

**Recopilación de Conferencias.
Jornadas del Consejo Andaluz
de Relaciones Laborales**

2006

Edita: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Impresión: Dogma fx

Depósito Legal: SE-2151-2007

índice

CAPITULO 1 – IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	
LAS IMPLICACIONES LABORALES DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD: PANORAMA GENERAL.....	13
D. Jesús R. Mercader Uguina Conferencia presentada en las jornadas CARL, en colaboración con la Universidad de Cádiz sobre La futura Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Cádiz, 16 y 17 de noviembre de 2006.	
LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES. VISION GENERAL	31
Dña. Teresa Pérez del Río Conferencia presentada en las jornadas CARL, en colaboración con la Universidad de Cádiz sobre La futura Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Cádiz, 16 y 17 de noviembre de 2006.	
PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	43
Dña. María Fernanda Fernández López Conferencia presentada en las jornadas CARL, en colaboración con la Universidad de Cádiz sobre La futura Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Cádiz, 16 y 17 de noviembre de 2006.	
PREVENCIÓN Y TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA.....	59
D. Jaime Cabeza Pereiro Conferencia presentada en las jornadas CARL, en colaboración con la Universidad de Cádiz sobre La futura Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Cádiz, 16 y 17 de noviembre de 2006.	
CAPITULO 2 – EMPLEO Y CONDICIONES DE TRABAJO	
MODALIDADES DE CONTRATACIÓN LABORAL (CONTRATOS TEMPORALES Y CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL)	69
D. Jesús R. Mercader Uguina Conferencia presentada en las jornadas CARL, en colaboración con la Universidad de Granada sobre La Situación Laboral en España y Andalucía. Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.	



CALIDAD DEL EMPLEO Y FLEXIBILIDAD LABORAL EN LOS GRANDES ACUERDOS DE CONCERTACIÓN SOCIAL.....	79
--	----

D. José Vida Soria

Conferencia presentada en las jornadas CARL, en colaboración con la Universidad de Granada sobre La Situación Laboral en España y Andalucía. Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.

EL CONTROL COLECTIVO DE LOS PROCESOS DE SUBCONTRATACIÓN	83
---	----

D. José Luis Monereo Pérez

Conferencia presentada en las jornadas CARL, en colaboración con la Universidad de Granada sobre La Situación Laboral en España y Andalucía. Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.

PRECARIEDAD Y SEGURIDAD SOCIAL. EL TRABAJO ATÍPICO Y SUS RELACIONES CON LA PROTECCIÓN SOCIAL.....	141
--	-----

D. Juan López Gandía

Conferencia presentada en las jornadas CARL, en colaboración con la Universidad de Granada sobre La Situación Laboral en España y Andalucía. Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.

EMPLEO TEMPORAL Y VENTAJAS COMPETITIVAS	169
---	-----

D. Manuel Alcaide Castro

Conferencia presentada en las VI Jornadas Técnicas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía. Sevilla, 25 y 26 de septiembre de 2006.

CAPITULO 3 – LA REFORMA LABORAL REFORMA LABORAL Y CONTRATACIÓN TEMPORAL.....	189
--	-----

D. Juan García Blasco

Conferencia presentada en las jornadas CARL, en colaboración con la Universidad de Granada sobre La Situación Laboral en España y Andalucía. Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.

DESEMPLEO Y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN LA REFORMA LABORAL	191
--	-----

D. Santiago González Ortega

Conferencia presentada en las III Jornadas Andaluzas de Graduados Sociales. Jaén, 12 y 13 de julio de 2006.

CAPITULO 4 – CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR.....	207
--	-----

Dña. Cristina Blasco Rasero

Conferencia presentada en las jornadas CARL en colaboración con la Universidad Pablo de Olavide, sobre Conciliación de la Vida Laboral y Familiar. Sevilla, 28 de marzo de 2006.

EL PAPEL DE LAS EMPRESAS EN LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL.....	223
---	-----

Dña. Mercedes Sánchez–Apellániz

Conferencia presentada en las jornadas CARL en colaboración con la Universidad Pablo de Olavide, sobre Conciliación de la Vida Laboral y Familiar. Sevilla, 28 de marzo de 2006.



ASPECTOS LABORALES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. PREVENCIÓN DE RIESGOS POR RAZONES DE REPRODUCCIÓN Y EMBARAZO	239
---	-----

Dña. Josefina Galindo Sánchez

Conferencia presentada en las VI Jornadas Técnicas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía. Sevilla, 25 y 26 de septiembre de 2006.

CAPITULO 5 – MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA PRECARIEDAD Y EXCLUSIÓN EN EL MERCADO DE TRABAJO	265
--	-----

D. Juan Torres López

Conferencia presentada en las jornadas CARL, en colaboración con la Universidad de Granada sobre La Situación Laboral en España y Andalucía. Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.

EL TEJIDO PRODUCTIVO Y EMPRESARIAL EN LA ANDALUCÍA DE 2006.....	273
---	-----

D. Antonio Moya Monterde

Conferencia presentada en las jornadas CARL sobre Factor Empresarial y Desarrollo Económico en Andalucía. Sevilla, 17 y 18 de octubre de 2006.

LA PROMOCIÓN DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA EN EUROPA Y ESPAÑA.....	281
--	-----

D. Eugenio Triana García

Conferencia presentada en las jornadas CARL sobre Factor Empresarial y Desarrollo Económico en Andalucía. Sevilla, 17 y 18 de octubre de 2006.

PRECARIEDAD LABORAL Y FORMAS DE GESTIÓN INDIRECTA DE LA MANO DE OBRA (EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y SUBCONTRATACIÓN).....	295
---	-----

D. José Luis Monereo Pérez

Conferencia presentada en las jornadas CARL, en colaboración con la Universidad de Granada sobre La Situación Laboral en España y Andalucía. Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.

LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS A TRAVÉS DE LOS MECANISMOS DE ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO.....	311
---	-----

D. José M. Morales Ortega

LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN ESPAÑA	323
---	-----

D. Francisca Fuentes Rodríguez

Conferencia presentada en las jornadas sobre Solución Extrajudicial de Conflictos. Cádiz, 27 y 28 de 2006.



prólogo

La programación anual formativa del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales se diseña cada año teniendo en cuenta las líneas prioritarias de formación, investigación y divulgación que, en base a criterios de actualidad, relevancia e interés para el conjunto del Sistema, se establecen al comienzo de cada ejercicio. Durante el año 2006, se fijaron como prioritarios los contenidos de los trabajos desarrollados por las Comisiones Técnicas del CARL creadas al amparo del VI Acuerdo de Concertación Social, los temas abordados en los observatorios laborales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y aquellas cuestiones de actualidad que pudieran surgir a lo largo del año y se considerasen de máximo interés.

Con este planteamiento, el CARL ha organizado durante el 2006 y en colaboración con distintas instituciones, –Universidades, el Orden Social de la Jurisdicción, la Inspección de Trabajo y los Colegios Oficiales de Graduados Sociales– un total de 30 jornadas, en las que se han abordado las materias antes mencionadas. Al cierre del ejercicio, se ha realizado una selección de las conferencias ofrecidas en el marco de dichos eventos, con la intención de maximizar su difusión y enriquecer así la actividad formativa desarrollada por el CARL, haciéndola accesible a un público más amplio.

Tras la recopilación de los textos facilitados por los conferenciantes, han surgido cinco grupos o categorías temáticas como son “Igualdad y no discriminación”, “Empleo y condiciones de trabajo”, “Reforma laboral”, “Conciliación de la vida laboral y familiar” y “Mercado de trabajo en Andalucía”.

Es por tanto, el deseo de este Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, ofrecer al público interesado el fruto del trabajo desarrollado a lo largo del año, no sólo para cumplir con las funciones que por Ley tiene asignadas la Institución, sino para seguir respondiendo al compromiso que desde hace ya más de veinte años mantenemos con la sociedad de contribuir al mejor y mayor desarrollo de nuestro Sistema de Relaciones Laborales.

MERCEDES RODRÍGUEZ–PIÑERO Y BRAVO–FERRER
Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales



1

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

LAS IMPLICACIONES LABORALES DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD: PANORAMA GENERAL

**Sobre La futura Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres.
Cádiz, 16 y 17 de noviembre de 2006.**

Jesús R. Mercader Uguina

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

I. ¿EXISTE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL MERCADO DE TRABAJO?

Es un hecho indiscutido e indiscutible el aumento de la ocupación femenina en nuestro mercado de trabajo. La tasa de actividad femenina del conjunto de la Unión Europea creció casi 4 puntos porcentuales entre 1992 y 2002, mientras que la española aumentó cerca de 8 puntos. Un dato para la reflexión es que la mayor parte del empleo creado en el sector público en España entre los años 1987 y 2004 ha recaído en mujeres (86%); mientras que en el sector privado se ha situado en el 53%. La composición por sexos en el empleo público ha alcanzado una posición equilibrada en 2004, situación similar a la de los países de nuestro entorno. De todas formas, la distancia en las tasas de empleo de hombres y mujeres sigue siendo muy amplia, más de 25 puntos a favor de los primeros, como también lo es en las tasas de paro que, en el promedio de 2002, fue un 16,4 por 100 en el caso de las mujeres, y un 8 por 100 en el de los varones.

Si en términos generales, la tasa de actividad femenina en la UE (en torno a un 59,2%) es inferior a la masculina (en torno a un 78,1%) y parece consolidarse un modelo de empleo femenino a tiempo parcial (1 de cada 3), los datos comparativos para los distintos Estados miembros permiten destacar la existencia de importantes diferencias entre ellos, y en concreto concluir la desventaja de las mujeres españolas. La tasa de actividad femenina en España es inferior a la media (en torno al 48,5%). Asimismo, el porcentaje de mujeres con contratos a tiempo parcial (17,6%) es significativamente más bajo que el promedio de la Unión (33,4%). Sin embargo, los hombres y las mujeres muestran tasas de temporalidad muy similares y en proceso continuado de lenta aproximación (28,9% y 34,2%), y como hemos visto el empleo femenino en España no se identifica fundamentalmente con el desempeño de trabajos a tiempo parcial.

España no sólo es uno de los países de la Unión Europea donde las diferencias salariales son más acusadas, sino que también donde el paro femenino es más elevado y existen mayores diferencias entre la tasa de actividad de mujeres y hombres.



Pues bien, a pesar del avance que ha supuesto en la igualdad real de la mujer con el hombre en el ámbito laboral la intervención de los poderes públicos nacionales y comunitarios, la discriminación salarial por razón de género es un hecho todavía patente en nuestra sociedad actual. Ciertamente, las estadísticas siguen mostrando la diferencia que sigue persistiendo en la remuneración por sexos. Buena muestra de ello es el Informe Employment in Europe 2003: the main findings, en el que la Comisión Europea señala que con carácter general en todos los mercados de trabajo de la Unión Europea persisten las diferencias salariales por razón de género, siendo España uno de los países donde la diferencia es más alarmante. Concretamente, si en los países de la Unión Europea la diferencia salarial por razón de género es de un 15%, en nuestro país, la cifra prácticamente se duplica, ya que las trabajadoras cobran entre un 27% y un 28% menos que los hombres.

Las diferencias en las cuantías de la pensión media de dos clases de pensión por razón de sexo se pueden observar en el cuadro siguiente, y llama poderosamente la atención que en el caso de la pensión de jubilación de personas comprendidas entre 50 y 54 años, la de las mujeres sólo alcanza el 25,4% de la de los hombres, para luego en los siguiente tramos de edad situarse en torno al 64,5%. Hay tramos de edad en que la media de las pensiones de incapacidad permanente de las mujeres sólo alcanza el 46,1% de la de los hombres, pero también en otros tramos llega incluso al 92,3%. En cualquier caso, la pensión media de las mujeres en ningún tramo de edad, sea de jubilación o de incapacidad, es igual o superior a la de los hombres.

La media de las pensiones de las mujeres es más alta cuando se trata de la incapacidad permanente que cuando es la de jubilación. Esta situación tiene su justificación: un factor determinante de la cuantía de las pensiones de jubilación no solo son las bases de cotización por las que se ha cotizado, sino también el período de tiempo que se ha hecho; sin embargo la cuantía de la pensión de incapacidad se determina teniendo en cuenta sólo las bases de cotización, siendo indiferente el período que se ha cotizado a la seguridad social. Eso demuestra que las mujeres no mantienen una biografía de cotización constante a lo largo de su vida, lo que conlleva que cuando para determinar la cuantía de las pensiones se tiene en cuenta el período durante el cual se ha cotizado a la seguridad social, las mujeres salen “perjudicadas” con esa regulación.

