentaban los datos publicados recientemente por un organismo internacional, la OCDE, relativo a las expectativas que podían tener los licenciados de obtener un mejor salario que aquellos que no habían alcanzado un nivel de estudios superiores. Las noticias estaban redactadas en una orientación pesimista: se había reducido tal expectativa en España, que, de promedio, ya "sólo" permitía esperar que un licenciado percibiera un salario promedio de algo más del doble un trabajador sin tales estudios; mientras que en otros países como Hungría, estados Unidos o la República Checa, la expectativa era de aproximadamente de una diferencia salarial del triple a favor de los que habían cursado estudios superiores.

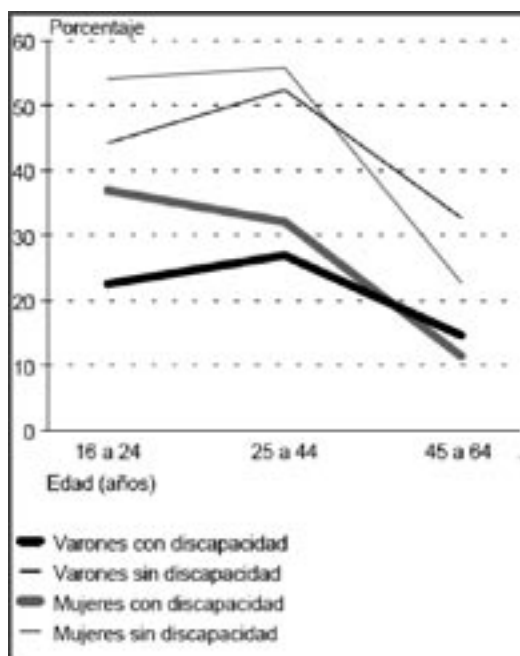
En cuanto a las posibilidades de hallar un empleo, prescindiendo del nivel salarial alcanzable, Eurostat constata que existe una correlación con el nivel de estudios previo, y ello tanto en los países europeos más antiguamente integrados como con mayor diferencia en los diez nuevos países aceptados en el ámbito europeo, denominados en la jerga comunitaria países ACC (por candidatos asociados). En la Europa de los 15, entre los trabajadores con un nivel educativo únicamente de estudios primarios, algo más de un 19% presentaba una discapacidad, mientras que este porcentaje se reducía al 12% entre los trabajadores que tenían estudios superiores.



Como ya se ha dicho anteriormente, ello debe hacernos reflexionar acerca de si debería ponerse más énfasis en lograr una adecuada progresión en los estudios de quienes se ven afectados por una discapacidad, ya que en España existe una notable diferencia en el nivel de estudios que alcanzan las personas según si presentan o no una discapacidad, y por consiguiente sus posibilidades de obtener un empleo y de progresar en el mismo son muy distintas dado que entre las personas con una discapacidad únicamente menos del 20% han alcanzado un nivel de estudios superiores o de enseñanza media no obligatoria, porcentaje que es menos de la mitad que el correspondiente al conjunto de trabajadores españoles, entre los cuales el 45% han alcanzado alguno de estos niveles medios o superiores de estudios.



Anteriormente se ha comentado también con carácter general que la discriminación por razón de género presentaba unos caracteres más acusados que la que pudieran sufrir las personas con una discapacidad. Referido a España, y a partir de las cifras de la EPA de 2002, debemos matizar esta afirmación con referencia a los estudios y a la edad de las personas. En la actualidad, existen muchas más mujeres que hombres que estudien estudios superiores o medios post-obligatorios, y ello tanto entre las personas con discapacidad como entre las que no tienen este problema. El dato que puede sorprender al no iniciado es que entre las personas con discapacidad casi hay el doble de mujeres que de hombres que prosiguen tales estudios, o dicho al revés, los hombres con discapacidad abandonan en mucha mayor medida sus estudios antes que las mujeres. Sin embargo, tal tendencia varía con la edad, y entre los trabajadores de mayor edad (entre 45 y 65 años) la realidad es inversa: existen muchos más varones con estudios, lo que probablemente refleja que en épocas pasadas existía un sentimiento social más extendido contra el hecho de que las mujeres siguieran estudios superiores, lo cual —y como venimos repitiendo— afectó a sus posibilidades de empleo, y como consecuencia el número de trabajadoras de género femenino con estudios de edad más avanzada es mucho más reducido.



III.4. Las buenas prácticas empresariales

Antes nos hemos referido a la difusión de buenas prácticas estatales al señalar que Eurostat publicitaba las iniciativas que afectaban a la inserción o al estímulo de la contratación de trabajadores, en general y específicamente de aquellos afectados por una discapacidad. Vamos a detenernos ahora un momento acerca de la difusión de las iniciativas empresariales que los organismos públicos o las propias empresas consideran que merecen ser publicitadas.

Existen diversas publicaciones que difunden tales iniciativas empresariales. A nivel internacional una reunión tripartita de la OIT en octubre de 2001 publicó un *“Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo”*, que constituye un documento de referencia, aunque innominado en cuanto a sus actores lo que dificulta la búsqueda de mayores detalles acerca de los resultados prácticos de las medidas propuestas. La Comisión Europea publicó en septiembre de 2005 un documento titulado *“Le cas commercial en faveur de la diversité: bonnes pratiques sur le lieu de travail”* que contempla no únicamente, pero también las medidas que afectan a los trabajadores con discapacidad, junto con las que van dirigidas a la integración de personas de origen geográfico o étnico diverso; este documento es ya mucho más explícito con algunas de los supuestos examinados de buenas prácticas empresariales, aunque antes de glorificar tales ejemplos recomendamos la prudente consulta de la opinión de las organizaciones de trabajadores, ya que —en estos claroscuros que proporciona la vida— se da la paradoja de que junto a ejemplos muy pertinentes, alguna de las empresas que allí se colocan como ejemplares, fue condenada poco después por acoso sindical tras haber despedido a todos los representantes de los trabajadores.

En España, el portal Disc@pnet, promovido por la ONCE, y con la subvención del Ministerio de Trabajo, publica una página con una lista de 28 ejemplos, en fichas ordenadas alfabéticamente, de lo que se consideran “buenas prácticas empresariales” en cuanto al empleo de personas con discapacidad; una especie de “medallero” social del empleo para discapacitados. La lectura de dichos ejemplos suscita como mínimo perplejidad: el primer ejemplo no menciona ninguna actividad relacionada ni remotamente con el empleo de personas con discapacidad; después se suceden un par de ejemplos en los que se menciona un compromiso de contratación de personas con discapacidad en porcentajes anuales del 0,18% y del 0,7% de la plantilla de la empresa; y seguidamente una importante entidad financiera anuncia lo siguiente: *“...pretende cumplir la obligatoriedad legal de reservar el 2% de sus puestos de trabajo para personas con discapacidad —en la actualidad sólo llega al 0,4%— y se compromete a que este porcentaje alcance el 5% en un plazo de cuatro años”*.



Que se considere una buena práctica empresarial el que una entidad financiera que declaró el pasado año un beneficio neto de más de 177 millones de euros diga que “pretende cumplir con la legalidad vigente” es irritante; y que una web subvencionada con fondos públicos publicite como ejemplo el reconocer que se incumple clamorosamente una obligación legal, cuando lo pertinente hubiera sido remitir el citado texto a la Inspección de Trabajo para la aplicación de la LISOS, es —para ser políticamente correctos y no emplear palabras groseras— un ejemplo del difícil camino que aún queda por recorrer en conseguir empleo para todas las personas con discapacidad, y en el respeto al ordenamiento jurídico promulgado en un Estado social y democrático de Derecho.



III.5.- Las ayudas al empleo y las carencias en Europa

Eurostat publicó un análisis a nivel de la Unión Europea la tipología de ayudas que reciben las personas discapacitadas que trabajan, y las que demandan aquellas personas que no trabajan. No nos interesa ahora ver la distribución entre los distintos tipos de medidas de soporte (ello depende del tipo de discapacidad y del entorno), sino la diferencia entre las proporcionadas y las demandadas.

En un análisis somero podemos ver que hay coincidencia en todas las personas con discapacidad, tanto las que trabajan como las que buscan un empleo, en demandar tres tipos de medidas: una adaptación de tipo de trabajo a realizar, incluyendo en ello una adaptación del puesto de trabajo; una adaptación de la cantidad de trabajo, dado que a menudo resulta más difícil para las personas con discapacidad seguir el mismo ritmo productivo; y una ayuda ante las dificultades de comunicación, entendiendo por tales tanto la comunicación con el público, como con sus superiores y compañeros.

Por el contrario, existe una notable diferencia en dos otros apartados en los que quienes trabajan manifiestan recibir en pocos casos este tipo de ayuda, y quienes buscan un empleo manifiestan que estas ayudas las precisan para conseguir el empleo que solicitan; se trata de las ayudas relacionadas con el transporte, tanto el transporte desde el domicilio al lugar de trabajo, como los desplazamientos en la propia actividad laboral. Situados en la mayoría de nuestras ciudades, no es difícil imaginar que para muchas personas con discapacidad les resultaría difícil el uso de transportes públicos —cuando estos existen— para poder aceptar un empleo en muchas empresas, que cada vez más se alejan del casco urbano de las poblaciones. Parece, en consecuencia, que una de las tareas pendientes es mejorar los medios de transporte, tarea que difícilmente puede ser suplida mediante el otorgamiento de subsidios de migrada cuantía para facilitar la movilidad. De forma similar a lo que hemos señalado antes respecto a los procesos formativos, el empleo de las personas con discapacidad depende también de decisiones no estrictamente laborales, que son absolutamente necesarias para que además de poder conseguir un empleo, las personas con discapacidad puedan ejercer el conjunto de sus derechos de ciudadanía en condiciones de igualdad real y efectiva.

% trabajadores que precisan ayuda	UE15	ACC	Ayudas	Desajustes
Tipo de trabajo	37,1	51,4	★	
Cantidad de trabajo	13,1	33,3	★	
Transporte al lugar de trabajo	6,4	1,6		×
Desplazamientos en el trabajo	2,7	3,3		×
Dificultad de comprensión y relación	14,8	6,1	★	
Otras	26,0	4,2		

%desempleados que precisan ayuda	UE15	ACC		
Tipo de trabajo	29,8	57,2	★	
Cantidad de trabajo	13,5	11,5	★	
Transporte al lugar de trabajo	12,3	6,4		×
Desplazamientos en el trabajo	10,0	5,9		×
Dificultad de comprensión y relación	13,8	6,8	★	
Otras	20,5	12,3		

josep.fargas@upf.edu

PROHIBICION DE DISCRIMINACION Y LA RAZONABLE ADAPTACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO

Dra. Eva Garrido Pérez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Pompeu Fabra

I. Introducción

La cuestión de la discapacidad se ha abordado desde las más variadas ópticas, planteamientos, y áreas de conocimiento, e incluso, cuando se ha analizado desde el más circunscrito ámbito de la inserción laboral de las personas con discapacidad, no han faltado aportaciones sociales, económicas, médicas, medioambientales, etc. junto a aquellas otras genuinamente jurídicas. En todas ellas se detecta como punto en comun la necesidad de eliminar barreras, aun desde enfoques particularizados, para garantizar a las personas con discapacidad una igualdad efectiva en el ejercicio de sus derechos a la salud, bienestar, participación social y económica, etc. En la estrategia más reciente para conseguir dicho objetivo el punto de mira ha variado sustancialmente: no es la persona con discapacidad la que tiene que adaptarse a la sociedad para integrarse en ella, sino que es realmente la sociedad la que debe modificar sus perfiles y estructuras para integrar y responder a las necesidades de todas las personas, entre ellas fundamentalmente las personas discapacitadas. En efecto, y a poco que se observe, en muchos aspectos nuestras sociedades se organizan aun en demasía en función de las necesidades del ciudadano “medio” no afectado por ningún tipo de discapacidad, y en consecuencia un gran número de ciudadanos siguen teniendo problemas de acceso a los mismos derechos y oportunidades en educación, empleo, movilidad y acceso, vivienda o regímenes de asistencia social. De hecho, la ausencia misma de las personas con discapacidad en la vida ordinaria fomenta en sí misma el mantenimiento de estereotipos y prejuicios, que contribuyen a perpetuar esquemas de exclusión. Se crea así un círculo vicioso entre las actitudes prejuiciosas, la falta de igualdad de oportunidades y la discriminación.

La constatación de esta premisa es la que ha permitido sustentar las bases de una concepción de la discapacidad más social, más integrada, en la que se identifican las barreras, las situaciones de discriminación, pretendiendo su desaparición y en definitiva un total cambio en la sociedad para hacer de ésta más adaptable a las necesidades de las personas con discapacidad. Es el denominado cambio desde un modelo médico a otro social en el tratamiento de la discapacidad: de una contemplación de la discapacidad como deficiencia, como una cuestión personal que debe afrontarse a través de medidas



reparadoras y preventivas, se pasa a una contemplación social de la discapacidad que se centra en las condiciones del entorno en el que se encuentran las personas con discapacidad y atiende a cómo la sociedad responde y debería responder ante la discapacidad¹.

Una de las expresiones de este nuevo planteamiento tiene un marcado carácter jurídico-social: el problema fundamental no reside en la falta de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, sino antes bien en una sociedad que se ha estructurado tradicionalmente conforme a unos determinados parámetros que han impedido el ejercicio efectivo de tales derechos por los discapacitados en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos que carecen de algún tipo de discapacidad.

Pero ese cambio aun no se ha dejado sentir de forma clara y evidente a la vista de la naturaleza de las medidas articuladas y del resultado obtenido, al menos desde la óptica eminentemente jurídico-laboral. Cierto es que hemos asistido en los últimos años a un renovado esfuerzo público por incentivar la inserción laboral de las personas con discapacidad, con un conjunto de medidas legislativas favorecedoras, tanto desde el punto de vista contractual como económico, que tratan de conseguir mayores índices de acceso al empleo para este colectivo.

Es así cómo se ha reconocido el carácter eminentemente privilegiado del empleo protegido a través del refuerzo de los Centros Especiales de Empleo, ampliando más recientemente sus posibilidades de actuación empresarial a través de la figura de los enclaves laborales; se han reforzado las acciones económicas dirigidas a incentivar su contratación, como lo demuestran no solo el vigente plan de empleo, sino también las innumerables disposiciones legislativas de las Comunidades Autónomas con la misma finalidad, articulando incluso especiales acciones a favor de su contratación siquiera de forma temporal; y desde un punto de vista institucional no faltan planes generales en pro de la igualdad de las personas con discapacidad. Debiéndose reconocer, no obstante, cómo muchas de estas actuaciones no son más que respuesta a un claro impulso que desde los últimos años se viene expresando en el seno de la UE a través de todo un conjunto de instrumentos, medidas y actuaciones en fomento de la integración sociolaboral de las personas discapacitadas.

Y todo ello ha supuesto un importante paso cuantitativo y cualitativo por la efectividad de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Ahora bien, sin dejar de valorar su importancia, no ha resultado suficiente. Las personas con discapacidad se han contemplado como un colectivo más que atender entre los que se encuentran con dificultades de acceso al empleo, aun considerando que sus problemas de inserción derivan de su presumible falta generalizada de formación profesional y de una ausencia de total capacidad que presumiblemente también les

1 En extenso sobre el origen y desarrollo de este modelo social, vid. A. Palacios y F. Bariffi, "La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". Ed. Cinca, Madrid 2007, Págs. 19 ss.



impide dar respuesta satisfactoria a las exigencias productivas y de rendimiento en el ámbito empresarial.

Pero de nuevo, el planteamiento sigue estando eminentemente focalizado en la persona del trabajador con discapacidad: si no está suficientemente formado, se le garantiza cuanto menos el acceso a acciones formativas particularizadas; si aun así puede no responder satisfactoriamente a las expectativas del empresario, se intenta que a éste le resulte al menos compensable económicamente su contratación; y si esto último tampoco proporciona resultados positivos en orden a su empleabilidad, se amplían las posibilidades de su actividad laboral en el ámbito del empleo protegido, a través particularmente de los Centros Especiales de Empleo.

A este planteamiento respondían, aun con toda su vigencia, los postulados básicos de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido (LISMI), cuyos contenidos ciertamente se dirigen a favorecer la inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y con previsiones referidas tanto a la asistencia social, como a la formación, contratación y básica y primordialmente al apoyo de los Centros Especiales de Empleo.

Como se ve, todo el planteamiento de garantizar la igualdad de las personas con discapacidad en el ámbito laboral se concentran en estos aspectos puramente externos de accesibilidad a un puesto de trabajo, sin ir más allá, sin extender la exigencia de efectividad de tal igualdad en el seno mismo de la organización empresarial, como si todos los posibles problemas de discriminación se limitaran al momento de acceder al empleo y bastando para solucionar cualquier otra cuestión que pudiera suscitarse en relación con los trabajadores con discapacidad, una vez empleados, a través del alcance propio de las declaraciones habituales contenidas en la legislación laboral acerca de la prohibición de discriminación en las condiciones laborales por razón, en este caso, de discapacidad.

Y sin embargo, la prohibición de discriminación en el seno de la relación laboral, tratándose de personas con discapacidad, exige principalmente una mayor garantía de corrección en el ejercicio regular de las facultades directivas del empresario, y más concretamente en aquellas de sus manifestaciones de especial incidencia sobre la prestación individual de trabajo. En este sentido, es cierto que cuando el empresario actúa facultades en orden, por ejemplo, a la composición de la plantilla, la distribución del personal, el control de la producción, la determinación de los rendimientos, el horario de trabajo, las modificaciones de métodos, los cambios de funciones, etc., está ordenando una prestación del trabajo dirigida a la obtención de un nivel adecuado de productividad, basado en la utilización óptima de los recursos humanos y materiales, y que tiene como pieza clave una idónea adecuación del trabajador al puesto de trabajo, traducido en términos de una capacitación y formación de aquél suficiente y necesaria para desarrollarlo en condiciones tales que permita obtener el resultado propuesto. Pero a la vez, esa adecuación debe responder a las exigencias de una correcta participación y ejercicio de sus derechos, por parte del trabajador, en el seno de las relaciones laborales: ha de permitirle responder a



los requerimientos profesionales y productivos de su puesto de trabajo, en condiciones de normalidad, sin que se le exija un indebido o excesivo aporte personal que pudiera redundar negativamente en su integridad física o psíquica; bajo dichos parámetros esa adecuación debe permitirle obtener una contraprestación económica acorde al aporte laboral realizado, así como satisfacer sus propias expectativas de estabilidad y promoción profesionales, etc.

Unas consideraciones que se hacen aun más patentes en relación con los trabajadores discapacitados por cuanto la discapacidad no puede ser causa de situaciones de discriminación en el seno de la relación laboral ya sea desde un punto de vista positivo como negativo, o si se quiere desde una vertiente tanto directa como indirecta. En otros términos, la discapacidad no puede ser el factor que motive decisiones empresariales que incluso, aparentemente neutras, tengan como consecuencia negar al trabajador discapacitado la efectividad de sus derechos laborales; pero a la vez, la discapacidad actúa como factor que ha de modular el ejercicio de los poderes empresariales, dirigiendo algunas de sus manifestaciones en el sentido positivo de adoptar aquellas decisiones que permitan garantizar una igualdad efectiva en el ámbito de la prestación laboral, y entre ellas, como punto de partida clave, el efectuar una correcta adecuación entre el trabajador con discapacidad y el puesto de trabajo a desarrollar, por cuanto constituye la premisa ineludible a partir de la cual poder garantizar al menos la igualdad de condiciones prestacionales en relación con el resto de los trabajadores en la empresa.

Y este aspecto positivo de la exigencia de no discriminación en el seno de la relación laboral prestada por un trabajador con discapacidad, es el que no ha sido atendido suficientemente desde la ordenación jurídico laboral por cuanto tan solo se ha percibido entre nosotros, tradicionalmente, desde la óptica prevencionista, es decir, contemplando indirectamente la necesaria adecuación del trabajador al puesto de trabajo como una obligación empresarial deducible de su genérico deber de vigilancia, y con un alcance subjetivo general, sin particulares especificaciones tratándose de personas con discapacidad.

En efecto, las previsiones contenidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) responden en esencia a un modelo médico de la discapacidad, configurando la adaptación del puesto de trabajo como un mecanismo de prevención de anomalías físicas o psíquicas para el colectivo de personas con discapacidad, como también lo es para otros colectivos que ocasional o puntualmente pueden sufrir riesgos derivados de una falta de adaptación (mujeres embarazadas, lactantes y menores).

No es un principio de igualdad o de no discriminación lo que late en esas previsiones que, generalmente desde la LPRL, imponen al empresario la obligación de cuidar por una correcta adecuación de la persona al trabajo desempeñado. Antes bien, y como posteriormente se destacará, no son más que especificaciones de su genérica obligación de vigilancia de la salud de los trabajadores, cualificada en este caso por tratarse de personas con ciertas condiciones y por ello con mayor vulnerabilidad a factores de riesgo derivados del trabajo.



Por el contrario, la exigencia de una adaptación del puesto de trabajo que permite esa necesaria adecuación, ya desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación en el entorno laboral, y en consecuencia como expresión de un modelo social en el tratamiento de la discapacidad, sí que es posible deducirla de las previsiones contenidas en la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En consecuencia, dedicaremos las siguientes líneas en primer lugar a destacar la necesidad de adaptación del trabajador discapacitado a su puesto de trabajo desde el particular planteamiento previsionista deducido de la LPRL, para a continuación señalar la corrección o complemento al mismo derivado de las exigencias de igualdad de la Directiva y su más directa expresión, en lo que al tema nos atañe, de los ajustes razonables, para finalizar contextualizando la necesidad de una correcta adaptación del puesto de trabajo para la persona con discapacidad dentro de un enfoque general de prohibición de discriminación en las condiciones laborales y como exigencia misma derivada de la propia contractualización de la relación laboral.

No obstante, y con carácter previo, debe tenerse en cuenta que el concepto de persona con discapacidad o de trabajador discapacitado que aquí se va a manejar no resulta en modo alguno coincidente con la delimitación que como tal se hace desde el sistema de Seguridad Social o desde ciertos planes públicos de incentivos a la contratación (por referencia al reconocimiento de un grado de discapacidad mínimo del 33%) Ciertamente es que la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, procede a delimitar a las personas con discapacidad, a los efectos de dicha ley, como aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%, no resistiendo a la crítica el hecho de que una ley que pretende establecer una protección antidiscriminatoria supedita tal protección a un determinado porcentaje de discapacidad declarada y por ello siguiendo aun los dictados propios de un modelo médico en el tratamiento de la discapacidad². Frente a ello, y precisamente por ello, se acoge aquí una delimitación amplia y básica de persona con discapacidad, tal y como se recoge en la reciente Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, adaptadas el 13 de diciembre de 2006 en la Asamblea General de la ONU, entendiéndose por tales aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo...” (art.1) En consecuencia bajo este concepto, y situándonos en el más estricto ámbito laboral, se parte aquí de considerar como trabajadores discapacitados no solo los que acceden al empleo con una discapacidad de origen, sino también aquellos que



2 Se coincide así con la crítica efectuada en tal sentido por A. Palacios y F. Bariffi, “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos”, op.cit., págs.70-72, destacando particularmente la necesidad de distinguir en materia de derechos de las personas con discapacidad, aquellos derechos de prestaciones sociales, de aquellos derechos antidiscriminatorios. Respecto de los derechos de tipo prestacional, resulta más lógico una determinación médico-técnica del grado de minusvalía a los efectos de gozar de tales beneficios. Sin embargo, respecto de los derechos antidiscriminatorios la condición de discapacidad debería ser lo más amplia y flexible posible, a los fines de facilitar la inclusión de la mayoría de las situaciones posibles de discriminación”.

de forma sobrevenida sufren una merma de su capacidad, tengan o no unos u otros un reconocimiento oficial de discapacidad, por cuanto es común el factor de discapacidad que debe ser evitado como elemento de discriminación, con independencia de que sea el tratamiento individualizado, caso por caso, y en atención a la concreta merma que presentara el trabajador en relación con el específico puesto de trabajo a desempeñar, el que determine cuales sean las medidas de ajuste y adaptación que hubieran de adoptarse en el seno de la empresa.

II. La adecuación al trabajo desde una óptica prevencionista

Situándonos primariamente en el ámbito de la necesaria y adecuada protección de los trabajadores ante riesgos derivados del trabajo, es forzoso reconocer su dependencia de múltiples y variables factores conectados particularmente con el desarrollo de una concreta actividad, de un específico puesto de trabajo, de las especiales condiciones en que éste se preste, de los sistemas de organización del trabajo, de las modificaciones operadas en los mismos, de la introducción de nuevas tecnologías, etc. Por ello, los mecanismos o instrumentos de protección no pueden delimitarse únicamente a través de la óptica de la previsión por el empleador y el cumplimiento por los trabajadores de las medidas personales de protección, o del conocimiento particularizado de los posibles riesgos a los que puedan estar sometidos en la prestación de trabajo, o de la asistencia a genéricos cursos de formación, o finalmente a través de una actividad controlada e inspectora por organismos específicos acerca del cumplimiento de las disposiciones legales en general, o de los sistemas de protección en la empresa, en particular.

Es cierto que todas estas medidas tienen como indudable punto común su encuadre en un genérico marco prevencionista de riesgos laborales, si bien su vertiente individual no se ha sabido resaltar convenientemente por referencia no solo y exclusivamente a la persona del trabajador como sujeto obligado al cumplimiento de ciertos deberes al respecto, sino también y conjuntamente en relación al concreto puesto de trabajo, a sus características y a las condiciones laborales y medioambientales en las que se presta. Y esta consideración que tiene un alcance general por referencia a cualquier trabajador, muestra su cara más evidente tratándose de los trabajadores que presentan algún tipo de discapacidad. Por ello, más que hablar de genéricas condiciones de seguridad y salud en la empresa, habría de atenderse a las exigencias de salud laboral propias de cada puesto de trabajo, siendo además éste el que en definitiva condiciona y predetermina cuales sean dichas exigencias particulares. Con ello quiere aludirse a que un idóneo sistema de salud laboral, hablando al menos en términos de suficiencia para garantizar el derecho del trabajador a una protección eficaz, depende en buena parte de la correcta adecuación del trabajador al puesto de trabajo, pero contemplada no solo desde la óptica de una estructurada clasificación profesional, sino también desde la perspectiva de una capacitación y formación que, unido a sus características personales, le permita desarrollar un concreto puesto de trabajo sin riesgo alguno para su salud e integridad.



Ahora bien, esta adecuación del trabajador al puesto de trabajo, desde el punto de vista de una efectiva protección frente a posibles riesgos que puedan derivarse por el ejercicio de la prestación laboral, no ha sido valorada suficientemente en relación con ciertas actuaciones permisibles y/o exigibles al empresario en el ejercicio de sus facultades directivas y organizativas. Cierto es que se impone sobre el empresario el deber de conseguir y garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art.14.2 LPRL) y que como uno de los principios básicos de aplicación de ese deber empresarial de prevención se menciona expresamente el “adaptar el trabajo a la persona” [art.15.1.d) LPRL] Ahora bien su traducción normativa se ha expresado básicamente en medidas de protección de signo eminentemente técnico, acompañadas de meros deberes de información particularizada a cada trabajador sobre los riesgos concretos de su puesto de trabajo así como de la debida formación en materia preventiva.

Obsérvese por ejemplo cómo el mismo art.15 LPRL, tras la mención a esa adaptación del puesto de trabajo, alude de forma intencionada, y como contenido de tal principio de forma particular, a “la elección de los equipos y métodos de trabajo y de producción, con miras a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud”. Por su parte, la alusión también a “la concepción de los puestos de trabajo” como expresión del mismo principio de adaptación bien pudiera acoger, dada su amplitud conceptual, acomodaciones de tipo organizativo, aun cuando resulta más que presumible su referencia a cuestiones técnicas o estructurales.

Más allá de la mención a estos deberes y principios generales de protección, el art.25 LPRL, dedicado expresamente a la “protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos” pareciera el lugar lógico y sistemático para haber situado una mayor concreción de las implicaciones de la adaptación de los puestos de trabajo tratándose particularmente de los trabajadores con discapacidad. Sin embargo, las alusiones a ellos contenidas en el apartado 1º de tal precepto se reducen nuevamente a un aspecto ciertamente básico de la adaptación, pero en todo caso limitado, cual es la no asignación a puestos que pudiera ponerles en situación de peligro, lo que sin duda no es más que una concreción del deber general de protección del empresario en relación con los trabajadores que presenten alguna discapacidad, tal y como por lo demás se ocupa de precisar el mismo art.25.1³.

Ahora bien, la LPRL no es la única norma que de algún modo acoge la necesidad de adaptación de puestos de trabajo para las personas con discapacidad desde esta óptica prevencionista. Concretamente, el art.12 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores

3 “El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección adecuadas”



minusválidos, recogía en un primer momento la posibilidad de que las empresas que contrataran a trabajadores con discapacidad pudieran solicitar subvenciones destinadas a la “adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador minusválido contratado”. Una previsión que posteriormente, y por obra del RD 170/2004, de 30 de enero, fue, por un lado, limitada a los casos de contratación exclusivamente mediante contrato indefinido, como si la permanencia temporal de un trabajador discapacitado en una empresa no le hiciera sujeto de los mismos riesgos y que pudieran de alguna manera paliarse por una adecuada adaptación individual; y por otro, ampliando el fin de las ayudas igualmente a la “eliminación de barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los trabajadores discapacitados”, cuando sin embargo este añadido nada aporta de novedoso a una concepción de la adaptación desde el punto de vista de la protección y de marcado carácter técnico y medioambiental. En todo caso, las condiciones en las que se han de procedimentalizar las ayudas por adaptación, requiriendo especialmente el informe favorable de la Inspección de trabajo, y la escasa cuantía de las mismas⁴, convierten a estas ayudas en prácticamente infrautilizadas e ineficaces para los fines pretendidos de incentivo a la contratación.