Los salarios de las mujeres son también más bajos que los de los hombres, lo que también evidentemente se traduce en pensiones más bajas. Así pues, si como sucede en el caso de las pensiones de jubilación que se tienen en cuenta dos factores para la determinación de la pensión, (las bases de cotización, – los salarios – y, además el período que se cotiza a la seguridad social), el resultado es una pensión a las mujeres sensiblemente inferior que la de los hombres.



II. FUNCIONES DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

La referencia constante que hace el Proyecto a las mujeres y a su situación social de desventaja, y a un “genuino derecho de las mujeres” a la igualdad, refleja el significado general del Proyecto. Aunque su rúbrica se refiera genéricamente a la igualdad entre mujeres y hombres, su propósito fundamental va más allá del reconocimiento efectivo de la paridad o igualdad formal entre unas y otros y persigue la consecución de una igualdad plena y efectiva, eliminando situaciones reales de desigualdad que están perjudicando a las mujeres, mediante una acción normativa tendente a “combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla” [art. 1.1 PLOMH].

Desde la proclamada perspectiva de un “derecho de las mujeres”, el Proyecto trata de favorecer su situación, a través de un conjunto de medidas que responden al ambicioso objetivo de prevención y eliminación de conductas discriminatorias que perjudican a la mujer, y de políticas activas de igualdad a favor de la mujer. Se proyecta así el principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento y de la realidad social, mediante una regulación “transversal” y horizontal que alcanza a diferentes materias y ámbitos normativos, lo que se refleja en la estructura de la ley (con numerosas disposiciones adicionales que modifican la legislación vigente). El Proyecto supone un nuevo paso en el logro de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres que la propia Constitución se propone, al proclamar la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1), al prohibir la discriminación por razón de sexo (artículo 14), al imponer a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (artículo 9.2), al proteger la dignidad de la persona (artículo 10.1), que puede verse afectada por tratos discriminatorios.

2. Nuestro Tribunal Constitucional ha interpretado de forma sistemática la interdicción de discriminación por razón de sexo, otorgando una especial operatividad a la exigencia de igualdad de trato al poner en conexión esa interdicción con el objetivo de suprimir las situaciones de discriminación que sufren las mujeres. La jurisprudencia constitucional ha diseñado criterios firmes sobre la tutela antidiscriminatoria, como el aligeramiento de la carga de la prueba, la nulidad de medidas discriminatorias, la noción de discriminación indirecta, o, más recientemente, la garantía de indemnidad. Estas medidas de tutela antidiscriminatoria se han enmarcado en la tutela de otros derechos fundamentales y de otros motivos vedados de discriminación previstos explícita o implícitamente en el artículo 14 de la Constitución.

Esa doctrina constitucional se ha reflejado, sobre todo, en la legislación laboral, en las sucesivas reformas del Estatuto de los Trabajadores y otras leyes laborales, entre las más recientes la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en la que se ha establecido un marco legal general para combatir la



discriminación, incluyendo una definición legal de la discriminación directa e indirecta y una protección frente al acoso, regulación de la igualdad de trato en el ámbito del empleo que se ha extendido al de la función pública.

El Proyecto aborda, más allá de la discriminación por desigualdad de trato, el tema de la igualdad sustancial, a través, ante todo, de políticas públicas y acciones administrativas para la igualdad. También aquí, el Anteproyecto en parte confirma políticas y medidas precedentes. Nuestra jurisprudencia constitucional ha venido aceptando la adopción de medidas compensatorias o acciones positivas para reequilibrar situaciones previas de desigualdad arraigadas, para promover condiciones y eliminar obstáculos que impidan a la mujer una igualdad real y efectiva con los hombres.

En los planes de empleo, incluido el aprobado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, se han introducido medidas de acción positiva a favor de las mujeres. Tampoco puede desconocerse la existencia de diversos planes de igualdad de oportunidades –tanto de ámbito estatal como autonómico–, que han establecido medidas de impulso y planificación de políticas de igualdad; o la aprobación de leyes autonómicas para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, orientadas a favorecer la integración de la perspectiva de género en las actuaciones de los poderes públicos y a crear una estructura administrativa e institucional para fomentar la igualdad de género. Pero no debe ignorarse que también se han diseñado medidas de acción positiva para los discapacitados. Así, cabe citar la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, que ha establecido medidas específicas a favor de esas personas, en cuestiones que también son abordadas en el presente Proyecto, o en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en relación con las víctimas de la violencia de género, que adoptó, una perspectiva de género vinculada a la situación de desequilibrio de las mujeres en diversos ámbitos de la vida social. La unilateralidad de la que parte el Proyecto puede crear dificultades de coordinación entre las diversas políticas de favorecimiento de la igualdad de oportunidades.

El Proyecto contiene algunas novedades muy significativas, que cabría sintetizar en dos puntos, que en la memoria justificativa se entremezclan, pero que suponen métodos y lógicas sustancialmente diferentes. El Proyecto, aunque acertadamente no se define como “integral”, quiere integrar en su regulación temas diferentes, respondiendo al objetivo global de eliminar discriminaciones, promover la igualdad entre hombres y mujeres para facilitar una participación y representación iguales de los ciudadanos de ambos sexos en la vida política, económica, social, cultural y civil, desplazando la atención de la igualdad de género más allá del plano originario del empleo y de la formación.

Ello supone, por un lado, una ampliación de las políticas de igualdad a nuevos ámbitos, y, por otro lado, un cambio de enfoque desde la superación de una concepción sectorial de las políticas de igualdad. Una consideración global del Proyecto permite apreciar que en el mismo se contiene más el primer aspecto, la ampliación, e incluso intensificación, de las políticas de igualdad, que la superación de la sectorialización de las políticas de



igualdad, al incorporar ese objetivo en el conjunto de políticas públicas, movilizándolas a favor de la igualdad de oportunidades, incluyendo la perspectiva de género en todos los estadios de elaboración y puesta en práctica de esas políticas.

La transversalidad implica la movilización de todas las políticas generales y medidas con el propósito específico de lograr la igualdad, teniendo en cuenta, activa y abiertamente, en la fase de planificación, sus posibles efectos sobre las situaciones respectivas de hombres y mujeres. [Comisión Europea, 1995]

La transversalidad es la integración de la igualdad de oportunidades en el desarrollo, aplicación, evaluación y revisión de todas las políticas (...) Implica hacer que la igualdad de oportunidades sea responsabilidad de una amplia gama de actores, incluyendo a políticos y colaboradores externos.

Esta idea de la transversalidad ya fue tenida en cuenta en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, que impuso la evaluación del impacto por razón de género en el proceso de elaboración de toda norma estatal, al objeto de evitar consecuencias negativas, intencionales o no, que favorecieran situaciones de discriminación. Esa norma suponía una superación de una concepción sectorial de las políticas de igualdad, e implicaba la aceptación de una concepción de la igualdad como situación objetiva en la que hombres y mujeres puedan desarrollar sus capacidades personales y decidir sobre su destino vital sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales, con una distribución desigual de tareas, responsabilidades, beneficios y ventajas.

Aunque el Proyecto pretenda justificarse, más que en nuestra Constitución, en las tendencias internacionales y comunitarias, tanto aquélla como éstas suscitan plantear, con un alcance transversal, el conjunto de las políticas públicas, el llamado *mainstreaming* de género, como el modo más eficaz y efectivo para conseguir la igualdad, no solo en el plano del empleo y la ocupación. Así, pudiera ser más útil para las mujeres que en el diseño de la política de vivienda se tuviera en cuenta la problemática específica de género que conceder algunas ventajas de acceso a vivienda en políticas que en su diseño global no han tenido en cuenta los problemas específicos de la mujer. La perspectiva transversal de la que dice partir el Proyecto debería implicar un mayor uso del “enfoque dual”, de modo que la integración de la dimensión de género en todas las políticas públicas pudiera venir acompañada de acciones positivas a favor de la igualdad.

III. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROYECTO DE LEY DE IGUALDAD

Si bien la incorporación de la mujer al trabajo en los niveles a los que nos acabamos de referir, lo cierto es que, tanto la Constitución Española, como la Europea, se han ocupado de la tutela de la mujer trabajadora en sus más diversas dimensiones, probablemente



porque, como se ha dicho, el trabajo representa en la actualidad la mayor posibilidad de liberación de la mujer en la sociedad. Lo cierto es que dicho interés se ha centrado en el deseo de evitar tratamientos diferenciales ofensivos a la dignidad, por lo que el actuar constitucional se ha centrado en el deseo de evitar tratamientos discriminatorios.

1. La igualdad entre mujeres y hombres y la igualdad social de la situación real de las mujeres [art.1.1 PLOIHM]

El artículo 1 del Proyecto refleja la ambivalencia de la “igualdad entre mujeres y hombres” que se proclama como objetivo primordial de la proyectada Ley. Dicho precepto menciona el artículo 14 de la Constitución y se ampara en el derecho a la igualdad y en la proscripción de toda discriminación; en esta línea, la ley se titula “de igualdad entre mujeres y hombres”. Ahora bien, la igualdad y la no discriminación están ya sancionados al máximo nivel jerárquico en nuestro ordenamiento y no requieren de nuevas corroboraciones jurídicas. Sucede que, como es sabido, ese derecho formal a la igualdad requiere para que sea efectivo establecer en la sociedad unas condiciones materiales que permitan el ejercicio igualitario de los derechos, más allá de su necesaria pero insuficiente proclamación positiva. Por ello, ese mismo artículo 1 señala que su objetivo es “hacer efectivo” el principio de igualdad y en su apoyo menciona el artículo 9.2 de la Constitución.

2. Los derechos y obligaciones de españoles y extranjeros. [art. 3 PLOIMH]

“Todos gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo”. Y añade: “las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia”. En particular, excluir a los extranjeros por principio de los derechos establecidos en la ley sería excluirlos de un derecho fundamental atinente a la dignidad de la persona.

3. Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. [art. 4 LOIMH]

La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

El Proyecto califica la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como principio informador del ordenamiento jurídico, llamándolo a formar parte de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Conforme al Código Civil, los



principios generales, sin perjuicio de su carácter informador, se aplican en defecto de ley o costumbre. A este respecto, el CES considera que genera confusión el que un derecho de aplicación inmediata, como es el de igualdad se enuncie en este precepto como mero principio informador.

4. Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo [art. 5.1 LOIMH]

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

El art. 35.1 CE, que reconoce el derecho al trabajo, expresamente recoge que, en el ejercicio de dicho derecho, *“en ningún caso puede hacerse discriminación por razón de sexo”*. En desarrollo del aludido precepto, el art. 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores reconoce a los trabajadores el derecho básico a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados, por razones de sexo; igualmente, en este sentido, el art. 17 del mismo cuerpo legal considera nulos los preceptos reglamentarios, cláusulas de los convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo en el empleo, retribución, jornada y demás condiciones de trabajo.

Consecuentemente, podría afirmarse que las conductas discriminatorias por razón de sexo no han de producirse en el acceso al empleo ni tampoco en su mantenimiento. Así lo confirma el Tribunal Constitucional en su STC 29/2002, de 11 de febrero al argumentar que *“no puede mantenerse que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta discriminatoria, sino que la discriminación puede viciar también actuaciones relativas al acceso al empleo o a su mantenimiento”*, para continuar diciendo que *“los efectos de una conducta discriminatoria relativa al acceso al empleo o a su mantenimiento pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario”*. Más concretamente se ha pronunciado el Tribunal Constitucional afirmando que *“el derecho al trabajo se reconoce indistintamente a hombres y mujeres”*

Al hilo de lo hasta aquí comentado, y siguiendo con la no discriminación por razón de sexo en el empleo, también el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, abriendo un camino hacia la igualdad real en el empleo, a favor de eliminar todas aquellas normas que por su excesiva protección a la mujer, tuvieran un claro efecto *“boomerang”* para



éstas. Así lo hizo en su STC 28/1992, de 9 de marzo, donde el Alto Tribunal concluye que *“la prohibición de la discriminación por razón de sexo exige la eliminación de las normas protectoras del trabajo femenino que pueden suponer un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo, en igualdad de condiciones de trabajo con los varones”*. En efecto, el Tribunal Constitucional con sentencias como las aludidas ha venido otorgando una tutela especial al colectivo femenino como grupo social aún en desventaja respecto al masculino en el ámbito del Derecho del trabajo. Por este motivo, ha reaccionado contra estereotipos como pueda ser el de la inferioridad física de la mujer o su mayor vocación hacia tareas familiares y domésticas; y lo ha hecho rechazando las normas falsamente protectoras de la mujer.