Consiguientemente, fuera del alcance de estas especiales medidas de protección hacia las trabajadoras con discapacidad, al menos en su expresividad normativa, quedan otro tipo de actuaciones que habrían de ser igualmente manifestaciones del principio general de adaptación del puesto de trabajo, como son la debida asignación al puesto que más se adecue a su situación personal, la modificación de las condiciones operativas del mismo y la propia reorganización del trabajo, por lo que se refiere fundamentalmente a la determinación de los ritmos y horarios laborales. Y sin embargo son estas otras medidas las que no se han especificado de forma particular en relación con este colectivo de especial sensibilidad a los riesgos laborales, como componentes ineludibles y necesarios para garantizar esa correcta adaptación del puesto al trabajador.

Solo en última instancia, a través de la planificación de riesgos que igualmente compete como deber al empresario, pudiera exigirse una especial atención a todos los aspectos relacionados con la adaptación al medio de trabajo, y de forma particular para los trabajadores discapacitados cuyas condiciones personales puedan conducir a una mayor peligrosidad de faltar precisamente tal adaptación.

En todo caso, la ausencia de concreción normativa sobre aspectos ligados a la adecuación del trabajo que vayan más allá de los aspectos técnicos o estructurales, y que obliguen al empresario a efectuar determinadas medidas de adaptación desde el punto de vista organizativo y funcional, no es más que prueba de una clara reducción efectuada por la norma del mecanismo de la adaptación como medida preventiva: para evitar riesgos al trabajador debe procederse básicamente a una correcta asignación del puesto y a

4 Por un importe máximo de 901 euros por trabajador discapacitado contratado, tal y como se recoge en la Orden de 13 de abril de 1994, por el que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, establecidos en el Capítulo II del RD 1451/1983.

dotarle de las medidas individuales de protección, y a lo sumo efectuar un seguimiento particularizado de la efectividad de tales medidas desde el punto de vista preventivo.

Por el contrario se trataría en última instancia de reclamar para los trabajadores con discapacidad la aplicación de similares medidas de adaptación que las previstas para las mujeres trabajadoras embarazadas o lactantes cuando se constata idéntico punto de partida, esto es, la incompatibilidad del puesto de trabajo con la situación personal que presente el trabajador, de modo que permita igualmente exigir también para los trabajadores discapacitados una adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo, si ya no con un carácter esencialmente provisional, como se prevé para las mujeres embarazadas o lactantes, sí obviamente por el tiempo que resultara necesario para garantizar dicha adecuación y adaptación como medida de protección.

En cualquier caso, y como se observa, las implicaciones deducidas o que pudieran deducirse del principio de adaptación contemplado en el art.15 LPRL se sitúan precisamente en ese plano prevenciónista de marcado carácter técnico o estructural que en definitiva permite extraer como consideración general su incardinación en ese modelo médico que trata de efectuar las correcciones externas más evidentes en el ámbito de inserción de la persona con discapacidad, en este caso en el entorno laboral, como medida de protección de su salud e integridad.

III. La adaptación del puesto de trabajo desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación: el concepto de ajustes razonables desde la Directiva 2000/78

Uno de los mayores valores que presenta la Directiva 2000/78 es precisamente una inversión de los planteamientos y de la estrategia a seguir, tras reconocer cierto fracaso en las iniciativas anteriores a favor de la inserción laboral ante la “frecuencia de la discriminación por discapacidad”, tal como se admitía en la exposición de motivos de la propuesta misma de la Directiva, y que sigue situando a las personas con discapacidad entre los colectivos de mayor desventaja o desfavorecimiento en el mercado de trabajo.

El aporte pues de la Directiva es la identificación, como factores de discriminación por discapacidad en este ámbito, no tanto la escasez de puestos de trabajo o la falta de formación profesional de los discapacitados, sino antes bien la existencia de lugares y puestos de trabajo inadecuadamente adaptados y el diseño inapropiado de la organización del trabajo.

De este modo, las barreras y obstáculos que impiden de hecho la plena integración laboral de las personas con discapacidad no se sitúan en el aspecto externo del acceso al mercado de trabajo, a afrontar con toda una serie de medidas económicas de incentivación de la contratación de este colectivo. Por el contrario, los factores que siguen provocando hoy



por hoy la discriminación y el trato desigual de los discapacitados en el empleo son de índole interna, si se quiere estructural, en el seno de las empresas, por cuanto sigue sin ofrecerse en el ámbito empresarial un ajuste razonable de las necesidades y capacidades de las personas con alguna discapacidad.

Y éste es el mayor valor y la especial novedad que en tal aspecto presenta la Directiva: la identificación de estos factores internos que impiden la igualdad de las personas con discapacidad en el acceso y mantenimiento del empleo, y la delimitación de las medidas de acción y lucha contra los mismos, entre los que sin duda merece un papel relevante el concepto de los ajustes razonables.

Así, por un lado, por cuanto la Directiva se ofrece como marco general para luchar contra la discriminación y para conseguir la aplicación en los Estados miembros del principio de igualdad, procede inicialmente a conceptualizar los supuestos de discriminación tanto directa como indirecta. Por referencia a ésta última, se señala que existirá “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, *con una discapacidad*, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas”.

No obstante, en el mismo precepto se formulan dos excepciones que permiten obviar la consideración de discriminación indirecta prohibida: una de carácter general, por referencia a cuando pudiera estar objetivamente justificada en atención a una legítima finalidad y a una adecuación y necesidad de los medios empleados; y otra de índole más subjetiva al quedar afectada únicamente a las personas discapacitadas, pero que en última instancia no es más que una especificación de la anterior respecto de estos sujetos: cuando el empresario estuviera obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar las medidas adecuadas previstas en el art.5 para eliminar las desventajas de las personas con discapacidad. Precepto que precisamente se refiere a la necesidad de realizar “ajustes razonables” a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades.

En una singular formulación de la acción positiva, la Directiva recoge la vieja noción de los ajustes razonables a favor de los discapacitados que ya fue elaborada inicialmente por la ONU en sus Normas Uniformes para la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad⁵, y retomada por la UE en una Comunicación de 1996⁶, si bien con notables diferencias. En efecto, en el texto de la ONU tal noción refería a la necesidad de ajustes razonables en el seno de las empresas, tanto desde el punto de vista estructural como organizativo, para dar cabida al empleo de las personas discapacitadas; mientras que en el texto de la Comunicación de 1996 la noción de ajustes razonables refería a la necesidad de introducir cambios en las legislaciones, programas y políticas nacionales cuando ello fuera necesario y “razonable” para propiciar la plena integración de los discapacitados en

5 Aprobadas por Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993.

6 Comunicación sobre la igualdad de oportunidades y no discriminación en materia de discapacidad de 30 de julio de 1996. COM (96) 406 final.



la sociedad y garantizar así la igualdad de oportunidades de los mismos. Ahora bien, con independencia de los compromisos que, en virtud de dicha noción, asumieran los Estados a la hora de formular y revisar sus políticas en atención a las necesidades de las personas con discapacidad, la Directiva 2000/78 retoma la noción de los ajustes razonables en el sentido descrito en la ONU, y hace de los empresarios los sujetos obligados a los ajustes razonables para estas personas, esto es, a tomar “las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada 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” (art.5)

Ciertamente, como se señala en su parte expositiva, la Directiva no tiene como objetivo imponer una obligación directa a contratar, ascender, mantener en el empleo o facilitar formación a una persona que no esté capacitada para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de trabajo o para seguir la formación dada, pero “sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad” (Consideración 17^a), de modo que estos ajustes aparecen supuestamente como una excepción, que únicamente afecta a las personas con discapacidad, a la libertad operativa que en el ámbito de la contratación, promoción o formación reside en el seno de las empresas y en última instancia en los mismos poderes empresariales de organización y dirección.

Por otro lado, esta obligación dirigida a los empresarios de efectuar tales ajustes, obviamente no se impone de forma directa por parte de una Directiva que se ofrece como marco general, y que en consecuencia compete a los Estados miembros a adoptar sus directrices a través, en su caso, de las correspondientes reformas legislativas que al respecto pudieran imponer al empresario dicha obligación de ajustes, tal y como además se especificaba en el art.2 al señalar “de conformidad con la legislación nacional” como fuente próxima de la obligación de adoptar dichas medidas. Sin embargo, en esta labor que competiría a los Estados miembros, la Directiva proporciona una serie de elementos que hasta cierto punto podrían flexibilizar la exigencia de tales ajustes.

El primero de ellos es de índole negativa por cuanto no se especifica en la Directiva el alcance y el contenido de dichos ajustes, es decir, la naturaleza de las medidas adecuadas que permitan el acceso al empleo, el mantenimiento en el mismo, la progresión profesional y la formación de los trabajadores con discapacidad. En una primera aproximación, tales medidas de ajuste tanto podrían ser de carácter estructural como de índole organizativa: las primeras, por referencia básicamente a aspectos físicos de accesibilidad y de adecuación de las instalaciones empresariales y de los medios técnicos de producción a las concretas discapacidades de las que pudieran adolecer los trabajadores; y las segundas, generalmente referidas a la consideración de la discapacidad en la formulación de sistemas de selección de personal, de coberturas de puestos de trabajo (incluidos, incluso, cupos de reserva para discapacitados), de promoción o ascensos, de acceso a programas o cursos de formación profesional promovidos o financiados por la empresa para su propio personal, de ritmos o pautas de trabajo, así como de criterios de determinación de personal excedente a efectos de procedimientos de regulación de empleo.



La adopción de medidas de ajuste en razón de la discapacidad podría tener tanto uno como otro sentido, o ambos conjuntamente. De hecho, en la propuesta modificada de Directiva⁷ se entendían como ajustes razonables aquellas “medidas eficaces y prácticas destinadas a adaptar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, mediante la adecuación de locales o la adaptación de los equipos, los ritmos de trabajo, la distribución de las tareas o la oferta de medios de formación o asistencia”, expresando así una variedad y distinta naturaleza de las posibles medidas a adoptar, si bien, y más allá de exigencias medioambientales, quedan más que evidentes aquellas otras de adaptación y adecuación funcional del trabajo a la discapacidad del trabajador. Ciertamente es que compete a los Estados miembros la tarea de perfilar, en el marco de esta generalidad y amplitud de posibilidades, el contenido de las obligaciones empresariales al respecto. Pero sea cual sea la orientación interna nacional en tal sentido, no es posible desconocer que los ajustes requeridos no pueden quedar limitados únicamente a aspectos estructurales o externos, sino que deben ser completados, cuando así fuera necesario, con otros de índole interno más ligados a cuestiones de naturaleza funcional y organizativa en el ámbito empresarial.

Y esta consideración no debe en modo alguno quedar minusvalorada por cierta interpretación restrictiva que pueda ver en los términos de la Directiva una preferencia por aquellas medidas de ajuste que implicaran un coste económico y por ello más cercanas a las de carácter estructural. Precisamente es en tales términos donde se percibe el segundo elemento de flexibilidad que se apuntaba.

En efecto, tras la expresión de la existencia de estas medidas de ajuste, el art.5 de la Directiva introduce una circunstancia de excepcionalidad a la misma que viene en definitiva a concretar el calificativo de “razonables” que se acompaña al requerimiento de los ajustes. En concreto, los empresarios no se verán obligados a adoptar tales medidas cuando “supongan una carga excesiva” para los mismos. Ciertamente es que no se incorpora conjuntamente ningún elemento económico de referencia, aun cuando también es posible deducir de la propia Directiva que tal excepcionalidad queda referida particularmente a aquellos ajustes que puedan traducirse en un coste económico para los empresarios a la hora de contratar a trabajadores con discapacidad, esto es, a medidas de accesibilidad y adecuación de los medios empresariales a la discapacidad de los trabajadores. De hecho, la orientación de la Directiva en tal sentido queda reflejada, si no en el texto aplicativo, sí al menos en el expositivo, al identificarse entre sus consideraciones iniciales tanto la naturaleza básicamente estructural de las medidas de ajuste, como las implicaciones de índole económica que las mismas pudieran revestir.

En concreto, en la Consideración 20ª de la Exposición de Motivos de la Directiva se apunta la necesidad de adoptar “medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones,

7 Propuesta presentada por la Comisión el 12 de octubre de 2000 [COM (2000) 652 final]

equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”, para continuar señalándose en la Consideración 21ª los criterios para determinar si tales medidas pudieran dar lugar a una carga desproporcionada: los costes financieros y de otro tipo que impliquen, el tamaño, recursos financieros y el volumen total de negocios de la empresa, y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

Así pues, dicha razonabilidad económica ha de entenderse referida por lo general a aquellos ajustes de naturaleza estructural que de un modo más evidente y directo suelen traducirse en un coste económico para los empresarios, hasta el punto de modular su exigibilidad última. Pero esta excepcionalidad no habría de alcanzar en consecuencia a otro tipo de medidas que inicialmente o al menos aparentemente no se aducen como principal factor de coste, como son las de tipo funcional u organizativo: la asignación de trabajadores discapacitados a puestos de trabajo adecuados, la determinación particularizada de ritmos y exigencias de producción, el establecimiento de mecanismos de seguimiento y progresión en la prestación laboral del trabajador, etc.

En todo caso, la razonabilidad de las medidas de ajuste, ponderada en atención a su razonabilidad económica, no resiste la crítica de someter algo tan fundamental como es la garantía de un principio de igualdad de trato a elementos economicistas y financieros de supuestas cargas que en todo caso deben ser valoradas puntualmente y conforme a criterios idóneos de estimación. Quizá por ello, y al margen de la referencia a estos criterios posibles contenida en la Consideración 21ª, el propio art.5 de la Directiva deja en manos de los Estados miembros la responsabilidad última en la exigibilidad de estas medidas de ajuste o en su excepcionalidad, al enfatizar que “la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”. En consecuencia, no cabría alegar unas cargas excesivas, para excepcionar la obligada adopción de medidas de ajuste, si se han dispuesto actuaciones a nivel nacional para paliar dichas cargas de forma “suficiente”.

La inicial indeterminación de este último adjetivo habría de nuevo de ser solventada por los propios Estados miembros a la hora de formular y articular a nivel interno, no solo las obligaciones para los empresarios de adoptar esas medidas de ajuste, sino también los recursos de apoyo económico a las mismas, así como los criterios para ponderar su suficiencia en relación con las cargas que implicaran para los empresarios.

Y sin embargo, la respuesta española no solo a la obligada transposición de la Directiva, sino también a la requerida necesidad de perfilar los términos conceptuales y operativos de esos ajustes razonables, ha resultado ser más que limitada. Por un lado, la transposición se ha efectuado de forma parcializada y localizada, de modo que hoy por hoy no se cuenta con una norma que expresamente se declare como transposición de la Directiva, procediéndose por contra únicamente a incorporar aquellos contenidos de la Directiva que no tenían acogida en la normativa española. En este sentido, la Ley 51/2003, de 2



de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, va más allá de la perspectiva originaria de la Directiva delimitada en el ámbito del empleo, para tener un alcance más global y transversal en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social. Por otro lado, y como efecto de esta ausencia de normativa de transposición, se ha procedido únicamente a incorporar en las normas nacionales ya existentes, aquellos contenidos de la Directiva que no tenían expresa traducción. Así ha sucedido concretamente con las previsiones referidas a los ajustes razonables. De hecho, se aprovechó la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, para incorporar un nuevo artículo 37 bis en la LISMI que acogiera la referencia de la Directiva, aun sin mencionarla expresamente, a los ajustes razonables⁸. Ahora bien, su expresividad, casi reproducción literal de los términos de la Directiva, sin el acompañamiento de un cuadro de exigibilidad y concreción de los términos en los que debe operar la adopción de medidas de adaptación del puesto de trabajo, así como de las consecuencias derivadas de la no adopción de tales medidas cuando fueran necesarias (por ejemplo si habría de considerarse como una forma de discriminación directa o indirecta, o según las circunstancias⁹), o incluso la determinación de cuales sean los parámetros de la razonabilidad de los ajustes o a quien competiría medirla, deja en simple letra muerta, y vacío de contenido, un elemento que en la Directiva aparecía como factor prioritario para evitar situaciones de discriminación en el acceso y mantenimiento del empleo para las personas con discapacidad.

Por otra parte, el concepto de ajustes razonables que se acoge en la Ley 51/2003, resulta cuanto menos lógico dentro de su planteamiento general y global, y por ello acusando un marcado componente estructural y medioambiental¹⁰. Al no efectuarse por parte de esta ley ninguna concreción de sus contenidos en el ámbito estrictamente laboral, los sujetos

-
- 8 El apartado 2º de este nuevo art.37 bis de la LISMI señala: "Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa".
 - 9 De hecho, en el primer borrador de Directiva, el incumplimiento de esta obligación de ajustes razonables se consideraba explícitamente como una forma de discriminación (ex art.2). Una precisión que, en el curso de las negociaciones, fue eliminada del texto final de la Directiva.
 - 10 Concretamente, en su art.7, apartado d) se definen los ajustes razonables, como "las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Para determinar si una carga es o no desproporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda"

obligados a los ajustes que menciona quedan absolutamente imprecisos, si por tales quisieran incluirse a los empresarios, preocupándose más por su definición global como medida contra la discriminación que por su concreción objetiva y subjetiva en aquellos ámbitos donde la discriminación por razón de discapacidad pudiera exigir la operatividad de tales ajustes razonables.

Así pues queda absolutamente indefinido tanto desde la Ley 51/2003, como desde el nuevo art.37 bis de la LISMI, que los empresarios tengan la obligación de proceder a determinados ajustes, unido a que no se concretan los términos de la excepcionalidad, por referencia a cuándo son razonables, y sin embargo sí que queda más que meridianamente claro por un lado, su dependencia de criterios de proporcionalidad, por cuanto no se concreta cuándo una medida de adaptación es razonable, pero sí cuando es proporcionada o no; y por otro lado, que se tratan de medidas externas, técnicas o medioambientales que pueden suponer unos costes y cuya adopción viene en consecuencia medida por parámetros económicos, y en definitiva compensables de alguna manera con medidas de tal naturaleza que existieran o pudieran existir en su previsión normativa.

A priori no es difícil imaginar que tales medidas nacionales habrían de responder a ese amplio catálogo de ayudas, subvenciones, exenciones fiscales o incentivos destinados ya tradicionalmente en la práctica de muchos Estados, y particularmente en España, a fomentar e impulsar no solo la contratación, mantenimiento del empleo y formación profesional de los discapacitados, sino también a la accesibilidad y acondicionamiento de los lugares de trabajo en función de la discapacidad, tal y como particularmente se recogen en el RD 1451/1983 y en la Orden de 16 de octubre de 1998, cuya escasa cuantía, apenas actualizada, y su no sencilla tramitación, quizás sean las causas que expliquen su notoria infrutilización. Pero se insiste en que la adaptación de alguna manera subvencionada por este tipo de ayudas económicas es de tipo estructural o medioambiental, al margen de que los costes que una adaptación pudiera implicar en determinados casos probablemente no serían cubiertos en modo alguno por ayudas económicas tan reducidas. Y en todo caso quedan fuera del alcance material de tales ayudas aquellas otras medidas de adaptación de naturaleza organizativa (como reasignación de tareas, determinación de tiempos o rendimientos, etc.) y en consecuencia tales medidas se resisten más a ser moduladas o condicionadas a los parámetros propios de una carga excesiva para el empresario. Por ello la exigibilidad de tales medidas de adaptación difícilmente puede excepcionarse en virtud de factores de coste, por lo que su adopción por el empresario debe plantearse desde la estricta óptica de la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en la relación laboral, y de su proporcionalidad, razonabilidad y adecuación a tal fin.



IV. La adaptación del puesto de trabajo como exigencia derivada de las implicaciones de la prohibición de discriminación en la relación laboral.

Aun contemplando la necesidad de una adaptación del puesto de trabajo al trabajador con discapacidad desde una perspectiva prevencionista, no debe olvidarse que la responsabilidad del empresario de garantizar la salud e integridad física del trabajador encuentra su origen y fundamento último en el mismo contrato de trabajo¹¹.

En efecto, la incardinación del trabajador en una organización productiva a través del vínculo contractual, atrae hacia el empresario (ex art. 4 ET), como sujeto ordenador y responsable de la misma, el deber de conseguir y garantizar para el trabajador un medio de trabajo seguro y saludable, obligando pues al empresario a actuar medidas de protección concretas que no solo o exclusivamente deben tener una naturaleza técnica o estructural, sino también aquellas otras de índole organizativa que fueran precisas adoptar para evitar las consecuencias negativas que pudieran derivarse de una indebida adecuación del trabajador al puesto de trabajo: desde la no asignación de un trabajador a determinadas tareas, pasando por una modificación en las condiciones en las que debe llevarse a cabo la prestación laboral, hasta incluso la necesidad de cambiar de puesto de trabajo. Exigencias que gravitarán en consecuencia sobre las facultades directivas y organizativas del empresario y su ejercicio en torno a la determinación de la prestación de trabajo, conformando en suma unos deberes que pueden considerarse como manifestación de una atención individualizada hacia la persona del trabajador y como expresión de una “obligación contractual de protección”¹².

De hecho el propio art.20.3 ET alude a la capacidad real de los trabajadores disminuidos como modulador de las medidas de control y vigilancia del cumplimiento de la prestación laboral que fuera a adoptar el empresario. Pero existe también otra lectura inversa, de modo que la misma capacidad real de tales trabajadores también debe modular las condiciones en las que debe cumplirse la prestación laboral. No ha de servir únicamente a efectos del control externo del cumplimiento debido de la prestación, sino que debe servir igualmente para adoptar un control interno de la adecuación de tal prestación a la capacidad real del trabajador.

Pero junto a todo ello, el mismo art.4 ET es expresivo de la existencia de una obligación contractual de igualdad que recae sobre el empresario. De hecho, su apartado c) *in fine* declara como derecho básico de los trabajadores no ser “discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de

11 Como ya destacó GONZALEZ ORTEGA, S., “Derecho a la salud y control de los trabajadores”, Relaciones Laborales nº 6-7, 1990, pág. 241, “tal deber de seguridad no existiría siquiera si no existe, previamente, un vínculo contractual que lo haga posible, imputándolo como obligación a un concreto empresario en relación a un determinado trabajador”.

12 Cfr. APARICIO TOVAR, J., “Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo”, REDT nº 49, 1991, pág.727



aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate". Con tal redactado pudiera pensarse que acoge esencialmente a aquellos trabajadores que estando ya empleados en la empresa adolecen con posterioridad de algún tipo de disminución en su capacidad de origen; sin embargo el alcance de esta prohibición es de mayor calado por cuanto también cubre a quienes ya presentan discapacidades "ad origine" y fueran contratados por la empresa, de modo que precisamente la discapacidad no puede derivarse en un factor de discriminación.

El planteamiento pasa pues por determinar cuales serían los requerimientos exigidos para garantizar precisamente que las personas con discapacidad no sean objeto de discriminación como sujetos de una relación laboral, y si entre tales requerimientos se encuentra la obligación del empresario de adoptar medidas de adaptación del puesto de trabajo a la persona del trabajador discapacitado.

En este sentido, otra de las particulares aportaciones de la Directiva 2000/78 ha sido la definición de los conceptos de igualdad y no discriminación en relación con el factor de la discapacidad, incluso en el entorno del empleo, y que han sido asumidos en mayor o menor medida en la legislación española a través de las correspondientes normas que han operado cierta transposición de aquellos.

En efecto, entendiendo el principio de igualdad de trato como "la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados" en la misma Directiva, entre los que se encuentra la discapacidad, se procede en su art.2 a delimitar los conceptos de discriminación directa e indirecta, interesando en estos momentos de forma particular la referencia, dentro de ésta última, a la obligación que la legislación nacional impusiera al empresario de "adoptar medidas adecuadas para eliminar las desventajas que para las personas con una discapacidad determinada pudiera suponer una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros". Es decir, la necesidad de adoptar ciertas medidas adecuadas a la discapacidad que presentara un trabajador aparece así configurada como un mecanismo cualificado de evitación de discriminaciones indirectas. Ciertamente, tal y como expresa la Directiva, una obligación de tal naturaleza solo puede ser recabada al empresario tras la correspondiente imposición normativa por la legislación nacional. Y remitiéndonos a ésta encontramos precisamente su acogida en los arts.37 y 37 bis de la LISMI, una vez modificado el primero y añadido el segundo por obra de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Así el apartado 3º del art.37 de la LISMI recoge casi literalmente la definición de discriminación indirecta contenida en la Directiva, y con ello igualmente la referencia a su excepcionalidad cuando "el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el art.37.bis de esta ley, para eliminar las desventajas" que supone una disposición legal o reglamentaria, cláusula convencional o contractual, pacto individual o decisión unilateral del empresario aparentemente neutros. Y es en consecuencia el nuevo art.37. bis, apartado 2º, el que declara expresamente la obligación de los empresarios de "adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta...."



Ciertamente, para la mayoría de las causas de discriminación, y por cuanto la diferencia personal o social no habría de dar lugar a una diferencia en el ámbito del empleo, lo que se proclama es un tratamiento igualitario (así por ejemplo sucede con el factor género o el racial). Sin embargo, tratándose de personas con discapacidad, la diferencia es importante y no puede obviarse en todo caso y circunstancia mediante un tratamiento igual que el dispensado a personas sin discapacidad ya que puede conducir precisamente al resultado que se pretende evitar, la existencia de desigualdades. Si, por ejemplo, a todo el personal de la empresa se le requiere efectuar horas extraordinarias, en un plano de igualdad para todos los trabajadores, con independencia de sus características o condiciones personales, ello pudiera conducir a resultados desiguales, en cuanto tales características pueden provocar que no todos respondan con iguales parámetros. En otros términos, la igualdad de tratamiento y la no discriminación no puede traducirse en un perjuicio físico o mental o una situación estresante para los trabajadores con discapacidad, de modo que puede resultar absolutamente inapropiado tratar de imponer los mismos requerimientos y exigencias a personas que no están en posesión de los mismos medios y capacidades.

No se trata pues de ocultar la discapacidad tras aparentes esquemas de igualdad, sino antes bien considerar positivamente la discapacidad como un elemento diferenciador que requiere un tratamiento flexibilizador y particularizado como instrumento necesario para evitar que se derive en un factor de discriminación. Se trata de la exigencia de dispensar a los trabajadores discapacitados de un trato, no ya tanto de favor, sino especial, para compensar y eliminar las desigualdades. Y esta finalidad es precisamente la que subyace bajo el concepto de la acción positiva. De hecho, la Directiva ya declaraba que, "por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo..... para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral" (art.7.2), y del mismo modo en el art.37.bis.1º de la LISMI se vuelve a confirmar que "para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad".

Se asume así normativamente, y sin ningún tipo ya de dudas, que el imperativo de la igualdad en determinados supuestos requiere medidas de acción positiva como vía de compensar una tradicional situación de desigualdad. Y uno de ellos es precisamente en lo tocante a la discapacidad, y por lo que al ámbito laboral sea refiere, en una consideración de causa-fin: si la discapacidad ha aparecido de forma sistemática y tradicional como un factor que originaba situaciones de discriminación en el ámbito del empleo y las relaciones laborales, es necesario atacar dicha inercia mediante medidas directas que sitúen a las personas que la sufren en mejores condiciones que el resto para hacer efectivo su derecho a la igualdad y a la no discriminación. Si el Estado es el principal responsable y ejecutor de medidas de acción positiva dirigidas a la inserción laboral de las personas con discapacidad, cuando éstas ya son empleadas no finaliza aquí la posible operatividad de tales medidas, sino que por el contrario han de cambiar de escenario, de sujeto responsable y en definitiva de naturaleza, dando entrada así a la obligación



del empresario de adopción de medidas adecuadas de adaptación como cualificadas y especiales medidas de acción positiva que eviten a la vez situaciones de discriminación indirecta por las desventajas que pudieran arrastrar para los trabajadores discapacitados decisiones o prácticas generales de ordenación del trabajo en el seno de la empresa que no han tenido en cuenta precisamente el factor diferencial de la discapacidad.

Si la discapacidad es un factor diferenciador en las condiciones personales y profesionales en las que se presta un trabajo, compete pues al empresario la obligación y el deber de evitar que tal factor devenga en un elemento de discriminación indirecta por efecto de hacerles sujetos de determinadas prácticas o decisiones empresariales, aparentemente neutras por su ámbito o alcance generalizado, pero que provocan en última instancia una situación de desventaja para los trabajadores discapacitados en el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del contrato de trabajo.

De ahí que la acción combinada de la igualdad de trato y de la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar desventajas de partida o derivadas de supuestos de discriminación indirecta, justifica y exige que las personas con discapacidad requieran de tratamientos diferenciales, especiales, desde la organización del trabajo, para compensar precisamente las condiciones especiales en las que deben realizar su prestación laboral. Si sus condiciones son distintas en relación con el resto del personal, también deben serlo aquellas en las que deben desempeñar su trabajo. Es la focalización en la especialidad y no estrictamente en su discapacidad, el factor a tener en cuenta en la organización del trabajo.