5. Trabajos prohibidos a mujeres [art. 5.2 LOIMH]

Las discriminaciones directas abiertas a las mujeres en el acceso al trabajo derivaban, fundamentalmente, de las listas de trabajos prohibidos a las mismas. En la Unión Europea el art. 2.6 de la citada Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres establece ya, recogiendo la doctrina del TJCE, que los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Se prevé así que en determinadas actividades profesionales, diferencias de trato por o vinculadas al sexo del trabajador, debidamente justificadas, no se consideren discriminaciones prohibidas.

Esta previsión, en todo caso, por su carácter de excepción, debe ser objeto de una interpretación restrictiva. Igualmente, serían admisibles diferencias de trato que encuentren justificación en situaciones que puedan poner en peligro la seguridad pública, y que en cuanto constituyen excepciones han de ser objeto de una interpretación restrictiva.

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. [art. 5.2]

El TJCE apreció la justificación de dichas exclusiones de acceso por razón de sexo, por ejemplo en los puestos de vigilante jefe de prisiones (STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Comisión vs. Francia), en determinadas actividades como las de policía ejercidas en una situación de graves disturbios internos (STJCE de 15 de mayo de 1986, asunto Johnston), en el servicio en determinadas unidades de combate especiales (negativa a contratar a cocinera en los Royal Marines: STJCE de 26 de octubre de 1999, asunto Sirdar



vs. The Army Board), o, de forma reciente, la reserva del servicio militar obligatorio a los hombres 11 de marzo de 2003, asunto Alexander Dory).

6. Discriminación directa

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

6.1. Discriminaciones en el acceso al empleo: requisitos y pruebas de acceso al trabajo con efecto adverso sobre las mujeres

En el acceso al trabajo la prohibición de discriminación indirecta viene a repudiar aquellos procedimientos de selección, o en general prácticas empresariales, que excluyan a un mayor número de candidatos–mujeres, siempre que no concurra una justificación suficiente, atendiendo a las necesidades de la empresa, y en concreto a las exigencias de los trabajos ofertados.

La importancia del test de no discriminación indirecta en este terreno es evidente, no en vano, la doctrina judicial sobre discriminación indirecta en otros países se ha ido desarrollando al hilo de la impugnación de procedimientos de selección, que tenían un efecto adverso sobre las mujeres. Los procedimientos de selección que excluyan un mayor número de mujeres, para no constituir una discriminación indirecta, deben de basarse en criterios y pruebas que se justifiquen, bajo un control de necesidad e idoneidad, atendiendo a las características del puesto de trabajo de que se trate.

Nuestra práctica judicial se encuentra aún ausente de ejemplos de aplicación del test de discriminación indirecta en el acceso al empleo. Sólo recientemente surgen los primeros casos de denuncias frente a empresas que sistemáticamente no contratan a las mujeres. Una empresa que sistemáticamente no contrata a mujeres para las tareas de limpieza viaria incurre en una discriminación en el acceso por razón de sexo: Sentencia del TSJ del País Vasco de 30-1-2001.

Varios asuntos se han planteado con dicho telón de fondo en nuestro derecho. Un primer ejemplo puede hallarse en la SAN 24 de marzo de 1999 (LA LEY JURIS: 6203/1999) y la STS 27 de diciembre de 1999 (LA LEY JURIS: 43089/1999) que admitieron la licitud de una convocatoria de ámbito nacional, de la empresa Iberia LAE, para cubrir necesidades temporales de plazas de auxiliares de vuelo (tripulantes de cabina de pasajeros). Entre otros requisitos, para participar y acceder posteriormente a los puestos de trabajo, la convocatoria exigía una edad entre 18 y 25 años, una estatura entre 1,64 y 1,82 metros para las mujeres y entre 1,74 y 1,90 metros para los hombres, usar microlentillas en caso de necesitar lentes correctoras (no más de dos dioptrías) y poseer una “buena imagen” en caso de superar el acceso. En particular, por lo que hace al último requerimiento, la primera de las sentencias citadas señala que, a pesar del subjetivismo que pueda haber en esta definición de buena imagen, algo sí indica, y es lo contrario: que no se puede



aspirar a este trabajo con un conjunto de rasgos físicos que caracterizan lo que en el sentir común y general se entiende por una mala imagen física: excesiva circunferencia abdominal, semblante de adefesio (sic) o patibulario (sic), etc. Tratándose de un trabajo directo de atención al público, en competencia con otras compañías del sector, no resulta exagerado exigir lo que otras empresas definen en anuncios-convocatoria de trabajo como “buena presencia”, para lo que no existen características definidas, sino que son las que el acervo socio-cultural de un país entiende como buena imagen o buena presencia, concepto que, aunque encierra ciertamente una dosis de subjetividad, constituye un concepto de aproximación a una realidad bastante delineada y formada como lo es la de buena, o nula, imagen física”. Para el Tribunal Supremo, la noción de buena imagen es, de alguna manera, un compendio de los demás requisitos de acceso, y no hay factores relevantes que hagan discriminatoria tal exigencia: se trata de una empresa privada de servicios que opera en régimen de libre competencia, en el sector de las líneas aéreas; los tripulantes de cabina o auxiliares de vuelo proyectan sobre los clientes, de manera constante y habitual, la imagen de la compañía, que, naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse en condiciones razonables de igualdad con otras empresas dedicadas a la misma actividad; en suma, la justificación objetiva y razonable del requisito priva a éste de todo carácter discriminatorio”.

6.2. Discriminación por embarazo o maternidad.

Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

6.2.1. No contratación de trabajadoras embarazadas

Son muchos ya los ejemplos de Sentencias del TJCE que han considerado contraria a la igualdad la negativa empresarial a contratar una mujer embarazada, y no sólo cuando la causa de la negativa sea directamente el estado de la trabajadora. De este modo, se ha declarado discriminatoria la negativa a contratar a una trabajadora embarazada en un centro docente, justificada no por razón del embarazo, sino en el escaso presupuesto del centro, que no permitía contratar a un sustituto para cubrir la ausencia por maternidad (Asunto Dekker C-177/88, Sentencia de 8 de noviembre de 1990), así como la negativa a contratar a una trabajadora embarazada para un puesto de trabajo que era incompatible por ley con el estado de embarazo. (Asunto Mahlburg, C-207/98, Sentencia de 3 de febrero de 2000).

6.2.2. Despido de la trabajadora embarazada y de los trabajadores que ejerciten alguno de los derechos para la conciliación de la vida familiar y profesional

La maternidad constituye una carga exclusiva del sexo femenino en beneficio del género humano, soportado solamente por la mujer, puesto que deriva de una diferencia sexual no trasladable al hombre, el que no puede encontrarse nunca en tal situación. Tan singular situación impone, también, una especial tutela ante este tipo de situaciones. No sorprende, por ello, que el Tribunal Constitucional haya mostrado una particular sensibilidad hacia estas situaciones y, desde antiguo, actuando de forma rotunda frente a aquellos comportamientos empresariales que estén fundamentados en un trato



diferencial basado en este hecho. Ello ha llevado a nuestro Tribunal Constitucional a no dudar en calificar como discriminatorias actuaciones empresariales arbitrarias tales como las resoluciones contractuales en período de prueba por considerarse que la facultad resolutoria del empresario durante el período de prueba no es ilimitada, su ejercicio no puede entrañar infracción de derechos constitucionales (STC 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre); las derivadas de la no renovación de un contrato temporal a una trabajadora embarazada (STC 134/1996, de 22 de julio y 175/2005, de 4 de julio); el caso de la suspensión del contrato de trabajo a una pilota embarazada, sin derecho a contraprestación salarial, en tanto que se encontraba imposibilitada para desempeñar sus funciones como piloto y no se le podía ofrecer un puesto distinto por falta de vacantes (STC 161/2004, de 4 de octubre); el cese en un puesto de libre designación (Secretaria del Consejero de Presidencia de la Comunidad Autónoma de Madrid) por embarazo (STC 98/2003, de 2 de junio); los despidos directos basados en la situación de embarazo (STC 17/2003, de 30 de enero).

De especial importancia son, también, recientes pronunciamientos como el resuelto en la STC 182/2005, de 4 de julio, que ha considerado igualmente discriminatoria la postergación profesional de una trabajadora a causa de sus embarazos y maternidades. La Sala considera que de la valoración de la realidad fáctica subyacente se deduce “inequívocamente” que los sucesivos embarazos y consiguientes maternidades de la demandante motivaron la no asignación de las tareas jurídicas de mayor entidad, el perjuicio derivado en la promoción económica y el cambio final de puesto de trabajo a un departamento distinto al de origen, caracterizado por carecer de contenido jurídico o por la menor entidad del trabajo de esta naturaleza han supuesto una evidente discriminación para la trabajadora demandante de amparo. Dice la Sentencia comentada que en el presente caso “no se trata, en consecuencia, de que la recurrente haya ofrecido un panorama indiciario de la lesión que aduce, sino que se ha acreditado plenamente una conexión causal entre los hechos denunciados y el motivo jurídicamente relevante que los fundamentó (la triple maternidad)”.

7. Discriminación indirecta.[art. 6.2]

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.

**** Discriminación indirectas en el acceso al empleo:** Buen ejemplo es, sin duda, la STC 41/1999, de 22 de marzo (Asunto FASA–Renault). En la misma, el Sindicato demandante de amparo (Confederación General del Trabajo, CGT) demandó en su día a la empresa



“FASA–Renault” por la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, alegando que dicha empresa desde 1988 sólo contrataba hombres y no mujeres para prestar servicios en los **talleres y cadenas de producción de sus factorías de Valladolid y Palencia**, pese a existir solicitudes de mujeres capacitadas para desarrollar los puestos de trabajo ofertados. Ante la insistencia de los sindicatos con presencia en el comité intercentros para que se corrigiera tal discriminación, la empresa aceptó contratar 50 mujeres, 25 en cada factoría. Sin embargo, entre septiembre de 1991 y febrero de 1992 se formalizaron 120 contratos eventuales, todos con hombres. La significación del referido pronunciamiento, que otorga el amparo solicitado, radica en que sienta la doctrina de que, en un proceso en el que se alega discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, si el demandante trata de aportar indicios de la discriminación proponiendo pruebas para ello que son admitidas por el órgano judicial, éste no puede desentenderse o despreocuparse de si las pruebas admitidas son o no aportadas, sino que tiene que desplegar actividad procesal para asegurar que tales pruebas se aporten en los términos requeridos. Obviamente, lo anterior es predicable de cualquier otro derecho fundamental.

**** Discriminación salarial:** La jurisprudencia constitucional ha jugado un importante papel en esta materia desde la importantísima STC 145/1991, 1 de julio, que introduce en nuestro ordenamiento el concepto de discriminación indirecta que resultará nuevamente aplicado por la STC 58/1994, de 28 de febrero. En el primero de los asuntos, las recurrentes en amparo eran limpiadoras de un hospital público y reclamaban el mismo salario que los peones, al venir realizando el mismo trabajo, percibiendo, según el convenio colectivo, un menor sueldo. El Tribunal Constitucional otorga el amparo por estimar que en estas situaciones se produce tanto una discriminación directa (según el principio de igual retribución: a igual trabajo, igual salario), como indirecta (desigual valoración –adoptando como criterio determinante el sexo– de trabajos equivalentes desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación). Tal conclusión dilata el contenido inicial de la noción de discriminación e incluye no sólo la discriminación directa, sino también la indirecta, esto es, “tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diferente sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o razonablemente desiguales tienen sobre los derechos de uno y otro sexo a causa de la diferencia sexual”.

**** Discriminación indirecta en el régimen de cotización a la Seguridad Social a tiempo parcial:** La determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas puede suponer un evidente perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial. La STC 253/2004, de 22 de diciembre, Pleno, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra respecto del párrafo segundo del art. 12.4 de la LET/1995 antes de su actual redacción a partir del RDL 15/1998. Dice el Tribunal Constitucional que “el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social [...] no justifica que *“se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para*



el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párrafo segundo del art. 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo". La STC 49/2005, de 14 de marzo y la STC 50/2005, de 14 de marzo estiman igualmente el amparo solicitado por vulneración de la misma norma ya declarada inconstitucional.

8. La proscripción del acoso sexual en el trabajo

Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.

1. Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

3. Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.

El ámbito más íntimo de lo íntimo es, sin duda, la sexualidad que, como señalara la STC 89/1987, de 3 de junio, "pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados", por lo que es evidente que el libre ejercicio de la sexualidad y la determinación de la persona o personas con las que se mantiene o desea mantener una relación de esta naturaleza forma parte de la propia decisión personal que en el ejercicio de su libertad decide ceder apartados importantes de su intimidad, como son los constitutivos de su propia disposición corporal a cambio de sentimientos, igualmente, íntimos que anidan en cada persona.

El acoso sexual es una forma típica de violencia de género, esto es una "manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres" –utilizando la expresión del artículo 1.º de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género–, mientras que, siendo el ofensor y la víctima del mismo sexo masculino, probablemente la conducta –aunque eso nunca se pueda descartar de manera radical– está al margen



los roles de género hombre/mujer. Pero esto sólo determinará, si no median factores de dominación sexual basados en la construcción social de los sexos –esto es, el género–, la imposibilidad de considerar la existencia de discriminación por razón de sexo.

La intimidad personal no debe ceder los más mínimo por el mero hecho de encontrarse dentro del ámbito de la relación laboral, por cuanto que se trata de manifestaciones de la propia libertad sin que puedan quedar limitadas por deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico no regula, al no formar parte de las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral. Por ello, el acoso sexual considerado como “la conducta de naturaleza sexual, desarrollada en el ámbito de organización y dirección del empresario, que el sujeto activo sabe o debe saber que es indeseada por el trabajador y cuya posición ante la misma determina una decisión afectante al empleo o a las condiciones de trabajo de éste o que, en todo caso, tiene como objetivo o como consecuencia crearle un entorno laboral ofensivo, hostil o intimidatorio”, ha tenido y tiene una indudable significación como uno de los más evidentes comportamientos atentatorios a la intimidad de las personas en la esfera laboral.

Así lo reconoció el Tribunal Constitucional en su STC 224/1999, de 13 de diciembre. En la misma, el Tribunal señala de forma rotunda que, si bien “la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico”, lo que se pretende eliminar son “aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo”. Por ello, concluye el Tribunal Constitucional, “constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo [...]. En resumen, pues, para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que, además, se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto”.

9. Indemnidad frente a represalias: la garantía de indemnidad

Artículo 9. Indemnidad frente a represalias.

También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres



Finalmente, conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha construido como parte del derecho a la tutela judicial efectiva la denominada “garantía de indemnidad”. La primera sentencia que tuvo que pronunciarse sobre el asunto fue la STC 7/1993, 18 de enero, si bien la que incorpora por vez primera dicha expresión es la de STC 14/1993, 18 de enero. En síntesis, la “garantía de indemnidad” consiste en que “del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”. “En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos”. En definitiva, “del ejercicio de la acción judicial” no pueden derivarse “consecuencias negativas”, toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no se satisface sólo “mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad”. La misma doctrina se reitera en las SSTC 54/1995, de 24 de febrero, 140/1999, 22 de julio, 168/1999, 27 de septiembre, 191/1999, 25 de octubre, 101/2000, 10 de abril, 196, 197 y 199/2000, las tres de 24 de julio, 198/2001, de 4 de octubre o, en fin, con ciertas particularidades, en la STC 5/2003, de 20 de enero. Esta línea se ha venido ampliando claramente por el Tribunal en sus últimos pronunciamientos. Buena muestra son las SSTC 16/2006, de 19 de enero, 44/2006, de 13 de febrero y 65/2006, de 27 de febrero, que tuvieron como objeto la no renovación de unos contratos administrativos temporales como represalia por la existencia de una reclamación colectiva que tenía por objeto la declaración de existencia de una relación laboral.

IV. LA REACCIÓN CONTRA LAS VIOLACIONES DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO

1. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias

Artículo 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.

Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.

Tanto la Directiva 2002/73/CE como la 2004/113/CE contemplan un sistema de protección (artículos 6 y 8 respectivamente) contra la violación del derecho a la igualdad de trato, sistema que incluye la previsión de una indemnización o compensación reales y efectivas. El artículo 10 del Anteproyecto incorpora las directivas y va mucho más lejos. Dice que los actos y negocios que causen discriminación “se considerarán nulos y sin efecto”, “darán lugar a la responsabilidad de sus autores a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio



sufrido”, y también, en su caso, a otra responsabilidad “a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”. Las dos últimas cláusulas pueden entenderse como remisión a las reformas operadas en las disposiciones adicionales de las correspondientes leyes sectoriales. Y en efecto en dichas disposiciones se introducen importantes modificaciones del Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral y Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, entre otras, para que estas prevean expresamente indemnizaciones y sanciones. De manera que la formulación genérica del artículo 10 relativa a indemnizaciones y sanciones quedaría en principio acotada al ámbito laboral-social por virtud de la mencionada remisión a las leyes y a la naturaleza específica de estas.

2. Tutela judicial efectiva

Artículo 12. Tutela judicial efectiva.

1. *Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución.*

2. *La legitimación y la capacidad para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponde a las personas físicas y jurídicas, con interés en el resultado del pleito, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos.*

3. *La víctima será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual.*

La futura ley de igualdad recoge quiénes tienen derecho a defender al trabajador en caso de discriminación por razón de sexo: sindicatos, asociaciones y otras organizaciones que, incluso, podrán «recabar la tutela judicial en nombre del demandante». Sin embargo, en «los litigios sobre acoso sexual la víctima será la única legitimada». Un punto que llama la atención pues el Código Penal establece que el acoso sexual es un delito «perseguido de oficio», que podrá ser denunciado por la víctima, su representante legal o el Ministerio Fiscal.

Se ha propuesto añadir “salvo que afecte a un colectivo de víctimas y en aquellos procesos que aún siendo una la perjudicada la sentencia tenga relevancia social a efectos de prevención”. Es importante garantizar los derechos de las víctimas más allá de sus derechos individuales, con el fin de prevenir otros hechos de la misma índole y, por ello, se debe garantizar que cuando afecte a un colectivo o tenga una relevancia social pueda ser parte legitimada en el procedimiento aquellas que no sean víctimas directas. (Este es el criterio seguido en las *class actions* antidiscriminatorias del sistema americano).

El apartado 2 de este artículo otorga legitimación procesal, en los procedimientos que versen sobre la defensa del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, a las personas físicas y jurídicas “con interés en el resultado del pleito”. En opinión del CES, esta última



expresión puede causar confusión, por lo que bastaría con la remisión de este aspecto a las correspondientes leyes procesales.

3. La inversión de la carga de la prueba

Artículo 13. Prueba.

1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos de naturaleza sancionadora.

El artículo 13 también responde a una incorporación de las directivas, en concreto el artículo 9 de la Directiva 2004/113, que dice que cuando una persona perjudicada por la discriminación aduzca “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”, corresponde a la parte demandada demostrar que no ha existido vulneración del principio de igualdad de trato.

JESÚS R. MERCADER UGUINA



LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES. VISIÓN GENERAL

Sobre La futura Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres.
Cádiz, 16 y 17 de noviembre de 2006.

Teresa Pérez del Río

Catedrática de Derecho del Trabajo de la UCA

En un sistema economía de mercado, la posición que cada individuo ocupa en el mercado de trabajo determina su posición social. De otro lado, la integración en el mercado de trabajo garantiza (en mayor o menor nivel) la libertad del individuo ya que la autosuficiencia constituye el fundamento de la libertad y permite el ejercicio del resto de los derechos fundamentales que constituyen el estatuto de ciudadanía. De todo lo señalado se puede deducir que la peor posición posible es la de excluido del mercado de trabajo porque de la exclusión deriva sin duda una posición de dependencia, por tanto de ausencia de libertad, y una mayor dificultad para el ejercicio del resto de los derechos de ciudadanía e incluso puede derivar una situación de exclusión social. Tras esta situación, se encuentra la de formar parte de un colectivo discriminado en el mercado de trabajo porque consecuentemente de ello deriva una situación de discriminación social.

Los datos estadísticos demuestran que a pesar de la existencia de una innegable evolución favorable en la última década, persiste una situación de exclusión y discriminación de la mujer española en el mercado de trabajo¹. La situación es pues una situación de discriminación por razón de género y para comprenderla a fondo es necesario diferenciar dos términos: sexo y género ya que la discriminación de las mujeres no se debe al sexo sino que se trata de una discriminación por razón de género.

El término sexo no comparte ni connotaciones ni significado con el término *género*. El primero se encuentra directamente relacionado y de forma casi exclusiva con identidad *sexual*, y posee connotaciones meramente biológicas, sin embargo, la *identidad de género* posee muchas más connotaciones de carácter cultural. Hace referencia a la forma de adaptación de la persona a una sociedad que asigna valores, expectativas, roles y funciones sociales diferentes en función del sexo biológico. En otras palabras la discriminación de las mujeres no tiene su causa en el sexo biológico, es decir, una

1 Para comprobarlo no hay mas que comparar los datos recogidos en CES *Panorama sociolaboral de la mujer en España* N°6 octubre 1996 y N° 45 Tercer Trimestre de 2006.



causa natural e inalterable (en principio), sino en el género y tiene un carácter cultural e ideológico, que sí es modificable.

La identidad de género se refiere al conjunto de atributos, actitudes y conductas que definen el comportamiento de cada sujeto y que dotan de contenido a los *roles de género* social y culturalmente asignados, roles que permanecen desde hace siglos en el seno de sociedad, de modo explícito e implícito y que son transmitidos a las nuevas generaciones a través de diferentes agentes e instrumentos, uno de los cuales, por cierto nada desdeñable, es el lenguaje. El término *género* tiene por objetivo hacer visible esta realidad, hasta el momento invisible en el término *sexo*.

Además no solo es que los roles asignados en función del sexo sean diferentes, es que el valor otorgado al rol social asignado a las mujeres como colectivo, ha sido y es actualmente inferior al que socialmente se otorga al rol asignado a los hombres y ello ha determinado una posición social y económica discriminatoria de las mujeres que se manifiesta en los datos estadísticos publicados por instituciones y organismos tanto internacionales como europeos y españoles.

La situación de discriminación de la mujer a que conduce la asignación de roles sociales infravalorados, resulta incompatible con el derecho a igual dignidad, trato y oportunidades que nuestra Constitución consagra como uno de los valores esenciales de nuestro sistema político y de nuestro ordenamiento jurídico en el **Art.1 de la Constitución** y en el **Art.14**; además nuestra Constitución en el **Art.9.2** impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas y remover los obstáculos que dificultan el ejercicio de todos los derechos fundamentales y constitucionales incluido el derecho al trabajo.

Uno de los instrumentos esenciales para conseguir ese objetivo es el Derecho. Las normas jurídicas no son suficientes y evidentemente no constituyen la panacea que puede eliminar la situación de discriminación pero siempre que cumpla ciertas condiciones puede constituir un medio esencial para garantizar la igualdad y proteger frente a la discriminación por razón de género.

Para que la norma jurídica cumpla con esta función es esencial, en primer lugar, que exista la voluntad política de terminar con la situación de discriminación, es importante que exista la sensibilidad suficiente para comprender que no puede permanecer una situación de discriminación de la mitad de la ciudadanía. En segundo lugar, es necesario que la norma de garantía y tutela antidiscriminatoria sea técnicamente buena, clara, completa, eficaz y adecuada pero también es necesario que sea suficientemente conocida en todo su significado y alcance por todos los profesionales encargados de su interpretación y aplicación, es decir, y por lo que respecta al Derecho del Trabajo, por los operadores jurídico-sociales, los profesionales de la magistratura social, de la abogacía, de la inspección de trabajo y esencialmente por los interlocutores sociales, fuente esencial de regulación de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva. También



es necesario su conocimiento por parte de los destinatarios de las normas, en definitiva por toda la ciudadanía.

Teniendo en cuenta estos parámetros, pretendo analizar en qué medida nuestro ordenamiento ha venido constituyendo un instrumento esencial para la consecución de la igualdad y la protección frente a la discriminación entre mujeres y hombres en el trabajo.

Resulta evidente que respecto del tema de la discriminación por razón de sexo, en el ordenamiento jurídico laboral español se ha producido una evolución importante a lo largo de la última década y que este cambio ha sido influenciado notablemente por nuestra integración en la Unión Europea. Se podría decir que en materia de género nuestro ordenamiento ha avanzado a *empujones* del Derecho Comunitario.

En el ámbito comunitario el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres ha constituido desde casi sus inicios un derecho fundamental.

El Art.23 de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales señala:

“La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos incluidos el empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.”

También se recoge este principio en el **Art.3.2 y 141 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea** (Ámsterdam/Niza). El primero de los preceptos establece que en la implementación de todas las políticas cuya competencia se asigna a la Unión, *“.....la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”*.

En el segundo se señala que *“Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”*.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.



3. *El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*

4. *Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.*

Por lo que se refiere al Derecho derivado, sobre todo a partir de los años 70 mas concretamente, a partir de 1975, son muy numerosas las normas de todo rango que regulan el principio de igualdad de trato y prohíben la discriminación por razón de sexo, Directivas, Recomendaciones y Resoluciones del Consejo, Comisión y Parlamento Europeos, las primeras debían ser traspuestas a nuestro ordenamiento de forma completa y en plazo previsto en las mismas. Estas normas tratan sobre todas las materias imaginables: desde el acceso a la formación profesional y el empleo, a las condiciones de trabajo incluidas las retributivas, la protección de la salud, la maternidad y el embarazo, la violencia de género en el trabajo, la conciliación y el reparto de responsabilidades de cuidado, la seguridad y la protección social, los procedimientos de tutela, el acceso a bienes y servicios etc..