Así pues, desde el plano de las medidas de acción positiva a favor de la igualdad y la no discriminación, la relación laboral con un trabajador con discapacidad origina contractualmente para el empresario el deber de adoptar aquellas medidas especiales que den respuesta efectiva a los imperativos de tales principios en el curso de la misma. En definitiva se trata de extrapolar ciertos contenidos de la relación laboral especial de trabajadores discapacitados en Centros Especiales de Empleo a la relación común que este tipo de trabajadores pueda realizar en empresas ordinarias, y reconocer que las especiales condiciones inherentes a las personas con discapacidad, con independencia del tipo o naturaleza de empresa en la que presten servicios, alteran ineludiblemente algunos de los elementos contractuales de la prestación de servicios tal y como puedan estar contemplados y ordenados con carácter general.

Desde esta perspectiva pueden mencionarse diversos momentos o circunstancias de gestión y organización del entorno laboral en el que debe concretarse la prestación de trabajo de una persona con discapacidad, y en las que cabe situar determinadas medidas o decisiones empresariales de ajuste y adaptación que responden a esa finalidad de gestionar de forma especial la discapacidad para evitar que genere en una situación de discriminación para el trabajador.

Así por ejemplo, en los momentos iniciales de la prestación laboral desarrollada por un trabajador con discapacidad, es posible constatar cómo las condiciones personales



de aquél han de modalizar la operatividad general del periodo de prueba. De hecho, la necesidad de adaptación del trabajador al puesto asignado debe valorarse a efectos del rendimiento del trabajador, no pudiéndose exigir la plena utilidad compensatoria del trabajo del discapacitado en esa primera fase de adecuación y acomodo. En otros términos, la necesidad de comprobar el necesario ajuste entre las condiciones personales del discapacitado con el puesto de trabajo a desempeñar prima sobre la valoración de sus aptitudes personales y profesionales para el trabajo, que es el fin primario del periodo de prueba en sentido estricto, de modo que no se trata tanto de comprobar la capacidad de adaptación de un trabajador al puesto de trabajo, sino antes bien la de verificar si el trabajo a desempeñar se adapta a las condiciones del trabajador.

Asimismo, la discapacidad es el factor que debe tenerse como referencia a la hora de modular el cumplimiento de otros derechos y deberes básicos del trabajador en el curso de la relación laboral, como por ejemplo en la medida de la diligencia y rendimiento debido en la prestación de trabajo cuando ésta es desarrollada por un trabajador con discapacidad, de tal forma que tanto una como otra habrían de quedar determinadas en función de las condiciones que presentara el trabajador de forma personal e individualizada. O en otros términos, el tratamiento diferenciador exigido para evitar situaciones de discriminación exige que la fijación del rendimiento requerido a un trabajador con discapacidad no se modalice en función de criterios objetivos de común aplicación, sino que antes bien debe procederse a establecer medidas de diligencia de forma personalizada, con criterios subjetivos que tomen como referente las facultades y peculiaridades de cada trabajador en relación al puesto de trabajo que fuera a desempeñar y que a su vez está individualizado por su adecuación a las condiciones del trabajador.

En materia de ordenación de tiempo de trabajo, el factor de discapacidad igualmente habría de obligar a no disponer para el trabajador un sistema horario cuyo cumplimiento pudiera tener efectos negativos en su capacidad de rendimiento y en sus mismas condiciones físicas o psíquicas. Ello no necesariamente implicaría el establecimiento de un horario reducido para los trabajadores con discapacidad, sino tan solo la acomodación del tiempo de la prestación laboral a la discapacidad que presentara el trabajador en función además de las características del puesto de trabajo a desempeñar. Unas especificaciones que habrían de considerarse igualmente en otros aspectos de la ordenación del sistema de trabajo como la asignación a un régimen de trabajo a turno o nocturno, o la realización de horas extraordinarias, cuando puedan tener una especial incidencia sobre las condiciones personales y profesionales del trabajador con discapacidad.

Del mismo modo, y en sede de posibles modificaciones que pueda experimentar el trabajador discapacitado en sus condiciones laborales durante el transcurso de la relación laboral, el principio de adecuación debe estar igualmente presente como modalizador o condicionador en el ejercicio de los poderes empresariales de variación de dichas condiciones laborales. Ello se traducirá, por ejemplo, en la imposibilidad de efectuar un cambio de funciones en la prestación laboral del trabajador discapacitado si las mismas no van a poder ser desarrolladas de forma eficaz por éste a causa precisamente de la discapacidad, aun concurriendo los elementos condicionantes requeridos por el art.39 ET.



No cabe duda que el recurso a una movilidad funcional, así como a una de índole geográfica o a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, responden a necesidades de adaptación de plantillas debidas a causas empresariales. Ahora bien, la respuesta que pueden dar los trabajadores discapacitados a tales necesidades se hace más imprevisible o incierta cuanto mayor déficit de capacidad o aptitud física y/o psíquica presenten los trabajadores. En otros términos, cuanto más es la discapacidad más aumentan las dificultades de operar una movilidad (funcional o geográfica) o una modificación de las condiciones de trabajo en la prestación laboral de una persona con discapacidad, y ello no solo por la posible falta de adaptación del trabajador a las nuevas exigencias, sino también porque la operatividad de tales cambios requiere mayores cautelas y garantías de que aquéllas han de ser, inversamente, adecuadas a la discapacidad del trabajador.

De esta forma, la obligación empresarial de adoptar medidas de adaptación y adecuación del trabajo al trabajador discapacitado se traduce de hecho en configurar a la discapacidad que presentara el trabajador como límite esencial al ejercicio de poderes empresariales de variación de condiciones de trabajo por cuanto debe primar esa necesaria adecuación del trabajador a las nuevas exigencias en la prestación del trabajo que pudieran derivarse de dicho ejercicio.

En definitiva, la necesaria adaptación de las circunstancias personales del trabajador al puesto de trabajo ha de inspirar toda la ordenación de su régimen de trabajo, desde el momento mismo del inicio de la relación laboral y durante toda su vigencia, incluyéndose pues cualquier circunstancia modificativa que pudiera suceder en el curso de la misma. En última instancia la necesidad de adaptación debe entenderse como expresión del derecho del trabajador discapacitado a que su trabajo se organice de tal manera que pueda desempeñarlo igual que otros trabajadores, y éste es el principio sobre el que reposa la noción de los ajustes razonables y la aproximación a la discapacidad fundada en los derechos humanos.

De hecho, y aun cuando ni en la Directiva ni en ninguna otra norma española se confirme si la no realización de estos ajustes o adaptaciones cuando fueran necesarios en atención a la discapacidad del trabajo habría de entenderse como una conducta discriminatoria, al respecto resulta más que ilustrativa la opción efectuada por la ONU y expresada en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo art.2 define la discriminación por motivos de discapacidad como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. *Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*”¹³

13 Cuyo concepto se aporta en el mismo precepto, entendiéndose pues como ajustes razonables “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”



Una declaración que por lo demás tiene su proyección en el ámbito más estricto del empleo y con un claro compromiso de actuación y salvaguardia para el Estado competente. En concreto, el art.28 de la Convención requiere de los Estados Partes la adopción de medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, para “prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo”, así como “para proteger los derechos de las personas con discapacidad a condiciones de trabajo justas y razonables”, e incluso de forma muy específica “para velar porque se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”.

Se confirma así un compromiso para el legislador español de asumir la garantía de respeto y tratamiento no discriminatorio hacia la persona del trabajador discapacitado en el entorno laboral, lo que incluye esas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que se requieran en cada caso particular, tal y como refiere la Convención a los ajustes razonables, y que en modo alguno quedan circunscritas exclusivamente a meras adaptaciones técnicas o ambientales del puesto de trabajo, de modo que es exigible un plus de intervención normativa que confirme y exija expresamente aquello que ya de por sí se deriva del propio principio de no discriminación por razón de discapacidad en el entorno laboral, esto es, la exigencia de acomodos o adaptaciones organizativas y funcionales cuando fueran requeridas para permitir que los trabajadores con discapacidad puedan desempeñar su prestación laboral dentro de márgenes de adecuación y efectividad.



VI. La particular aportación de la OIT y la “gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo”

En el año 2002 la OIT publicó un repertorio de recomendaciones prácticas, bajo el título de “Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo”, con el fin de guiar a los empleadores a adaptar una estrategia positiva de gestión de las cuestiones relacionadas con la discapacidad en el lugar de trabajo, una vez asumida “la convicción de que para los empleadores es beneficioso contratar a personas con discapacidades, quienes pueden aportar una contribución significativa en el lugar de trabajo cuando ocupan puestos que corresponden a sus competencias y capacidades, a condición de que haya una gestión apropiada de las cuestiones relativas a la discapacidad”.

De este modo el instrumento de la adaptación aparece como elemento clave del fin último del repertorio y en definitiva de esa gestión de la discapacidad en el seno de la empresa¹⁴,

14 La “gestión de las discapacidades” se define en el mismo documento como “el proceso que se desarrolla en el lugar de trabajo con el objeto de facilitar el empleo de personas con discapacidades, mediante un esfuerzo coordinado que toma en consideración las necesidades individuales, el entorno del trabajo, las necesidades de la empresa y las responsabilidades jurídicas”.

de ahí el interés de destacar aquí, siquiera someramente, la aportación y el alcance que en el seno de la OIT se da a la necesidad de adaptación.

Como punto de partida es muy significativo la distinción que se hace en dicho repertorio entre “adaptación del puesto de trabajo” y “ajuste o adaptación del lugar de trabajo”, a la vez que en tanto en uno como en otro concepto tienen cabida los ajustes organizativos y en el contenido general del trabajo.

Así, la adaptación del puesto de trabajo “abarca la adaptación o el nuevo diseño de las herramientas, maquinaria, puestos de trabajo y entorno laboral en función de las necesidades de cada persona. También puede incluir la introducción de ajustes en la organización del trabajo, los horarios de trabajo, la secuencia de las tareas y el desglose de éstas en sus elementos básicos”. Por su parte, “el ajuste o adaptación del lugar de trabajo”, abarca “la adaptación del puesto de trabajo, incluido el ajuste y la modificación de la maquinaria y el equipo, y/o la modificación del contenido del trabajo, del tiempo de trabajo, de la organización del mismo y la adaptación del entorno laboral para facilitar el acceso al lugar de trabajo, con el objeto de favorecer el empleo de personas con discapacidad”

De hecho, el repertorio incide en la necesidad de que los empleadores tengan que efectuar uno o más cambios para que los trabajadores con discapacidad puedan realizar su trabajo de manera eficaz. Unos cambios que no son solo de accesibilidad o de adaptaciones de herramientas o equipos, sino incluso otros de mayor calado organizativo. Así, se señala expresamente cómo en el caso de algunos trabajadores discapacitados puede ser necesario revisar la descripción del puesto de trabajo y efectuar algunos cambios para eliminar la parte del trabajo que la persona no puede realizar, sustituyéndola por otra u otras tareas; o revisar las exigencias en cuanto al rendimiento, tanto en el momento de la contratación como posteriormente cuando un trabajador quede afectado por una discapacidad. Igualmente, la flexibilidad del horario de trabajo se menciona de forma expresa como un factor que puede contribuir en un grado significativo a que algunas personas con discapacidad desempeñen un trabajo de forma satisfactoria.

Refiriéndonos en concreto a aquellas actuaciones del empresario apuntadas desde el repertorio como respuesta a una correcta gestión de la discapacidad y que se centran en aspectos referidos a la ordenación general del trabajo en la empresa, más que a cuestiones técnicas y medioambientales de accesibilidad y seguridad, destaca precisamente el iter con que el repertorio va apuntando en tal sentido las obligaciones de los empresarios, comenzando por el mismo momento de la contratación, siguiendo por la promoción laboral y finalizando en el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad.

Así, a título de ejemplo, como primera medida se apunta cómo, al estudiar la candidatura de una persona con discapacidad a un puesto de trabajo específico, “los empleadores deberían estar dispuestos a realizar ajustes, de ser precisos, en el lugar de trabajo, en el sitio de trabajo y en las condiciones de trabajo, a fin de potenciar al máximo la capacidad



del candidato para desempeñar dicho puesto de trabajo"¹⁵. Más aun, al ofrecer un trabajo a un candidato con discapacidad, el empleador debería señalar todos los ajustes que se hayan propuesto en relación con las discapacidades, ya sean en el entorno laboral, el sitio de trabajo, los horarios de trabajo o la formación¹⁶.

Igualmente, y en el aspecto de la promoción laboral, se destaca particularmente cómo los empleadores deberían estudiar la posibilidad de adaptar los horarios, lugares y programas de formación a fin de facilitar y fomentar al máximo la participación de los trabajadores discapacitados en actividades destinadas a impulsar la promoción laboral de todos los trabajadores.

Y particularmente, ante supuestos de discapacidad sobrevenida para trabajadores ya empleados, el repertorio ofrece una variedad de actuaciones por parte de la empresa para garantizar precisamente el mantenimiento del empleo de dichos trabajadores. Como primera obligación se requiere del empresario que tome todas las medidas de acondicionamiento necesarias para utilizar el potencial o las competencias de que siga disponiendo el trabajador, antes de adoptar otro tipo de medidas. Se trata de favorecer aquellos casos en los que el trabajador pueda reincorporarse al mismo puesto de trabajo, aun con los ajustes que requiriera, ya sea en el puesto de trabajo, en el lugar de trabajo o en el entorno de trabajo general. En caso de no poder seguir desempeñando sus funciones anteriores, la opción pasa por mantener la posibilidad de que los trabajadores discapacitados prueben competencias o adquieran experiencias en otros empleos.

Como se observa, ciertamente se hace del empresario el principal sujeto responsable de la adopción de estas y otras actuaciones definitivas de una adecuada gestión de las discapacidades, pero sin olvidar en este punto la necesaria colaboración y apoyo de otras instituciones, organismos y sujetos a los que igualmente compete un papel de responsabilidad en el objetivo último de garantizar la debida protección e igualdad de las personas con discapacidad. Y quizás en ello se centre uno de los mayores aportes de este repertorio, esto es, en la asunción de una estrategia de gestión de las discapacidades que solo puede efectuarse en el seno de la empresa si se cuenta con una actuación conjunta y programada de colaboración con el empresario por parte de otros sujetos igualmente implicados: las autoridades públicas competentes, los servicios de empleo, las propias organizaciones de personas con discapacidad, los servicios de salud en el trabajo, los representantes de los trabajadores, etc., apuntando para todos ellos sus concretas obligaciones a modo de compromisos de actuación en beneficio de esa gestión adecuada

15 Precisamente, en este momento, y con dicha finalidad, el repertorio expresa la idoneidad de obtener asesoramiento y orientación sobre los ajustes apropiados recurriendo a los servicios de colocación o a organismos especializados, incluidas las organizaciones integradas por personas con discapacidad, a la vez que se señala que tales ajustes, de necesitarse, deberían planificarse en consulta y acuerdo con los representantes de los trabajadores.

16 De hecho, la posibilidad de una flexibilidad del horario, como elemento de ajuste, se plantea también desde el directorio como una cuestión que habría de examinarse en consulta con los trabajadores interesados y sus representantes.



de la discapacidad en el seno de la empresa. El mérito de este repertorio se encuentra pues en mostrar las vías para esta programación conjunta y coordinada como procedimiento más que eficaz a los objetivos de mejorar las perspectivas de empleo de las personas con discapacidad, asegurar la igualdad de oportunidades en el lugar de trabajo, promover un lugar de trabajo seguro, accesible y saludable y en definitiva maximar la contribución de los trabajadores discapacitados en la empresa. Un aspecto éste de la programación y colaboración conjunta en la gestión concreta de la discapacidad en la empresa que no ha sido destacado por lo general en otro tipo de instrumentos internacionales e incluso nacionales en sede de igualdad de las personas con discapacidad en el trabajo.

V. Conclusiones

Cierto es que se ha realizado un importante esfuerzo normativo por reforzar la vías de entrada de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, tanto ordinario como protegido, siquiera incrementando y fortaleciendo la técnica de la incentivación económica de la contratación, hasta el punto de que hoy en día, si se observan los programas de fomento de la contratación de los últimos años (y especialmente el último recogido en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo), no deja de destacarse cómo el colectivo de las personas con discapacidad resulta ser el más desfavorecido, desde el punto de vista de las medidas económicas de incentivación, para su contratación.

Sin embargo, y sin desdeñar en modo alguno este enorme esfuerzo público, no basta con garantizar su inserción laboral si ésta no va acompañada de las necesarias medidas de orden normativo que garanticen el correcto cumplimiento de un principio básico de actuación en el ámbito de la inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, pero generalmente desconocido u obviado, cual es la necesaria adaptación del trabajo a la persona con discapacidad.

En ocasiones ese principio se ha entendido reducido a cuestiones medioambientales en el entorno empresarial, de ajuste físico del lugar de trabajo a la discapacidad que pudiera presentar el trabajador. De ahí que ante planeamientos empresariales de no contratación de personas con discapacidad por cuanto el lugar de trabajo no reúne las condiciones físicas necesarias de adaptabilidad, la solución normativa en un primer momento, y lo ha sido así con carácter general, ha consistido en ayudar económicamente a las empresas para realizar los necesarios cambios físicos o estructurales en los lugares de trabajo. A ello responde originariamente la LISMI y todo un cuadro de ayudas a la adaptación de los puestos de trabajo de las personas con discapacidad contenido en el RD 1451/1983, e incluso a esta misma orientación responde de forma aparente la noción de ajustes razonables contenida en la Directiva 2000/78.

Sin embargo, el principio de adaptación del trabajo a la persona con discapacidad no puede resolverse única y exclusivamente en el ámbito medioambiental o en el aspecto puramente físico o estructural del entorno de trabajo. No se trata únicamente de



garantizar ascensores, rampas o servicios adecuados, sino que el puesto de trabajo, y las condiciones en las que debe prestarse el trabajo, sean adecuados a la persona del trabajador discapacitado, adaptados a la discapacidad que presenta, con el doble objetivo, por un lado, de no poner en peligro la propia integridad física y psíquica del trabajador, y por otro permitir sacar el máximo provecho y rendimiento a su capacidad de trabajo, aportándoles las condiciones necesarias que les permita compensar sus desventajas iniciales, y así poder efectuar su prestación laboral al igual que el resto de los trabajadores. Se trata en definitiva de una exigencia derivada de la igualdad de trato pero asumiendo la existencia del factor diferencial y no como un elemento a desconocer o destruir a través de supuestas medidas igualitarias que resultan más que inadecuadas o inoperativas, al menos en el entorno laboral, para hacer efectivo la igualdad de derechos de las personas con discapacidad.



4

SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS LABORALES INDIVIDUALES EN ANDALUCÍA

Ana María Orellana Cano.

Magistrada Especialista del Orden Jurisdiccional Social.
Titular de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Sumario

INTRODUCCIÓN.

I. NORMATIVA APLICABLE.

II. LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INDIVIDUALES.

1. La Conciliación-Mediación.
2. El Arbitraje.

II. EL CARÁCTER VOLUNTARIO.

III. EL ÁMBITO SUBJETIVO.

IV. EL ÁMBITO OBJETIVO.

1. Reclamaciones individuales sobre clasificación profesional, movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría.
2. Reclamaciones individuales sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.
3. Reclamaciones individuales en materia de traslados y desplazamientos.
4. Determinación del periodo de disfrute de las vacaciones.
5. Discrepancias en materia de licencias, permisos y reducciones de jornada, incluidos los vinculados con el cuidado de hijos y familiares.
6. Las reclamaciones de cantidad derivadas directa e inmediatamente de estas pretensiones.

V. EFICACIA DEL ACUERDO ADOPTADO EN LA CONCILIACIÓN-MEDIACIÓN.

VI. EFICACIA DEL LAUDO FIRME DICTADO EN EL ARBITRAJE.

INTRODUCCIÓN

Por la Resolución de 2 de septiembre de 2005, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, se dispuso la inscripción, depósito y publicación del Reglamento que desarrolla el Acuerdo Interprofesional de 4 de marzo de 2005 que establece un sistema de solución de conflictos individuales en el seno del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos



Laborales en Andalucía. La Disposición Transitoria Única de este Reglamento regula el ámbito territorial provisional y establece que el sistema de solución de conflictos laborales individuales será de aplicación, en una primera fase, a los planteados en la provincia de Sevilla y, a la vista de los resultados obtenidos en el primer año de funcionamiento, se procederá, durante el segundo año de vigencia, a analizar su extensión territorial. Y, en esta segunda fase de extensión del sistema extrajudicial de solución de conflictos individuales nos encontramos, pues la experiencia piloto llevada a cabo en Sevilla, permite concluir con un balance positivo, siempre teniéndose en cuenta que la entrada en vigor del Reglamento se produjo el 24 de octubre de 2005 y que la valoración de los resultados, con tan sólo un año de implantación de estos mecanismos de solución, es prematura. Y así, en el seno de este régimen gradual de aplicación, se ha implantado en las provincias de Huelva y Almería, a partir del 1 de mayo de 2007. Ha de resaltarse que el sistema extrajudicial de solución de conflictos individuales está dando muy buenos resultados en otras Comunidades Autónomas, en las que se ha establecido hace más tiempo.

I. NORMATIVA APLICABLE

La solución extrajudicial de los conflictos laborales, tanto individuales como colectivos, a través de la conciliación administrativa, como trámite previo al procedimiento judicial y, con el objetivo de evitar el proceso, prevista en los artículos 63 y 154.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha venido funcionando regularmente.

Por su parte, el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, permitía adoptar medidas de solución de conflictos colectivos a través de Acuerdos Interprofesionales. El primer Acuerdo Interprofesional fue suscrito en 1984, por la entonces, Comunidad Autónoma Vasca. A principios de la década de los noventa, se concertaron Acuerdos Interprofesionales, en relación con los conflictos laborales colectivos, en Cataluña, en Galicia y en la Comunidad Autónoma Valenciana. Con posterioridad, se firmaron estos Acuerdos también en las Comunidades Autónomas de la Rioja, Canarias y Madrid.

El Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, contempla en el artículo 83 párrafos segundo y tercero, la posibilidad de que, mediante Acuerdos Interprofesionales, se adopten medidas de solución de conflictos laborales colectivos, concretando el artículo 91.2 del citado texto normativo, como procedimientos que se pueden utilizar, la mediación y el arbitraje. Además, el artículo 91.4 del Estatuto de los Trabajadores permite utilizar también estos procedimientos en los conflictos laborales individuales, cuando las partes expresamente se sometan a ellos.

La Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), por la parte empresarial y, los Sindicatos Comisiones Obreras (CCOO) y Unión General de Trabajadores (UGT), por los trabajadores, adoptaron el 25 de enero de 1996, el I Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC I), que fue renovado el 31 de enero de 2001 (ASEC II) y, el 29

de diciembre de 2004, por el actualmente vigente III Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC III). Este Acuerdo es de aplicación directa y completa, es decir, que no tiene el carácter de disposición marco, que contenga las líneas directrices que habrán de ser recogidas en los distintos Acuerdos Interprofesionales autonómicos. Su ámbito territorial - al igual que el de los dos que le precedieron -, es estatal o, superior al de una Comunidad Autónoma. Y, por expresa disposición del artículo 4.3 del ASEC III, los conflictos laborales individuales quedan excluidos de su ámbito de aplicación, pues se ha venido entendiendo que, dada su naturaleza individual, se trataría de controversias encuadrables en el territorio de una Comunidad Autónoma y que, en cualquier caso, no sería de aplicación, a este tipo de cuestiones, el Acuerdo estatal. Sin embargo, la realidad demuestra que existen conflictos individuales que exceden de los límites geográficos de las Comunidades Autónomas. Por esta razón, el profesor VALDÉS DAL-RÉ afirma que la exclusión de los conflictos individuales responde a un elemento estrictamente objetivo y que el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales no es una norma de coordinación con otros Acuerdos¹.

Con base en el artículo 91.4 del Estatuto de los Trabajadores, poco a poco, se han ido extendiendo los medios de solución extrajudicial de los conflictos colectivos laborales, a los conflictos individuales, en los Acuerdos Interprofesionales de las distintas Comunidades Autónomas, siempre que el empresario fuera un ente privado, excluyéndose, por tanto, todas aquellas controversias suscitadas con Organismos Públicos que actúan en su condición de empleador y, naturalmente, toda la materia de Seguridad Social.

De este modo, ya en el año 2000, - según consta en un informe del Consejo Económico y Social -, en La Rioja, se admitía la solución extrajudicial de todos los conflictos laborales individuales, excepto aquellos que versaran sobre tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales. En los Reglamentos que desarrollaban los Acuerdos Interprofesionales adoptados al respecto en Cataluña y Baleares, sólo se admitía la solución de los conflictos laborales individuales, de naturaleza plural y, que afectaran a determinadas materias concretas. Estos Acuerdos han ido evolucionando, ampliándose su ámbito de actuación y, en Baleares, actualmente, se permite la solución extrajudicial de todos los conflictos individuales, salvo los que afecten a la tutela de libertad sindical y de otros derechos fundamentales y a la materia electoral.

En Aragón, se excluye de la solución extrajudicial, los conflictos individuales suscitados en materia electoral de tutela de libertad sindical y de otros derechos fundamentales y, las reclamaciones de cantidad.

En el Acuerdo Interprofesional de Navarra se contiene una lista de materias respecto de las que los conflictos individuales que surjan pueden solucionarse con medios extrajudiciales.

1 VALDÉS DAL-RÉ, F.: "El ASEC. Apuntes sobre su texto y su contexto". Relaciones Laborales 1998-I, página 45.



En Cantabria, todos los conflictos individuales se pueden solventar mediante la conciliación-mediación, pero del arbitraje, se excluyen los relativos a la extinción de los contratos y a la reclamación de salarios cuando pudiera derivarse alguna responsabilidad para el Fondo de Garantía Salarial.

En Andalucía, se ha regulado la solución extrajudicial de los conflictos laborales individuales por el Reglamento ya reseñado, en cuya Disposición Adicional Única establece que será de aplicación subsidiaria, en todo lo no previsto, lo dispuesto en el Reglamento SERCLA relativo a los procedimientos en los conflictos colectivos.

Como puede observarse, se ha producido una progresiva extensión del sistema de solución extrajudicial de los conflictos laborales, a los conflictos individuales, por las siguientes razones²:

1. Porque, en numerosas Comunidades Autónomas, el volumen de conflictos colectivos es escaso y, no tendría mucho sentido adoptar un Acuerdo Interprofesional de solución extrajudicial de conflictos laborales, excluyendo, precisamente, a los conflictos individuales que son los más numerosos.
2. Porque muchos conflictos plurales son muy similares a los conflictos colectivos, siendo también susceptibles de una solución negociada.
3. Porque, en algunas Comunidades Autónomas, los órganos de conciliación administrativa tienen escasa eficacia.

II. LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES INDIVIDUALES.

Con carácter general, los medios extrajudiciales de solución de conflictos laborales son la conciliación, la mediación y el arbitraje. Todos estos medios se caracterizan por la intervención o la participación de un tercero, - que no sea Juez o Magistrado en ejercicio -, en la resolución del conflicto. En la conciliación, el tercero se limita a procurar el acuerdo entre las partes; en la mediación, el tercero elabora un acuerdo y lo propone a las partes para su consideración; y, en el arbitraje, el tercero dirime el conflicto planteado, mediante un laudo, en el que fija los términos y las condiciones de la solución adoptada³. A su vez, la mediación puede ser formalizada, - cuando la propuesta que lleva a cabo el tercero, se realiza por escrito, de forma razonada y tiene que pronunciarse sobre ella - o, informal -cuando no concurren todos o alguno de los requisitos expresados.

2 ALFONSO MELLADO, CARLOS LUIS: "Solución extrajudicial de conflictos laborales: experiencias y situación actual". Cuadernos de Derecho Judicial, marzo 2003, página 312.

3 MARTÍN VALVERDE, ANTONIO: "Las relaciones entre el sistema judicial y los medios no judiciales de solución de conflictos de trabajo". Relaciones Laborales nº 7, abril 2007, página 2.



Es importante destacar la función que cumplen los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos individuales. Y, al respecto, ha de indicarse que no pretenden estos mecanismos sustituir la vía judicial de solución de conflictos, sino que constituyen una alternativa complementaria del sistema judicial.

Las garantías que han de respetarse en la utilización de estos medios extrajudiciales de solución de conflictos son, entre otras:

1. El derecho de defensa de las partes.
2. La imparcialidad de los terceros que intervienen como conciliadores, mediadores o árbitros. Como ha declarado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, de 10 de noviembre de 2003, para garantizar esta imparcialidad en el arbitraje, será necesario que el árbitro no pertenezca a la línea jerárquica de la Administración.
3. La obtención de resoluciones motivadas, en su caso.
4. La posibilidad de impugnación de la resolución que recaiga o se adopte.
5. El acceso a la ejecución de la resolución, para el caso de incumplimiento.
6. La cobertura por el Fondo de Garantía Salarial, en los supuestos en los que proceda.
7. El acceso de la parte a las prestaciones por desempleo, cuando corresponda.

El artículo 1.1 del Reglamento que establece la solución de conflictos individuales en el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía (en adelante, SERCLA), dispone que los procedimientos de solución son la Conciliación-Mediación y el Arbitraje.