A este conjunto normativo ha de añadirse un importante número de **Sentencias del TJCE** que tienen por objetivo interpretar el significado y alcance de las normas.

La dificultad del conocimiento de tan amplio conjunto normativo y jurisprudencial, ha intentado ser paliado mediante la refundición de muchas de estas normas y de su jurisprudencia interpretativa en una sola Directiva la 2006/54/CEE .

También a partir de 1986 ha venido adoptando Programas de Acción Positiva para la Igualdad el último de los cuales es el denominado **Plan de trabajo para la igualdad entre hombres y mujeres 2006–2010**.

Por lo que se refiere a nuestro país, como ya señalé, la evolución tanto de la situación sociolaboral de la mujer española como del ordenamiento en materia de igualdad de trato es innegable pero un análisis en profundidad de las normas producidas en la década de los 90 lleva a la conclusión de que la evolución experimentada es sin duda favorable pero también lenta e insuficiente e incluso a veces contradictoria.

Se ha señalado por la doctrina que **la Constitución** española pertenece al grupo de las denominadas modernas y sociales, entre otras razones, por las siguientes:



- Recoge el principio de igualdad en sus dos vertientes, la igualdad formal (Art.14) y la igualdad esencial (Art.9.2) lo que ha permitido la entrada en nuestro ordenamiento del concepto de “acción positiva”;

- Prohíbe expresamente la discriminación por razón de género (Art.14 2º inciso) y en particular en el ámbito del empleo (Art.35) declarando el derecho a no ser discriminado vinculante en las relaciones entre privados (“no prevalecerá”);

- Obliga a los jueces y tribunales y en particular al Tribunal Constitucional a interpretar el significado y alcance de los derechos fundamentales entre ellos el de igualdad y la prohibición de discriminación, de acuerdo con lo establecido en las normas y convenios internacionales sobre el mismo tema (Art.10.2) y en particular con arreglo al Derecho Comunitario.

El Tribunal Constitucional (máximo interprete de la Constitución) ha adoptado una postura activa en favor de la igualdad entre mujeres y hombres; ha venido realizando sobre todo a partir de 1987 una interpretación extensiva del significado del principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación.

Sin embargo, el desarrollo normativo de la Constitución no ha demostrado un verdadero y real objetivo por parte de los poderes públicos de conseguir que el principio de igualdad entre hombres y mujeres sea una realidad.

No obstante es necesario señalar que:

- Han desaparecido del ordenamiento jurídico casi todas las normas de carácter directamente discriminatorio,

- Se ha mejorado definición legal de la prohibición de discriminación retributiva (Art.28 ET), en 1994 incluyendo la prohibición de discriminación indirecta, mediante la imposición al empleador de la obligación de pagar la misma retribución “por trabajo de igual valor” y no solo el mismo salario por un trabajo igual.

- Se ha producido una mejora en los temas relacionados con la protección de la maternidad y conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales, que como es sabido ha constituido una de las causas de discriminación de la mujer mas notables y frecuentes.

- El legislador parece haber percibido que la mera afirmación de un derecho sirve de bien poco, si no existen medios suficientemente eficaces de garantizar su respeto y sancionar su violación y por ello se han introducido en nuestro ordenamiento mecanismos de tutela antidiscriminatoria importantes como la modificación de la carga de la prueba (Art.96 LPL) en los procedimientos de tutela antidiscriminatoria, también se ha previsto la utilización de la denominada prueba de asesores (Art.95.3 LPL) especialistas que pueden ayudar a Magistrados y Tribunales a detectar las situaciones de discriminación.



– Se han previsto graves sanciones de carácter social frente a los actos calificados como discriminatorios (la nulidad de todo acto de este tipo), de carácter administrativo (multas) e incluso de tipo penal (Art.314 CP).

Sin embargo, constituye un hecho reiteradamente puesto de manifiesto que las normas laborales de todo rango, incluidas las convencionales, los convenios colectivos, debido a la permanencia mas intensa en comparación con otros países europeos de la tradicional asignación de roles sociales, y a la baja tasa de actividad laboral femenina española (41'7%), y en general, las normas laborales y de Seguridad Social en España, se han adoptado teniendo presente un modelo de destinatario: un trabajador de sexo masculino, español, de 18 a 50 años, con una formación adecuada a las necesidades del mercado es decir suficientemente *empleable*, con contrato estable, y con absoluta disponibilidad para trabajar, es decir, sin necesidad de conciliar sus responsabilidades laborales con las familiares.

Es necesario señalar que este destinatario tipo cada vez es menos frecuente: la existencia en el mercado de trabajo de colectivos diferentes como jóvenes, inmigrantes, personas con formación inadecuada, con contratos precarios y, por lo que aquí interesa, la cada vez mas intensa integración de la mujer en el mercado de trabajo, debe hacer recapacitar y modificar posturas al legislador y a los interlocutores sociales si se pretende que las normas laborales puedan ser aplicadas a una realidad cambiante .

Sin embargo nuestro ordenamiento jurídico sigue presentando numerosas lagunas normativas que se hace necesario colmar. Estas lagunas significan incumplimientos al menos parciales de nuestras obligaciones de transposición de normas comunitarias como pone de manifiesto el propio Consejo Económico y Social. La más importante pero en absoluto la única, sería la óptica equivocada en la regulación de la maternidad y responsabilidades familiares.

Como se ha venido poniendo de manifiesto reiteradamente en todos los niveles (internacional, comunitario, nacional) la asignación de roles (productivo al hombre y reproductivo a la mujer) y la asunción en exclusiva por parte de la mujer de las responsabilidades familiares, es la causa de la integración discriminatoria de la mujer en el mercado de trabajo. El reconocimiento de este hecho ha sido puesto de manifiesto por la UE en la Directiva 96/34/CEE y ha sido reiterado a través de la adopción el día 6 de junio de 2000 de una Resolución solicitando de los Estados miembros que incluyan en sus normativas de conciliación los permisos de paternidad (es decir, asignados a los padres con titularidad exclusiva y no transferible a las madres). En otras palabras, la óptica de tratamiento en este ámbito ha de ser la de la *corresponsabilidad*.

Las normas que regulan esta materia fueron modificadas por Ley de conciliación 39/99 pero esta ley no avanza en la incentivación del reparto de las responsabilidades familiares. Es cierto que facilita dicho reparto pero no lo incentiva ni lo impulsa y facilitar no es lo mismo que incentivar. El objetivo de la norma no es eliminar la causa real de la discriminación: intenta y no de forma absolutamente satisfactoria facilitar a



la mujer la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales y de facilitar el reparto de las mismas pero ni impulsa ni incentiva este reparto cuando la experiencia comparada demuestra que esta es la única forma relativamente eficaz de eliminar la discriminación por razón de sexo. En otras palabras, facilita la conciliación pero no incentiva la *corresponsabilidad*.

En segundo lugar, como ha puesto reiteradamente de manifiesto el Consejo Económico y Social, ninguna norma por muy perfecta que sea es suficiente para permitir una integración de la mujer en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad. Si se pretenden evitar los indeseados efectos boomerang de la Ley, que ya fueron anunciados en su momento, esta Ley debería haberse acompañado de una inversión suficiente en servicios públicos de cuidado de niños, ancianos, enfermos y minusválidos que sustituyan en la función de cuidado a las mujeres.

Incluso en el Dictamen que el CES presentó respecto de la Ley de conciliación, se ponía de manifiesto que era necesario aumentar los recursos públicos destinados a desarrollar los servicios sociales: aumentar tanto en calidad como en cantidad los servicios públicos de cuidado de menores, mayores y enfermos y minusválidos se hace evidentemente necesario si se tiene voluntad política de terminar con la situación de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo. Este hecho es reconocido reiteradamente por la UE que además contempla este sector de *los servicios de proximidad* como un Nuevo Yacimiento de Empleo.

En lo que se refiere al contenido de la norma, se sigue apreciando una insuficiente transposición de la Directiva 92/85 (por ejemplo la ausencia de transposición de los Anexos que determinan los agentes físicos, químicos y biológicos peligrosos para la salud de madre y feto, la ausencia de protección durante el periodo de lactancia).

También se aprecia una incompleta transposición de la D/2002/73/CEE ya que nuestro ordenamiento jurídico social carece en la actualidad definiciones legales suficientemente claras de conceptos como los de discriminación indirecta por razón de género, acción positiva, acoso sexual, acoso moral por razón de género.

En materia de acceso al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades y sin discriminación por razón de género, la situación es aún mas grave. Sin duda que el Art.17 ET afirma ese principio pero la realidad demuestra que el mercado de trabajo sigue siendo un mercado segmentado tanto horizontal como verticalmente en el que las mujeres tienen acceso a determinados sectores y profesiones, no precisamente las más valoradas socialmente ni las mas altas en las clasificaciones profesionales; en definitiva que las mujeres se encuentran afectadas por el denominado *techo de cristal o suelo pegajoso*.

Hay que poner de manifiesto que en este ámbito, el problema más importante es en la actualidad el tipo de modalidades contractuales a que las mujeres tienen acceso, básicamente contratación temporal y a tiempo parcial. Las mujeres siguen siendo



mayoritarias en la contratación a tiempo parcial lo que ha venido, entre otras cosas determinando una situación de discriminación de la mujer en la Seguridad Social. El proceso de diálogo social que dio lugar a la adopción del Real Decreto Ley 15/98 de 27 de noviembre y el R.D. 114/1999 sobre trabajo a tiempo parcial, mejoró la regulación de esa modalidad contractual y las posibilidades de protección social este tipo de contrato pero posteriormente, la Ley 12/2001 ha empeorado notablemente la regulación, significando una vuelta atrás de dos años, mediante la flexibilización el concepto de trabajo a tiempo parcial que tanto había costado conseguir y la utilización de las llamadas "horas complementarias" que como se ha demostrado había venido convirtiéndose en un instrumento de fraude de ley y de explotación de este tipo de trabajo. Lo que queda de la regulación anterior, no soluciona más que parcialmente los problemas de cobertura social de esta modalidad contractual; seguirá siendo muy difícil que las trabajadoras a tiempo parcial puedan acceder a las prestaciones de corta o media duración como la maternidad o el desempleo.

Por lo que se refiere a la contratación temporal, los datos publicados por el CES muestran un índice de temporalidad superior entre las mujeres que entre los hombres (37'3 % frente al 32'3%) lo que tiene un triple nivel de efectos:

- En primer lugar respecto de la seguridad y salud laboral; está demostrado que los trabajadores temporales presentan un nivel de siniestralidad superior a los trabajadores fijos y además, el sector servicios, el más feminizado de los sectores económicos, presenta un número absoluto superior tanto de temporalidad como de siniestralidad.

- En segundo lugar, repercute en su nivel de protección social; las trabajadoras temporales tienen muchas más dificultades para acceder a las prestaciones del nivel contributivo del sistema de SS, lo que lleva a que sean muchas más las mujeres que tiene como única solución la integración en el nivel no contributivo con una protección muy inferior.

- En tercer lugar, un alto índice de temporalidad en la contratación, hace a la mujer más vulnerable ante un problema que trataremos posteriormente, la violencia de género en el trabajo.

Respecto del principio de igualdad retributiva es preciso poner de manifiesto que hasta 1994 el ordenamiento social español se encontraba en situación de incumplimiento absoluto de las normas comunitarias sobre igualdad de trato tan importantes como el Art.119 del TR (actual Art.141 del Tratado de Ámsterdam) y la Directiva 75/117 sobre prohibición de discriminación salarial. En ese año se adaptó parcialmente pero no se ha adaptado totalmente el principio de igualdad retributiva con el alcance que le otorga el ordenamiento comunitario hasta la Ley 33/2002 de 5 julio. En la actualidad el Art.28 ET prohíbe tanto la discriminación retributiva directa como la indirecta, y obliga al empleador a pagar *la misma retribución*, no solo por el mismo trabajo, sino por *trabajo de igual valor*; sin embargo hay que tener en consideración que:



- la normativa no ofrece punto de referencia alguno sobre cuando dos trabajos han de entenderse de igual valor,
- ni tampoco hace referencia a los criterios de valoración de los puestos de trabajo,
- ni señala cual es el organismo de tutela antidiscriminatoria encargado de establecer, con el suficiente conocimiento, cuando dos trabajos son del mismo valor.