1. La Conciliación-Mediación.

En algunos Acuerdos Interprofesionales y en los Reglamentos que los desarrollan, -en Castilla-La Mancha, Murcia y Extremadura-, se contempla como medio de solución, la mediación. La conciliación o la conciliación-mediación, como procedimiento de solución extrajudicial diferente a la mediación formalizada, no es habitual y, sólo se contempla en el artículo 3 del Acuerdo de Canarias y, en el artículo 15 del Acuerdo del País Vasco. En Galicia, aunque se diseña un mecanismo de conciliación-mediación, se permite que, con posterioridad, éste se convierta en un procedimiento diferenciado de mediación formalizada. En el Reglamento andaluz para la solución de conflictos individuales, la Conciliación-Mediación se asemeja más a la conciliación o a la mediación informal, que a la mediación formalizada. En cualquier caso, la distinción entre la conciliación y la mediación informal es difícil en la mayoría de las ocasiones, debido a la enorme flexibilidad con que regula el acto el artículo 9.3 del Reglamento. En este sentido, las diferencias entre estos dos sistemas, en la mayoría de los casos, son inexistentes⁴. El procedimiento

4 CRUZ VILLALÓN, JESÚS: "El arbitraje laboral en la reforma legislativa". Valencia, 1995, página 31.

de Conciliación-Mediación se desarrollará ante la Comisión de Conciliación-Mediación, a tenor del artículo 5 del Reglamento, compuesta por dos miembros, a saber, un representante de la Organización empresarial y, otro en representación de las Organizaciones Sindicales firmantes del Acuerdo SERCLA en virtud de su mayor representatividad.

2. El arbitraje.

El arbitraje, con carácter genérico, sin distinguir entre el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad, se contempla en todos los Acuerdos Interprofesionales autonómicos, tanto para la solución de conflictos colectivos como de conflictos individuales y en el ASEC III, para la solución de los conflictos colectivos. Tan sólo algunos Acuerdos autonómicos se refieren expresamente al arbitraje de equidad. Y así lo hace el artículo 7 del Reglamento del País Vasco, el artículo 21.4 del de Galicia, el artículo 22.2 b) del Reglamento de Madrid, el artículo 43.2 del Reglamento de Canarias para la solución de conflictos individuales, el artículo 12.1 del Reglamento de Cataluña, el artículo 12.1 del Reglamento de La Rioja, el artículo 13.1 del de Navarra, el artículo 14 del Reglamento de Baleares, el artículo 24.2 c) del Reglamento de la Comunidad Valenciana y, el artículo 20.2 del Reglamento de Castilla-León. En el Reglamento para la solución de conflictos individuales en el SERCLA se regula como procedimiento el arbitraje, sin referencia expresa al tipo de arbitraje, lo que permite afirmar que podrán acudir las partes al arbitraje de equidad y al arbitraje de derecho. El arbitraje de equidad plantea problemas en orden a la impugnación y a la ejecución del laudo arbitral que recaiga. Pero el arbitraje de derecho es poco utilizado, debido fundamentalmente a que se prefiere por las partes acudir al orden jurisdiccional social para que sea un Magistrado el que solvete, en derecho, el conflicto. De ahí, que se haya producido una escasa utilización del arbitraje, como mecanismo de solución extrajudicial de los conflictos laborales.



III. EL CARÁCTER VOLUNTARIO.

El artículo 2 del Reglamento andaluz para la solución de los conflictos individuales ante el SERCLA establece el carácter voluntario del sometimiento a la Conciliación-Mediación o al Arbitraje, por lo que se requiere para la iniciación del procedimiento, el consentimiento expreso de ambas partes. Este principio genérico de voluntariedad, así consagrado, podría suponer una influencia negativa en la eficacia práctica de los mecanismos de solución extrajudicial de los conflictos individuales, incluso, con mayor relevancia que en los conflictos colectivos, pues el enfrentamiento de dos partes, en la mayoría de las ocasiones, conlleva una discrepancia que excede del ámbito meramente jurídico y trasciende al plano personal, por lo que obtener el consentimiento expreso de las dos partes para acudir al SERCLA, puede resultar difícil, una vez que haya surgido el conflicto. Por este motivo, el Reglamento andaluz dispone, a continuación, en el mismo artículo 2, que no será preciso el consentimiento expreso de ambas partes, cuando en el Convenio Colectivo de aplicación o en el Acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, con eficacia en la empresa o el centro de trabajo, se hubiera suscrito una

cláusula de compromiso expreso de sumisión al SERCLA. Por lo tanto, considero que ha de fomentarse el concierto de esta cláusula de sumisión entre las partes negociadoras de los Convenios Colectivos y las partes firmantes de los Acuerdos de Empresa o de Centros de Trabajo.

En concordancia con el régimen jurídico expuesto, el artículo 7.1 del Reglamento que se analiza exige para iniciar el procedimiento ante el SERCLA la presentación del sometimiento expreso por escrito, firmado por ambas partes, a la Conciliación-Mediación o al Arbitraje. Este requisito no será necesario cuando exista pacto al respecto en los Convenios Colectivos o, en los Acuerdos de Empresa o de Centro de Trabajo.

En esta misma línea, ha de destacarse que el artículo 91.4 del Estatuto de los Trabajadores, refiriéndose a la mediación y al arbitraje, considera que estos procedimientos serán, asimismo, utilizables en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos. Cabría plantearse si, - a tenor de este precepto estatutario, en relación con el artículo 2 del Reglamento andaluz -, podría imponerse a las partes, para la solución extrajudicial de los conflictos individuales, con carácter obligatorio, la conciliación, la mediación o el arbitraje. El establecimiento obligatorio de estos medios de solución es posible en relación con los conflictos colectivos. Pero para los conflictos individuales parece, en principio, que el artículo 91.4 del Estatuto de los Trabajadores constituye un obstáculo. A estos efectos, ha de distinguirse entre el régimen de la conciliación, la conciliación-mediación y, la mediación informal, de un lado, y, de otro, el régimen del arbitraje y la mediación formalizada.

En relación con la conciliación, la conciliación-mediación y la mediación, se ha de tener en cuenta que la conciliación preprocesal del artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, prevista también para los conflictos individuales, es obligatoria, en determinados supuestos. Y, dada la equiparación que contempla, expresamente, el artículo 3.2 del Reglamento andaluz entre la Conciliación-Mediación y la conciliación previa a la vía judicial del artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, a la que puede sustituir, ha de entenderse que el carácter voluntario respecto de la Conciliación-Mediación, se ve matizado por lo que se expone a continuación. Cuando concurren en una Comunidad Autónoma, como ocurre en Andalucía, un órgano de conciliación convencional, a saber, el SERCLA, con un órgano administrativo, el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación, las partes no son libres de acudir a uno o a otro, sino que se tiene que analizar, previamente, si existe una obligación de acudir al órgano convencional. De este modo, si las partes han prestado su consentimiento expreso de someterse en el conflicto individual al SERCLA, este pacto desplegará la eficacia propia de los contratos y, consiguientemente, en cumplimiento del mismo, tendrán que someterse a la Conciliación-Mediación ante el SERCLA, no pudiendo acudir al Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación. Por otro lado, si el sometimiento al SERCLA, deriva de la cláusula pactada al respecto por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, en el Convenio Colectivo de aplicación o en el Acuerdo de Empresa o de Centro de Trabajo, la eficacia vinculante de los Convenios Colectivos, que es erga omnes y, de estos Acuerdos, entre las partes afectadas, impedirá, igualmente, que se pueda intentar ante el Centro de Mediación, Arbitraje y



Conciliación el acto de conciliación y se tendrá que acudir a la Conciliación-Mediación ante el SERCLA, como trámite previo de evitación del proceso, para dar cumplimiento al artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral. El artículo 1.2 del Reglamento andaluz dispone expresamente que la Conciliación-Mediación y el Arbitraje en el seno del SERCLA, como medios de solución extrajudicial de los conflictos laborales individuales, sustituyen al preceptivo y previo trámite de conciliación administrativa, que seguirá vigente en dos supuestos, a saber, cuando no haya sometimiento de las partes al SERCLA o, cuando el conflicto individual no esté dentro del ámbito objetivo del mismo.

Ha de concluirse, consiguientemente, que cabe la imposición de los medios de conciliación, mediación y conciliación-mediación, puesto que el resultado de los mismos no es impuesto, sino que queda a la voluntad de las partes llegar o no a un acuerdo. Y, además, tras el oportuno acto, queda expedita la vía judicial para la solución del conflicto individual. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, el trámite previo de conciliación es obligatorio en determinados supuestos, siendo voluntario el sometimiento de las partes al SERCLA.

Por el contrario, el derecho a la tutela judicial efectiva, sí que puede verse limitado si se entiende que puede imponerse a las partes, con carácter obligatorio, un arbitraje para la solución de los conflictos individuales y, en este sentido, la interpretación literal del artículo 91.4 y, con ella, la del artículo 2 del Reglamento andaluz, ha de ser más estricta y concluir que no cabe la imposición de este medio de solución, con carácter obligatorio.

IV. EL ÁMBITO SUBJETIVO

El Reglamento del SERCLA para conflictos individuales que se analiza omite cualquier referencia al ámbito subjetivo. De acuerdo con su Disposición Adicional Única, en todo lo no previsto, será de aplicación subsidiaria lo dispuesto en el Reglamento SERCLA relativo a los procedimientos en los conflictos colectivos. Por la Resolución de 21 de enero de 2004, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, se ordena la inscripción, depósito y publicación de la modificación del Reglamento de Funcionamiento y Procedimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales en Andalucía. Pues bien, esta norma no hace ninguna referencia a la inclusión o exclusión de su ámbito de aplicación, de los conflictos planteados por el personal funcionario al servicio de la Administración Pública. La cuestión es complicada, pues, un sector doctrinal considera que están excluidos, ya que los conflictos suscitados no son susceptibles de someterse a la conciliación o al arbitraje⁵, sino a la reclamación previa, de acuerdo con el artículo 64.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. La equiparación de los medios de solución extrajudicial de conflictos, al acto de conciliación ante los órganos administrativos, establecida en los artículos 63 y 154 de la Ley de Procedimiento Laboral, avalarían esta

5 SALA FRANCO, TOMÁS: "Acerca de la posibilidad de establecer autónomamente procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales en las Administraciones Públicas". Actualidad Laboral, nº 48, 1999, página 937.

tesis. Sin embargo, al menos en el ámbito de los conflictos colectivos, la extensión de los medios de solución extrajudicial a aquellas cuestiones suscitadas entre el personal funcionario y la Administración Pública, cada vez es mayor. Y esta extensión subjetiva de los términos de los Acuerdos Autonómicos, se ha generalizado también, en sede de conflictos colectivos, al personal laboral al servicio de la Administración Pública. Y así, la Disposición Adicional Primera del Reglamento SERCLA para los conflictos colectivos se refiere al personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía, considerándolo incluido dentro de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, dada la indicada aplicación subsidiaria de este Reglamento para el caso de los conflictos individuales, ha de entenderse también incluido. Ahora bien, cabe plantearse qué ocurre con el resto del personal laboral del sector público. En algunos Acuerdos Interprofesionales Autonómicos, que carecen de referencia expresa a este tipo de relación laboral, se está admitiendo el sometimiento de los conflictos laborales individuales a los medios de solución extrajudicial previstos. Se podría adoptar la misma medida con la norma aplicable en nuestra Comunidad Autónoma, pero de lege ferenda sería deseable una regulación concreta de esta materia.

Lo que queda fuera de toda duda, atendiendo al ámbito objetivo del Reglamento andaluz, es la aplicación a los conflictos que se susciten entre los trabajadores y los empresarios, ya estén vinculados por una relación laboral ordinaria o especial.

V. EL ÁMBITO OBJETIVO

En algunos Acuerdos Autonómicos se contempla una diferencia de tratamiento entre los conflictos individuales y los conflictos plurales⁶. Sin embargo en la regulación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales individuales en Andalucía, no se contiene ninguna referencia a los conflictos plurales. Por lo tanto, considero que ha de entenderse que se equipara el conflicto individual al conflicto “no colectivo”, desde el punto de vista del Estatuto de los Trabajadores, incluyéndose en los primeros los conflictos laborales plurales, aunque, en rigor, participen más de la naturaleza de los conflictos colectivos.

El artículo 3 del Reglamento, bajo la denominación de delimitación funcional de los conflictos, en su párrafo primero, contiene una lista numerus clausus de los conflictos individuales que podrán someterse al conocimiento del SERCLA. Puede observarse cómo esta lista de atribución competencial es análoga a la contenida en el Capítulo V del Título II de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se regula la modalidad procesal especial de vacaciones, en materia electoral, de clasificaciones profesionales, de movilidad geográfica, de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, de los permisos por lactancia y de la reducción de la jornada por motivos familiares. Existen algunas diferencias en relación con el artículo 3 del Reglamento, ya que este precepto también contempla la movilidad funcional y los trabajos de superior o inferior categoría y, las

6 LANTARÓN BARQUÍN, DAVID: “Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales”. Valladolid 2003, página 912.



licencias, los permisos y la reducción de la jornada por motivos distintos de los familiares, así como las reclamaciones de cantidad derivadas directamente de las pretensiones que contempla y, no incluye la materia electoral.

Se analizarán, a continuación, las materias sobre las que ha de versar el conflicto individual, para que pueda ser sometido a Conciliación-Mediación o a Arbitraje, en el seno del SERCLA.

1. Reclamaciones individuales sobre clasificación profesional, movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría.

Cabría plantearse si las pretensiones sobre clasificación profesional que son susceptibles de someterse a la solución extrajudicial en el seno del SERCLA son aquellas en las que el afectado, que ha realizado trabajos de superior categoría, pretende el reconocimiento de ésta o, también aquellas en las que se trata de determinar un adecuado encuadramiento en una categoría profesional concreta, aplicando e interpretando preceptos jurídicos. Esta distinción en materia de clasificación profesional, la ha elaborado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, para determinar el procedimiento aplicable en el orden jurisdiccional social, - y, por lo tanto, el acceso al recurso de suplicación -, llegando a la conclusión de que sólo en el primer caso, el procedimiento adecuado para la tramitación de la causa, será la modalidad procesal especial de los artículos 137 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, debiendo seguirse la misma por el cauce del procedimiento ordinario, cuando se trate de una cuestión de encuadramiento. Así, ha declarado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, de 25 de abril de 2005 que *“la modalidad procesal de clasificación profesional debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado, pero no cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos”*. En la misma línea, se ha pronunciado el Alto Tribunal en las Sentencias de la Sala de lo Social, dictadas en recurso de casación para la unificación de doctrina, de 30 de mayo de 2006 y de 3 de mayo de 2006. Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, considero que sólo serán objeto de sometimiento a la solución extrajudicial las cuestiones que se susciten sobre clasificación profesional, que debieran tramitarse, en la vía judicial, por la modalidad procesal especial del artículo 137 de la Ley de Procedimiento Laboral y, no aquellas que versen sobre el encuadramiento en una determinada categoría, que exijan la interpretación de preceptos jurídicos. Y ello, porque estas últimas podrían quedar sometidas al arbitraje de derecho, pero no a la Conciliación-Mediación o al arbitraje de equidad y, el Reglamento no distingue a la hora de atribuir las competencias entre los dos modos de solución extrajudicial de los conflictos. Y, además, según se ha concluido en el estudio del ámbito subjetivo, se pueden resolver por estos medios las controversias que se produzcan en relación con el personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía y, el encuadramiento en una determinada categoría profesional, puede exceder los límites de la Conciliación-Mediación y del arbitraje de equidad.