La tardanza e insuficiencia en la transposición de la normativa comunitaria han originado alguna jurisprudencia de nuestros Tribunales poco compatible con la normativa comunitaria y con la jurisprudencia del TC español

Un tema en que la normativa española vigente deja mucho que desear es la violencia de género en el trabajo. Constituye un problema importante al que ha debido enfrentarse la mujer desde su inserción en el mercado de trabajo. Las propias afectadas parecen concebirlo como un *precio* que deben pagar por mantenerse en este. Se trata de un fenómeno complejo, que presenta una tipología variada (acoso moral por razón de género que puede ser ascendente, descendente u horizontal en función de la posición jerárquica del sujeto acosador respecto de su víctima, el acoso sexual que puede presentarse en forma de chantaje o de acoso ambiental y además puede ser también ascendente descendente u horizontal). Los estudios realizados demuestran tanto que aunque teóricamente puede ser sufrido por hombres o por mujeres, las víctimas mas frecuentes son las mujeres y por tanto en la inmensa mayoría de las ocasiones el acoso es una actuación discriminatoria por razón de género. También demuestra que produce efectos devastadores para la salud y que puede llegar hasta el suicidio de la víctima.

Nuestro ordenamiento jurídico, en concreto, el Estatuto de los Trabajadores en su Art.4.2.e) que señala que los trabajadores en la relación laboral tienen derecho *“Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

Como se puede observar, el precepto no realiza referencia alguna al sexo entre las causas de acoso moral prohibidas lo que conociendo el origen del precepto no resulta sorprendente (se trataba de trasponer las Directivas 2000/43/CEE y la 2000/78/CEE) pero no permite concluir, porque sería absurdo, que el acoso moral discriminatorio por razón de género no sea una actuación ilícita y sancionable.

De su parte, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social señala en su Art.8.13 que constituye infracción muy grave de la normativa en materia de relaciones laborales, *“el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma”* y el Art.8.13.bis señala que se considerará infracción muy grave del ordenamiento en materia de relaciones laborales *“El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto*



activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiese adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

Estas son las únicas referencias expresas que aparecen en nuestro ordenamiento a la violencia en el trabajo. Carecemos de una definición suficientemente clarificadora de la violencia de género en el trabajo y sus manifestaciones; además lo poco que hay tiene una óptica equivocada porque lo contempla como violación del derecho a la dignidad, no como actuación discriminatoria y ello acarrea problemas respecto del sistema de protección y sanción.

Finalmente es necesario señalar que los procedimientos jurisdiccionales de tutela antidiscriminatoria son inadecuados y las sanciones hasta el momento no han sido y suficientemente eficaces, proporcionales ni desde luego disuasorias. Y como es sabido no existen derechos si no está previsto un procedimiento adecuado y eficaz para garantizar su protección y un aparato sancionatorio adecuado, proporcional y disuasorio frente a su violación.

Los operadores jurídicos no han demostrado la suficiente sensibilidad ni el exigible conocimiento para garantizar una correcta aplicación de la norma ni los interlocutores sociales han demostrado sensibilidad ni han cumplido en la medida necesaria su función de garantizar el derecho fundamental de igualdad mediante la negociación colectiva como demuestran los estudios publicados en los últimos años sobre negociación colectiva desde la óptica de género.

El pasado 23 de junio de 2006 el Consejo de Ministros ha aprobado y comenzado el trámite parlamentario de la Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres.

Esta Ley nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres por ello se trata de una Ley muy amplia que consta de 70 artículos, y una serie de disposiciones adicionales transitorias y finales cuyo objetivo es la modificación de diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, entre ellas el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Empleo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la Ley de Sanidad, la Ley de Seguridad Social.

Por lo que se refiere a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el empleo, resultan relevantes algunos de los preceptos incluidos en Título I cuyo objetivo es fijar los principios de actuación de los poderes autoridades públicos, entre estos principios de especial relevancia el principio de *transversalidad de género* que constituye uno de los principios básicos de actuación de la política comunitaria según establece el Art.3.2 del Tratado de Ámsterdam y el Art.1.1bis de la D/76/207/CEE modificada por la D/2002/73/CEE. La Ley señala en su Art.4 *“La igualdad de trato entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”*; añade en Art.15 *“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la*



actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición de las políticas públicas y en el desarrollo del conjunto de sus actividades”.

En el **Art.5** establece que *“El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”.*

El Título IV Capítulo I se dedica en su totalidad a regular la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito del empleo. En el Art.38 se señala que las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre estas y los hombres. Con ese objetivo, se intentará mejorar la *empleabilidad* y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo.

La norma enfoca la temática de la conciliación desde una óptica correcta, incentivando la asunción de responsabilidades de cuidado por los hombres mediante el reconocimiento de permiso de paternidad, es decir avanza en la corresponsabilidad y tiene por objetivo cubrir las lagunas de transposición de las Directivas comunitarias de protección de la maternidad.

Define de forma mas completa los conceptos de acoso sexual y moral por razón de género. Hace referencia a este fenómeno en diversas ocasiones y ámbitos, intenta garantizar su prevención y sanción.

Uno de sus objetivos explicitados en la Exposición de Motivos es el reforzamiento de los mecanismos de control y sanción en materia de no discriminación, reforzándose, de un lado, el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y de otro, procurando que las sanciones de la discriminación sean adecuadas, eficaces, proporcionales y disuasorias tratando de realizar un mejor cumplimiento de las exigencias comunitarias en esta materia.

También introduce una serie de modificaciones en materia de protección social tanto contributiva como no contributiva.

Una buena parte de este Título tiene por objetivo incentivar, o incluso obligar a los interlocutores sociales a implicarse activamente en la eliminación de la discriminación en el empleo y ello se manifiesta también en las Disposiciones Adicionales que tienen por finalidad modificar una serie de normas laborales.



También trata de garantizar que los profesionales de la judicatura, la fiscalía, la Inspección de Trabajo, en definitiva todos los operadores jurídicos reciben la formación adecuada y suficiente en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y la prohibición de discriminación por razón de género.

Aunque en principio la lectura del Proyecto de Ley conduce a conclusiones positivas y favorables, la norma es mejorable y en algunos aspectos de forma manifiesta. Mi opinión personal es que esta Ley no es un punto de llegada sino un punto de partida; debería haber sido adoptada al menos hace una década ya que en algunas materias concretas parece tener como objetivo servir de cuña para modificaciones posteriores de más alcance. Por ejemplo en la que se ha presentado como la estrella de las aportaciones realizadas por la Ley, el permiso por paternidad solo se reconoce un permiso de 8 días cuando en otros estados miembros de la UE se han llegado a reconocer hasta 4 semanas. Al parecer en el proceso parlamentario el permiso se ha visto ampliado a 15 días.

En algunos otros aspectos como la previsión de inversiones suficientes en servicios públicos o privados de cuidado de infancia, mayores o discapacitados, esta Ley se verá complementada con la Ley de Dependencia.

En todo caso la efectividad de esta norma como la de cualquier otra, dependerá en bastantes aspectos, de un lado, de su desarrollo reglamentario y de otro, de la voluntad y la sensibilidad de las personas que tienen que interpretarla y aplicarla los operadores jurídicos y los interlocutores sociales.

TERESA PÉREZ DEL RÍO



PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

**Sobre La futura Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres.
Cádiz, 16 y 17 de noviembre de 2006.**

María Fernanda Fernández López.

Universidad de Sevilla

1. Negociación colectiva e igualdad, una relación conflictiva entre nosotros

Es opinión pacífica en la doctrina la conveniencia de que la negociación colectiva se implique directamente en la lucha contra la discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales. Y no faltan razones para afirmar esto.

1) La primera, obviamente, el mejor conocimiento de la realidad productiva en la empresa y en el centro de trabajo que poseen los negociadores a este nivel, que les capacita especialmente para saber el cómo y el por qué de reglas que discriminan a las trabajadoras, que podrían estar directamente ocultas para observadores ajenos a la empresa.

2) La segunda, y continuando en el nivel de empresa, la flexibilidad y adaptabilidad de los instrumentos negociados a este nivel por la representación de los trabajadores y el empresario, que les permite interiorizar el diálogo y la negociación en ámbitos como, por ejemplo, los periodos de consulta, difícilmente regulables a escala superior.

3) En los niveles sectoriales no es que no procedan las reglas de lucha contra la discriminación por razón de sexo, ni que éstas no sean flexibles y adaptables – precisamente estas reglas son comunes a todos los resultados de la negociación colectiva– pero poseen sin duda un alcance que les asemeja más a la ley, con reglas fijas y/o con referencia a procedimientos que pueden ser necesarios frente a ciertos tipos de conductas discriminatorias como el acoso, generando la obligatoriedad de que se incorporen a la negociación en niveles inferiores. Precisamente por eso la potencial labor didáctica de los Convenios de ámbito superior les puede permitir desarrollar una tarea trascendente en los niveles inferiores, al amparo de la amplitud de contenidos posibles de la negociación colectiva que se desprenden del art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores. Y no sólo didáctica: la posibilidad de establecer contenidos necesarios en los Convenios de nivel inferior, indicando materias, objetivos o medidas posibles a



adoptar puede ser un revulsivo ante la tendencia a la inactividad que pueda detectarse en el nivel de empresa, sobre todo si la empresa-tipo destinataria del Convenio es un modelo de pequeña o mediana empresa.

4) Los acuerdos interconfederales, finalmente, poseen una potencialidad de fijación de contenidos posibles de la negociación a nivel inferior realmente importante en nuestro sistema, sobre todo si se tiene en cuenta el “tratamiento de convenio colectivo” que les reserva el art. 83.3 ET y la vinculabilidad que entre nosotros lleva aparejada este tratamiento.

Por estas y otras muchas razones, las reglas internacionales que se han ocupado de la lucha contra la discriminación por razón de sexo han reservado una parte significativa de sus reglas para encomendar a la negociación colectiva la primera línea en la lucha contra la discriminación. Y eso incluso en Tratados relativamente antiguos, como el Convenio 111 de la OIT (1958), en cuyo art. 3 se impone a los Estados miembros la obligación de “tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política”, con independencia de la obligación que incumba al Estado, la cooperación de los interlocutores sociales es ya un elemento básico en el cumplimiento de la obligación estatal.

Más recientemente, es preciso mencionar la normativa comunitaria, en la que se han basado gran parte de las nociones de discriminación por razón de sexo y de las medidas a adoptar frente a ella que se han venido manejando en el Derecho español. Para sintetizar la legislación comunitaria al respecto, permítasenos citar tres normas básicas:

- la Directiva 43/2000, en relación con la discriminación racial, una vez que especifica el alcance de la obligación estatal en relación con el mandato en ella plasmado de trato igual y no discriminación por razón de raza, en su art. 11 dispone que “1. Los Estados miembros, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas, adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato entre otras vías mediante el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas.2. Siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración en el nivel correspondiente de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de desarrollo”.

- la Directiva 78/2000 que, en relación con el resto de causas de discriminación a excepción del género, incorpora una regla semejante a la anterior, de modo que “**Artículo 13 Diálogo social** 1. Los Estados miembros, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo entre



los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato, incluido el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, y mediante la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas. 2. Siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración al nivel apropiado, de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación”

- La trascendente Directiva 2006/54, que sintetiza largos años de legislación y jurisprudencia comunitaria a este respecto estableciendo que **Artículo 21.-“Diálogo social** 1. Los Estados miembros, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales a fin de promover la igualdad de trato, incluido, por ejemplo, el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de promoción, así como mediante el seguimiento de los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas. 2. Siempre que ello sea coherente con sus tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros alentarán a los interlocutores sociales, sin perjuicio de su autonomía, a promover la igualdad entre hombres y mujeres, a fomentar normativas laborales flexibles con el objetivo de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, y a celebrar, en el nivel adecuado, convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 1 que entren en el marco de la negociación colectiva. Dichos convenios respetarán las disposiciones de la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de desarrollo. 3. Los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios a que fomenten la igualdad de trato de hombres y mujeres de forma planificada y sistemática en el lugar de trabajo, en materia de acceso al empleo, en la formación profesional y la promoción. 4. A tal fin, deberá alentarse a los empresarios a presentar con una periodicidad adecuada a los empleados y/o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en la empresa. Esta información podrá incluir un inventario sobre la proporción de hombres y mujeres en los diferentes niveles de la organización, los salarios y las diferencias salariales entre hombres y mujeres, así como posibles medidas para mejorar la situación, determinadas en cooperación con los representantes de los trabajadores”.

Como puede comprobarse, es la negociación en materia de discriminación de sexo la que especialmente resulta ser objeto de atención del legislador comunitario, que diseña un amplio espectro de intervenciones: unas típicas de soft-law, de análisis, estudio, implantación de experiencias piloto y seguimiento ó difusión de buenas prácticas, y otras propias de la acción ordinaria de la negociación colectiva: la regulación abierta de medidas contra la discriminación. No otra es la función de la necesidad de que se aliente a las empresas a elaborar estudios sobre la situación de las mismas en materia



de discriminación, y la facilitación a los trabajadores de la información recabada como paso previo a la adopción de medidas de igualdad mediante los instrumentos negociales más clásicos.

Este marco internacional brevemente descrito ¿cómo se ha recibido en la negociación colectiva española?:

La primera observación a hacer es que, en la actualidad, la negociación colectiva en nuestro ordenamiento tiene prohibido discriminar por razón de sexo, entre otros preceptos, porque así lo disponen el art. 14 CE y el art. 17.1 ET. Lo cual implica a los interlocutores sociales en la eliminación de todas las formas de discriminación, directa o indirecta, que se aprecien en el texto de los Convenios aplicables, o en las prácticas de empresa. De no realizarse esta tarea elemental de depuración del ordenamiento por parte de los interlocutores sociales, serán las autoridades públicas las que deban de proceder a ello, sea mediante el control administrativo de legalidad del Convenio Colectivo, sea a través de las diversas formas de impugnación del Convenio o de inaplicación del mismo que deja abierta la legislación procesal española.

Pero no se trata sólo de esto, de incorporar directa y efectivamente el principio de igualdad de trato en el marco de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Potencialmente, la negociación colectiva puede ir más allá e incorporar reglas de igualdad de oportunidades, de acción positiva, con el objeto de implantar la igualdad de llegada entre trabajadores y trabajadoras en numerosos ámbitos.

La trascendencia del papel de la negociación colectiva en la lucha contra la discriminación por razón de género es asumida por los interlocutores sociales en los niveles más altos de negociación. Así, siguiendo el análisis elaborado por Pérez del Río:

– en el Acuerdo de Negociación Colectiva de 1998, punto 3.6, se estipulaba que “la negociación colectiva es una valiosa vía de actuación contra la discriminación por razón de sexo y un importante medio para mejorar la concreción de algunos principios y derechos, reconocidos en la legislación, pero poco o nada desarrollados”¹

– este diagnóstico pesimista se comparte implícitamente en acuerdos posteriores, siquiera sea por la reiteración con se fijan objetivos y éstos no se alcanzan. Así, “durante la vigencia del ANC 2002, los interlocutores sociales encargaron la realización de un estudio con el objetivo de analizar los posibles factores que dificultan la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Dicho estudio ha conducido a que en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva firmado el 31 de enero de 2003 y prorrogado para 2004 se establezcan una serie de objetivos a conseguir por los interlocutores sociales en su función negociadora. Para el año 2005 se han repetido parecidos objetivos que han sido prorrogados para 2006” (Pérez del Río, pág. 4), y que ofrecen una panoplia de medidas importante:

1 Pérez del Río “Los planes de igualdad de oportunidades: sujetos, concepto, contenido y elaboración”, pág. 3 del original.



- incorporar cláusulas de acción positiva “para fomentar el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones, a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas”

- “en la conversión de contratos temporales a contratos fijos, (implantar)... criterios que favorezcan a las mujeres que, en igualdad de condiciones y méritos, se encuentren afectadas en mayor medida que los hombres por el nivel de temporalidad”

- “El estudio y, en su caso, el establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género”.

- “La eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional”

- “La subsanación de las diferencias retributivas que pudieran existir por una inadecuada aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor”, añadiendo que, a estos efectos “resultaría de utilidad el análisis y aplicación, en su caso, de sistemas de valoración de puestos de trabajo que permitan evaluar periódicamente el encuadramiento profesional”

- “Un tratamiento de la jornada laboral, vacaciones, programación de la formación, etc., que permita conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar”

- “la evaluación de la aplicación del Convenio desde la perspectiva de género”, por la Comisión Paritaria o por Comisiones especializadas que se creen en el ámbito del Convenio de que se trata.

- “Como guía para avanzar en la aplicación de estos criterios, las Organizaciones empresariales y Sindicales adoptaron en 2003 el documento “Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva”, que, en opinión de la mejor doctrina “mantiene su vigencia y utilidad” (Pérez del Río, 4)

Cuestión muy distinta de unos enunciados que parecen avanzados y en línea con las exigencias derivadas del ordenamiento internacional es la aplicación efectiva de estos criterios y principios en la realidad de nuestra negociación colectiva.

Como ha puesto de manifiesto Pérez del Río, cuatro son las posibilidades al respecto:

- 1) Convenios que simplemente ignoran la existencia de mujeres en su ámbito de aplicación

- 2) Convenios que discriminan directa o indirectamente por razón de género



3) Convenios que se limitan a recordar la regulación legal en materias que afectan especial o singularmente a la mujer

4) Convenios que incorporan medidas de acción positiva.

El análisis de la negociación colectiva a nivel estatal manifiesta que el último es el grupo menos numeroso por lo que la situación es “manifiestamente mejorable” (Pérez del Río)

2. La cuestión en la negociación colectiva en Andalucía

Y no parece que haya que alterar en exceso las conclusiones si se proyectan sobre la negociación colectiva en Andalucía, como se desprende de los análisis de negociación colectiva realizados por el CARL trimestralmente.

En efecto, en el análisis adjuntado al Pleno 3/2006, se evidencia la existencia de numerosos convenios que se refieren a la igualdad, y que la ciñen en especial a la prohibición de discriminación por razón de sexo, pero ya es más cuestionable el contenido de esos Convenios que contienen cláusulas en este sentido. De este modo

1) La igualdad en el acceso al empleo constituye un elemento clave de la interdicción de discriminación, en la medida en que en todos los foros, nacionales e internacionales, la progresiva incorporación de la mujer al trabajo es un objetivo a alcanzar prioritariamente. Pues bien, en palabras del CARL “Del total de convenios vigentes (646) 13 convenios lo contemplan, (8 de empresa y 5 de sector) encontrándose distribuidos por todas las provincias, excepto Huelva y Córdoba, con un claro predominio de Cádiz y en los sectores donde existe actualmente mayor presencia femenina como es el caso del comercio y el saneamiento y curiosamente la madera y el cemento”

2) Proclaman la igualdad en el desenvolvimiento de la relación laboral, y sobre todo en materia de formación 6 Convenios (5 de empresa y 1 de sector) del total de 646 Convenios registrados, nuevamente en sectores en que el papel de la mujer en la realidad es más intenso: “en los sectores del saneamiento, de la limpieza, el comercio y por supuesto de la administración, lo que se entiende si recordamos que en las empresas de todos estos sectores la presencia femenina es importante”

3) La compleja materia de la igualdad salarial es abordada a su vez en “12 convenios (6 de empresa y 6 de sector) ...distribuidos por las provincias de Málaga, Córdoba, Jaén, Almería, Sevilla, y especialmente Cádiz, frente a Huelva, Jaén y Granada que no recogen ninguno, y en sectores como la limpieza, el comercio, el cemento y el sector siderometalúrgico”

4) La igualdad en la promoción laboral (uno de los elementos constitutivos del llamado “techo de cristal”) es contemplada en un número algo más elevado de Convenios andaluces, aunque es difícil considerar que se trata de una cifra significativa: “ 21



convenios (6 de sector y 15 de empresa) prevén esta cláusula. Se encuentran distribuidos por todas las provincias andaluzas, especialmente en Cádiz, y en sectores como el de la hostelería, el saneamiento, la alimentación, la sanidad, y (sorprendentemente)...destaca la madera a pesar de la mayor presencia masculina que suele existir en este sector”

5) El importante tema de la igualdad en relación con la extinción del contrato de trabajo, por el contrario, sólo es contemplado en un Convenio de empresa en Córdoba.

6) Como no podía ser menos, dada la existencia de textos legales cada vez más contundentes, la conciliación de la vida laboral y familiar es el tema estrella en relación con la promoción de la igualdad de oportunidades en la negociación colectiva. Ello es así hasta tal punto que se refieren a este tema 444 Convenios del total de 646 registrados “esto es, el 75,41% del total. Destacando los convenios de empresa frente a los de sector (359 de empresa y 85 de sector) y afectando a una población de trabajadores de 1.013.262 trabajadores y 168.924 empresas en toda Andalucía, especialmente en Málaga, Sevilla, y Cádiz, y nuevamente en los sectores donde existe mayor presencia femenina como son la administración, la limpieza o la sanidad, entre otros Sin embargo de la mayor cantidad de reglas convencionales al respecto, ha de destacarse que, siguiendo la pauta marcada por la propia legislación estatal, las normas convencionales se desplazan en la regulación de permisos, suspensiones y excedencias en sus diversas modalidades, lo que propicia la ruptura de la carrera laboral de la mujer, sin que conste que se incorporen reglas que favorezcan su reingreso al trabajo y, en último extremo, su promoción en el seno de la empresa. Concretamente, dentro del capítulo de tiempo de trabajo varios aspectos destacan a nivel legal y convencional como es el caso de los permisos retribuidos previstos en el artículo 37 ET, la excedencia y otras formas de suspensión previstas en los artículos 45 y siguientes de este mismo texto legal, etcétera. Por lo que se refiere a los permisos retribuidos, un porcentaje muy alto de los convenios vigentes contempla esta materia, y cuanto a los permisos relacionados con la familia 369 convenios de un total de 646 lo contemplan. Esta intervención convencional se produce bien para reproducir lo dicho en el Estatuto de los trabajadores, bien para mejorar su duración o reconocer incluso un nuevo supuesto de hecho. Destacan desde el punto de vista geográfico los convenios negociados en Cádiz, Málaga y Sevilla y de nuevo en los sectores tradicionalmente femeninos como son la administración o la sanidad, entre otros. Destaca como curiosidad el sector de la construcción que en las últimas regulaciones convencionales ha mostrado un mayor interés por esta materia que analizamos en este capítulo. Entre los permisos más relacionados con la maternidad se encuentra el permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto en relación con el cual 179 convenios de los vigentes lo regulan (31 de sector y 148 de empresa), entendiendo que las previsiones existentes se refieren a los supuestos en los cuales sea necesario realizarlos en horario de trabajo. Su regulación se encuentra extendida en todas las provincias andaluzas como muestra la tabla siguiente, especialmente en Sevilla y Cádiz y en sectores como la administración, la limpieza o la sanidad frente al cemento o la construcción. Asimismo debemos destacar el avance en el tratamiento de los permisos para los casos de hospitalización del recién nacido o de la madre tras el parto, los cuales empiezan a ser reconocidos en la negociación colectiva andaluza de



forma progresiva, son 36 convenios (8 de sector y 28 de empresa) los que lo prevén, especialmente en Sevilla y Almería y en sectores como la sanidad, la hostelería o la administración, normalmente local. Bastante más extendida que la práctica anterior se encuentra la regulación de otros tipos de permisos como la reducción de jornada para el cuidado de menores, contemplada en 199 convenios de los vigentes (44 de sector y 155 de empresa) en todas las provincias y sectores excepto la madera como muestran las dos gráficas siguientes. Menos extendida que la anterior aunque con un número importante de convenios que la contemplan se encuentra la reducción por cuidado de otros familiares que no sean los menores. Al menos 143 convenios en Andalucía la regulan (31 de sector y 112 de empresa) igualmente en todas las provincias y sectores excepto la madera. Además de las anteriores destaca la reducción por lactancia disfrutada prácticamente en exclusiva por las mujeres, salvo algunas excepciones previstas legalmente. En el total de convenios vigentes (646) 332 convenios (70 de sector y 262 de empresa) la contemplan lo que supone más del 50,86% de la negociación colectiva vigente. Estos convenios se encuentran distribuidos por toda Andalucía, especialmente en Cádiz, Sevilla y Málaga, y en sectores como la administración y la sanidad. Además de los permisos anteriormente estudiados, la suspensión de la relación laboral es tratada también en el ámbito de la negociación colectiva andaluza de forma amplia, 319 convenios del total de los vigentes contemplan este aspecto de la relación laboral, y entre las causas que la motivan se encuentran las relacionadas con las responsabilidades familiares o el embarazo. Dentro del capítulo de suspensión de la relación laboral, debemos realizar una mención especial a la situación de Riesgo por embarazo. De total de convenios vigentes (646) 69 convenios prevén esta situación (21 de sector y 48 de empresa). Debemos recordar que el reconocimiento legal de esta figura se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 39/99. Esta prestación está pensada para los casos en los cuales existe un riesgo para la salud de la madre y/o del feto, y ante la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo a estas circunstancias o ante la imposibilidad de cambiar de puesto de trabajo, se prevé la suspensión de la relación laboral. Desde el punto de vista territorial destacan Almería, Cádiz y Sevilla, y desde el punto de vista sectorial la sanidad, la limpieza y la hostelería. El permiso propiamente de maternidad aparece contemplado, sin perjuicio de las previsiones legales, en 234 convenios (35 de sector y 199 de empresa). El incremento se ha producido especialmente en los convenios de empresas, y ese total se encuentra repartido por todas las provincias de Andalucía, destacando Málaga, Sevilla y Cádiz, ...la sanidad, la hostelería y la limpieza. Frente a esto el permiso de paternidad parece estar regulado sólo en 79 convenios (18 de sector y 61 de empresa). Lo cierto es que deberíamos preguntarnos sobre la forma de configurar estos permisos en la negociación colectiva, es decir, si son permisos autónomos e individuales para el varón o sólo apéndices del permiso de la madre como prevé la Ley 39/99. Desde el punto geográfico se recogen en todas las provincias andaluzas y desde el punto de vista de la actividad en la cual se regula la materia destaca curiosamente la agricultura, la hostelería, la limpieza y la administración.

Fuente: CARL. Informe de Negociación Colectiva 3/2006



Así las cosas, pocas son las diferencias entre lo ocurrido en la negociación colectiva andaluza y lo que ocurre en la negociación estatal.. Es por ello que nuevamente sea la ley la que ha de asumir el papel central en la materia.

3. El nuevo protagonismo de la ley en materia de igualdad

El proyecto de ley (en adelante PLOIMH) trata de acometer una aproximación transversal al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo que se deduce del art. 14 de la Constitución (en adelante CE), con clara influencia de la orientación comunitaria precisamente en esta materia. Por eso es preciso, para medir su alcance en lo laboral, seleccionar aquellos preceptos que tengan como objeto a las relaciones laborales individuales y colectivas, tanto si el empleador es público como si es privado (art. 1.2 PLOIMH). Se dejan al margen las reglas dirigidas al empleo público, y al derecho de la Seguridad Social, que en su mayoría no contemplan tanto obligaciones nuevas del empresario como un nuevo sistema prestacional orientado a la cobertura de los derechos consagrados en materia de conciliación de la vida laboral y familiar.

Para abordar el alcance que puede llegar a tener esta importante norma, parece que lo más acertado es desglosar entre aquellas partes de la norma que “pueden” aplicarse, normalmente a través de la negociación colectiva aunque no siempre, de las que “deben” aplicarse por las empresas en todo caso, por imperativo legal directo, respecto de las cuales la negociación puede asumir funciones de mejora o desarrollo, pero no de “llave” de aplicabilidad de los derechos de que se trate. Finalmente se hará referente a las reglas que la ley dedica a promocionar el adecuado cumplimiento de las obligaciones, de una u otra clase, que previamente se han establecido.

3.1. La puntualización conceptual en el PLIOHM

Aparentemente, no añade propiamente nada a lo ya existente en nuestro ordenamiento, bien sea por reformas legales, bien sea por la interpretación de la jurisprudencia constitucional y ordinaria, fuertemente influidas a su vez por la jurisprudencia y la legislación comunitarias sobre igualdad. Pero esa es una primera impresión, falsa. En efecto, los arts. 3 a 12 del Proyecto incorporan a nuestro ordenamiento, en textos que adquirirán valor legal, definiciones muy conocidas en el marco comunitario, interiorizando definitivamente las Directivas al respecto, y eliminando en buena parte la divergencia judicial en la interpretación sobre estos conceptos y su aplicación en Derecho español.

En este sentido resulta clave el art. 4 del proyecto, que proclama la igualdad y la no discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo privado y del empleo público, con un alcance extenso:

- el acceso al empleo
- la formación profesional



- la promoción profesional
- las condiciones de trabajo (incluidas las retributivas)
- la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.
- también el art.8, que lleva al texto legal la garantía de indemnidad de la víctima de la discriminación cuando ésta ha ejercitado acciones encaminadas a superar esta situación.
- y el art. 9, que con carácter general proclama la nulidad de los actos discriminatorios –ya definidos– y la compatibilidad de un sistema de indemnizaciones y en caso de sanciones siempre que unas y otras sean “reales, efectivas y proporcionales” o “eficaz y disuasorio”, respectivamente.
- por fin, el art. 10 del proyecto generaliza en nuestro ordenamiento laboral la posibilidad de incorporar medidas de acción positiva, que podrán ser adoptadas por los poderes públicos, pero también en el marco de las relaciones privadas, sobre todo a través de la negociación colectiva.

3.2. Las medidas que “pueden adoptarse” en el ámbito de la empresa y de la negociación colectiva en materia de igualdad

Hay que empezar este apartado haciendo hincapié en la relevancia que, con toda la razón, le otorga la ley a la negociación colectiva. En todos los casos en que ésta interviene, obviamente, lo que la ley contempla es una obligación de negociar sobre la materia de que se trate, pero no impone –no podría hacerlo– que se llegue a acuerdos.

a) El deber de negociar genérico.

Con este alcance –obligación de negociar–, el Proyecto modifica el art. 85 ET, añadiendo un nuevo párrafo según el cual “sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los Convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad”.

Se trata de dos obligaciones diferentes aunque estrechamente relacionadas entre sí. La obligación empresarial de introducir medidas tendentes a eliminar la discriminación en la empresa existe siempre, siendo necesariamente negociables estas medidas con los representantes de los trabajadores (art. 39.1) y por tanto debe considerarse una de las manifestaciones más notorias del deber de negociar. Distinta es la situación en relación con los Planes de Igualdad, de los que luego se hablará.

El art. 37 del proyecto incorpora al posible contenido de los convenios y, por tanto, al alcance del deber de negociar, la implantación de medidas de acción positiva. La definición de tales medidas se encuentra en el art. 10 del proyecto en conexión con la DA 8ª.2. Esta última define la acción positiva en sus términos más estrictos, como



medidas que incorporan la preferencia de la mujer sobre el varón en el acceso al empleo, las condiciones de clasificación profesional, la promoción y la formación en “igualdad de condiciones de idoneidad”. Y el art. 10 del Proyecto se dirige tanto a los poderes públicos como a la negociación colectiva, a la que se autoriza a incorporar medidas diferenciadas a favor de las mujeres para corregir las desigualdades detectadas y promover la igualdad de oportunidades siempre que esas diferenciaciones

– “(sean) razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”

– sean temporalmente limitadas, debiendo prolongarse “en cuanto subsistan dichas situaciones” de desigualdad, y

– no generen “segregación de las mujeres respecto de los hombres mediante el mantenimiento de regímenes jurídicos separados según el sexo”

Desde el punto de vista formal, se incorpora en el párrafo segundo una regla para ejercitar el deber de negociar: en los convenios de empresa “el deber de negociar se formalizará en el marco de dichos convenios”, en tanto que en los convenios sectoriales “el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados Convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad” (Disposiciones Adicionales 15 y 16 PLOIHM).

Existirá en nuestro ordenamiento, pues, un deber de negociar las propuestas relativas a hacer efectiva la igualdad en la empresa, que se plasmará en el marco de la negociación de empresa, ya sea libre o articulada. Parece que la plasmación de los términos en que ha de ejercerse este deber de negociar en los Convenios de sector puede considerarse contenido mínimo del Convenio Colectivo. Pero no se puntualiza cuáles son las materias a las que abarca. Estas materias, junto al procedimiento de negociación quedan abandonadas a la decisión de los negociadores.

b) el deber de negociar específico. Formas atenuadas de participación de los trabajadores

Para remachar la trascendencia de ciertas materias en la agenda de los negociadores, el proyecto incorpora un deber de negociar específico en relación con las siguientes materias:

– la adopción de medidas destinadas a implantar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral (art. 39.1)

– la elaboración de planes de igualdad, tanto si resulta obligada en los distintos supuestos previstos en la ley (art. 39). En los casos en que no sea obligada bastará con la consulta previa de la empresa a los representantes de los trabajadores (art. 39.5).

– la implantación en la empresa de medidas contra el acoso sexual o moral por razón de género (art. 42.1)

– la eventual implantación en la empresa de medidas de acción positiva a través de la negociación, en las condiciones de contratación, clasificación profesional,



promoción y formación. (Disposición Adicional 8º del Proyecto, que modifica el art. 17 ET añadiéndole dos nuevos párrafos (4 y 5))

Por supuesto, este listado no es exhaustivo, el deber general de negociación en estos temas que se ha descrito en el apartado anterior impide esta interpretación, pero sí que otras materias no contempladas deberán reconducirse a aquél, y además, la negociación en estas materias presenta particularidades en el alcance del deber de negociar que hacen acertado su separación.

En el proyecto se contempla, junto a la negociación, un reforzamiento de las competencias de los representantes de los trabajadores en materia de igualdad. Comienza este reforzamiento en el reconocimiento de competencias de información de éstos sobre la aplicación en la empresa del principio de igualdad de trato (DA 13), al menos anualmente, y en especial sobre “la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo”.

Asimismo, se reconoce a los representantes de los trabajadores competencia de control del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades en la empresa (DA 14), así como del cumplimiento del plan de igualdad existente en la empresa (art. 41); se les reconoce un derecho de consulta en los casos en que la empresa elabore un plan de igualdad voluntariamente (art. 39.5); se les reconoce asimismo una capacidad indeterminada para promover en la empresa medidas de lucha contra el acoso laboral, mediante sensibilización de los trabajadores o información a la empresa de aquellos casos de que tuvieran noticia (art. 42). Finalmente, como una posibilidad, la empresa que pretenda adoptar medidas de responsabilidad social en el marco de la lucha contra la discriminación, podrá, si lo desea, concertar el contenido de esta acción con los representantes de los trabajadores (art. 67), aunque no es necesaria esta intervención.

3.3. Los Planes de Igualdad y la negociación colectiva

Como se ha dicho antes, la negociación colectiva tiene reconocido un papel trascendental en la implementación de las distintas medidas de igualdad consagradas en el proyecto de ley. Con las solas excepciones de orden público de que se hablado en el apartado anterior, el grueso de las normas laborales que contiene la ley son aptas para ser negociadas, cuando no resultan necesariamente encomendadas a la negociación colectiva. Ese es el sentido del deber de negociar que se expuesto en apartados anteriores.

Supuestos en que procede la elaboración de PI.

Pero quizás la parte de la ley en que se contempla un papel especial intenso de la negociación colectiva es en relación con la implantación y ejecución de Planes de Igualdad (PI).



a) Como regla general, la implantación de PI es voluntaria en la mayor parte de las empresas (art. 39.5), pudiendo preverse por el Gobierno medidas de incentivo a la introducción de estos Planes en empresas para las que no son obligatorios (art. 43). Y en este caso, ni siquiera es preciso negociar, bastando con la consulta a los representantes de los trabajadores. Por supuesto que es posible negociar los PI. Obsérvese que esta implantación flexibilizada hace referencia a los PI voluntarios exclusivamente; si se trata de implantar medidas concretas para suprimir desigualdades en la empresa, el cauce formal no es la obligación de consulta a los representantes de los trabajadores, sino directamente la negociación (art. 39.1).

b) La negociación de PI obligatoria tendrá lugar

- en todo caso, en empresas de más de 250 trabajadores en su conjunto (esto es, sin desagregar en centros de trabajo (art. 40.3)
- en todo caso, en las empresas afectadas por un Convenio de sector que prevea la obligatoriedad de negociar PI, con independencia del tamaño de la empresa.
- en todo caso, con independencia del tamaño de la empresa, cuando la Autoridad Laboral hubiera autorizado la realización de un PI en sustitución a las sanciones por faltas muy graves a que se refiere la DA 11ª.4 del Proyecto (art.39.4).

Sujetos y procedimiento para la elaboración de PI

Cuando el PI es voluntario, ya hemos visto que el proyecto autoriza la implantación unilateral por parte de la empresa, con la condición de consultar a los representantes de los trabajadores que estén implantados en la empresa en cuestión.

Cuando es obligatorio es clara la intención de la ley de que el PI sea negociado entre el empresario y la representación de los trabajadores en la empresa, a través del procedimiento que las partes acuerden o del procedimiento previsto en el Convenio Colectivo de sector, en el caso de que sea en éste donde se ha previsto la implantación de PI en las empresas del sector.

No está claro, en cambio, el efecto que puede producirse si no se llega a un acuerdo en el seno de la negociación. Parece que si no se llegase al acuerdo, y tratándose de un supuesto en que resulta obligatoria la adopción de un PI puede aplicarse la regla del art. 39 para los casos de los PI voluntarios o a resultados de un procedimiento sancionador: el PI lo acordará la empresa unilateralmente previa consulta a los representantes de los trabajadores.

Como se ha dicho, el procedimiento no se concreta en el