En cuanto a las reclamaciones individuales sobre la movilidad funcional y los trabajos de superior o inferior categoría, se podrán someter a la solución extrajudicial, todos aquellos conflictos que surjan de la aplicación del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, que regula la materia.

2. Reclamaciones individuales sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores regula la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de carácter colectivo y de carácter individual. Con carácter genérico, el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y, movilidad funcional, cuando exceda de los límites del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.

Para determinar los supuestos en los que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo tiene naturaleza individual y, por lo tanto, los conflictos que surjan sobre la misma, pueden ser sometidos a la solución extrajudicial, en el seno del SERCLA, ha de acudir al artículo 41.2 párrafo segundo, que considera como tales las modificaciones de las condiciones de trabajo de las que disfruta el trabajador a título individual. Por el contrario, serán colectivas, atendiendo a la fuente de las que nació la medida que se pretende modificar, aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o, disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Además de este requisito genérico, para que se consideren individuales, las modificaciones funcionales (artículo 41.1 f) del Estatuto de los Trabajadores) y de horario (artículo 41.1 b) del Estatuto de los Trabajadores), el artículo 41.2 in fine del Estatuto de los Trabajadores, exige que, en un periodo de noventa días, afecte la medida a menos de diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; del diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; y de treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

3. Reclamaciones individuales en materia de traslados y desplazamientos.

El artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores regula la movilidad geográfica. De conformidad con el artículo 40.2 del Estatuto de los Trabajadores, el traslado será colectivo y, por ende, excluido del sometimiento a la solución extrajudicial en el seno del SERCLA, cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo,



en un período de noventa días comprenda a un número de trabajadores de, al menos, diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; y treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

4. Determinación del periodo de disfrute de las vacaciones.

Cabe someter el conflicto individual sobre el periodo de disfrute de las vacaciones a la Conciliación-Mediación o al Arbitraje, en el SERCLA. De forma análoga, los artículos 125 y 126 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el orden jurisdiccional social, establecen una modalidad procesal especial para fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones. Pero lo que llama la atención, en relación con el Reglamento que se analiza es que, de un lado, configura estos medios de solución extrajudicial de conflictos individuales, como sustitutivos de la conciliación administrativa del artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral y, por otro, precisamente, incluye en el ámbito objetivo de los primeros, a los efectos que nos ocupan, los conflictos que surjan sobre el periodo del disfrute de las vacaciones, que están expresamente excluidos de la conciliación administrativa ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación, por disposición del artículo 64 del texto adjetivo laboral.

5. Discrepancias en materia de licencias, permisos y reducciones de jornada, incluidos los vinculados con el cuidado de hijos y familiares.

Todos los conflictos individuales que surjan en la aplicación del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores serán susceptibles del sometimiento a la solución extrajudicial en el SERCLA. Y, al respecto habrá de tenerse en cuenta la reforma operada en el precepto estatutario por la Disposición Adicional Décimo Primera, apartados Cuatro y Cinco, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

6. Las reclamaciones de cantidad derivadas directa e inmediatamente de estas pretensiones.

Por lo tanto, cualquier reclamación de cantidad que derive directa e inmediatamente de las cuestiones reseñadas, será susceptible de ser objeto de solución extrajudicial. Ha de resaltarse que los trabajadores que resultasen perjudicados por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que redunde en la jornada de trabajo, en el horario o en el régimen de trabajo a turnos, tendrán derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses, según el artículo 41.3.2º del Estatuto de los Trabajadores.



Igualmente, en el supuesto de los traslados, el trabajador afectado tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades, a tenor del artículo 40.1.4º del Estatuto de los Trabajadores.

V. EFICACIA DEL ACUERDO ADOPTADO EN LA CONCILIACIÓN-MEDIACIÓN.

El acuerdo adoptado en la Conciliación-Mediación producirá los siguientes efectos:

1. Impedirá a las partes afectadas plantear acciones judiciales o administrativas sobre el mismo objeto de conflicto resuelto por el acuerdo. Esta consecuencia es la que se denomina en el artículo 4 del Reglamento del SERCLA para los conflictos individuales, afección. Ha de resaltarse que las partes, al llegar a un acuerdo en el procedimiento de Conciliación-Mediación, realizan un contrato de transacción que, a tenor del artículo 1809 del Código Civil, es aquel por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. Y, de acuerdo con el artículo 1816 del Código Civil, la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, por lo que se puede afirmar que el artículo 4 recoge lo que, en teoría general de los contratos, contienen los preceptos indicados del Código Civil. Según lo expuesto, por lo tanto, si se acude a la vía judicial, una vez adoptado el acuerdo, será para su ejecución, ya que de interponerse una demanda sobre el mismo objeto, la parte demandada podrá oponer la existencia del acuerdo vinculante.
2. La fuerza ejecutiva del acuerdo entre las partes intervinientes. Como ha quedado reseñado anteriormente, el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral equipara el intento de conciliación realizado ante el servicio administrativo correspondiente y el que se lleve a cabo ante el órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante los Acuerdos Interprofesionales. Por su parte, el Reglamento del SERCLA para conflictos individuales dispone expresamente en el artículo 3.2 in fine y en el artículo 11.2, que los acuerdos que se alcancen en el procedimiento de Conciliación-Mediación serán directamente ejecutables por los trámites de ejecución de las sentencias firmes del artículo 68 de la Ley de Procedimiento Laboral. Esta última norma declara que lo acordado en conciliación, tendrá fuerza ejecutiva entre las partes, sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal, pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias, es decir, conforme a lo preceptuado en los artículos 235 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral. Sin embargo, el artículo 10.2 del Reglamento reseñado establece un trámite previo ante el SERCLA que, en caso de incumplimiento de lo pactado, podrá instarse, a requerimiento de cualquiera de las partes afectadas, ante la Comisión de Conciliación-Mediación, la cual, al día siguiente hábil de la presentación del escrito, citará a las partes a una comparecencia, dentro de los dos días hábiles siguientes. Si en esta comparecencia



no se llegase a un acuerdo, el propio SERCLA trasladará a la Jurisdicción Laboral el expediente, comprometiéndose a colaborar en cuanto ésta determine para la obtención del cumplimiento de lo acordado.

3. La iniciación del trámite de Conciliación-Mediación, de conformidad con el artículo 3.2 del Reglamento suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los plazos de prescripción. Esta consecuencia es lógica y necesaria, teniéndose en cuenta que puede que este medio de solución no finalice por acuerdo, en cuyo caso, las partes tendrán expedita la vía judicial para la interposición de la demanda correspondiente.
4. La eficacia del acuerdo adoptado en la Conciliación-Mediación frente al Fondo de Garantía Salarial plantea algunos problemas, por lo que es necesario abordar esta cuestión, con un análisis detenido de lo preceptuado en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, que regula la responsabilidad de este Organismo Autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para los supuestos de concurso del empresario. La responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en el abono de los salarios de los trabajadores pendientes de pago y de los salarios de tramitación, reconocidos en el acto de conciliación, viene expresamente reconocida en el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores. Y ha de entenderse que el legislador al referirse al acto de conciliación, considera también como tal, el acuerdo adoptado en la Conciliación-Mediación celebrada en el seno del SERCLA. El Fondo de Garantía Salarial no podrá abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento cincuenta días. Sin embargo, respecto de las indemnizaciones de los trabajadores, derivadas del despido o de la extinción del contrato, para que responda el Fondo, exige el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores que hayan sido reconocidas por Sentencia, Auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa. Consiguientemente, el Fondo de Garantía Salarial no responde de las indemnizaciones pactadas en los acuerdos adoptados en el seno del SERCLA, en el caso de insolvencia del empresario. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 306/1993, de 25 de octubre, ha declarado que esta circunstancia no viola el derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, sí que tendrá que tenerla en cuenta el trabajador a la hora de decidir si le conviene o no llegar a un acuerdo, cuando exista la probabilidad de una insolvencia empresarial y, no fomenta la utilización de los medios de solución extrajudicial de los conflictos laborales individuales.
5. Por último, ha de examinarse la eficacia de los acuerdos adoptados en la Conciliación-Mediación respecto de la situación legal de desempleo del afectado. El Servicio Público de Empleo Estatal viene admitiendo, como forma de acreditar la situación legal de desempleo, el acuerdo dictado en los medios de solución extrajudicial de conflictos individuales, dada la equiparación de los mismos con la conciliación administrativa. El artículo 1 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, - en vigor, con carácter reglamentario, en materia de desempleo, hasta que no se desarrolle la Ley



General de la Seguridad Social -, establece la forma de acreditar la situación legal de desempleo. Y así, en relación con la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, fundada en incumplimientos reiterados y constantes del empresario, a tenor del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 1.1 i) del Real Decreto 625/85 exige para acreditar la situación legal de desempleo, la resolución judicial definitiva. Sin embargo, el Servicio Público de Empleo Estatal viene aplicando la doctrina jurisprudencial, sentada, entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, de 14 de julio de 1994 y, admitiendo que la conciliación ante los órganos creados por los Acuerdos Interprofesionales, es válida también a estos efectos. Y también, en los casos de opción por la extinción del contrato de los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, cuando el trabajador no acepte la movilidad geográfica o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, viene admitiendo el Servicio Público de Empleo Estatal la conciliación como forma de acreditar la situación legal de desempleo, a pesar de que el artículo 1.1 h) del Real Decreto 625/85, parece no admitirla. Tan sólo no se admitirá el acuerdo y tampoco la conciliación administrativa, en los supuestos despidos colectivos, en los que será necesaria la Resolución de la Autoridad Laboral, ya que si los contratos de trabajo se extinguen por el Juez del Concurso, en la propia resolución judicial se declara a los trabajadores en situación legal de desempleo.

VI. EFICACIA DEL LAUDO FIRME DICTADO EN EL ARBITRAJE

Los efectos que despliega el laudo firme dictado en el procedimiento de Arbitraje se analizarán siguiendo la misma sistemática que en el epígrafe anterior.

1. Impedirá a las partes afectadas plantear acciones judiciales o administrativas sobre el mismo objeto de conflicto resuelto por el laudo, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento del SERCLA para los conflictos individuales. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 17 de julio de 2001 declaró que, al ser el laudo arbitral directamente ejecutable, la demanda presentada sobre la misma cuestión resuelta en éste, debió ser desestimada por el Juzgado de lo Social, pues se da la excepción de cosa juzgada que fue alegada y que la sentencia de instancia debió apreciar.
2. La fuerza ejecutiva de los laudos arbitrales firmes, es reconocida expresamente en la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Procedimiento Laboral que los equipara a las sentencias firmes, a efectos de ejecución. De acuerdo con el artículo 17 del Reglamento, el plazo de impugnación previsto para los laudos es el de 30 días, lo que habrá de tenerse en cuenta para determinar la firmeza del mismo. Cabría plantearse si el laudo no firme también estaría equiparado a la sentencia no firme y, por lo tanto, si se podría ejecutar provisionalmente. Dado el silencio del legislador al respecto, ha de concluirse que los laudos que no hayan adquirido firmeza, no serán ejecutables provisionalmente.



3. La iniciación del trámite del Arbitraje, de acuerdo con el artículo 3.2 del Reglamento, suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los plazos de prescripción. Esta previsión, que es razonable para la Conciliación-Mediación, sin embargo, en relación con el Arbitraje, no es tan clara, ya que si bien, tras la primera, las partes pueden acudir a la vía judicial, el laudo arbitral que se dicte en el Arbitraje, resuelve el conflicto y es, como se ha indicado, directamente ejecutable por el trámite de ejecución de las sentencias firmes. De este modo, ya no se reanuda el plazo de caducidad de la acción, ni empezará, de nuevo, el plazo de prescripción, sino que operará el plazo procesal para instar la ejecución ante el orden jurisdiccional social.

4. La eficacia de los laudos arbitrales frente al Fondo de Garantía Salarial, para hacer efectiva la responsabilidad de este Organismo, en los supuestos de concurso del empresario, plantea problemas de interpretación. Y así, el artículo 33.1, en relación con la responsabilidad del Fondo por los salarios pendientes de pago y por los salarios de tramitación, se refiere sólo a las cantidades reconocidas en el acto de conciliación o en la resolución judicial, omitiendo toda alusión al laudo arbitral. Por su parte, respecto de las indemnizaciones derivadas del despido o de la extinción de los contratos, el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el Fondo de Garantía Salarial abonará las reconocidas en la Sentencia, el Auto, el acto de conciliación judicial o la resolución administrativa. Por lo tanto, tampoco se refiere al laudo arbitral. Sin embargo, el artículo 33.9 del Estatuto de los Trabajadores establece que el Fondo de Garantía Salarial tendrá la consideración de parte en la tramitación de los procedimientos arbitrales, a efectos de asumir las obligaciones previstas en este artículo. Esta norma permite concluir que el Fondo de Garantía Salarial responderá de los salarios pendientes de pago, de los salarios de tramitación y de las indemnizaciones, hasta el tope legal al que alcanza su responsabilidad, claro está y, siempre que haya intervenido en el procedimiento arbitral.

5. La eficacia del laudo arbitral frente al Servicio Público de Empleo Estatal, a los efectos de acreditar la situación legal de desempleo del interesado ha sido escasa, debido a que tanto la Ley General de la Seguridad Social como el Real Decreto 625/85 se refieren a la conciliación pero no al laudo arbitral, por lo que el reseñado Organismo es reticente para reconocer la situación legal de desempleo derivada del laudo arbitral, sobre todo en el arbitraje de equidad, aunque parece que, actualmente, la situación va cambiando.

A modo de conclusión, se puede afirmar que el Reglamento del SERCLA en los conflictos individuales merece una valoración positiva, debiendo fomentarse la utilización de la Conciliación-Mediación y del Arbitraje, como medios de solución extrajudicial, - no alternativos a la vía judicial, sino complementarios de ésta -, a través de las cláusulas de sometimiento expreso que habrán de incluirse en los Convenios Colectivos y en los Acuerdos de Empresa o de Centros de Trabajo. La eficacia y la utilización de estos medios de solución extrajudicial de los conflictos individuales queda, en gran medida, en manos de los interlocutores sociales.



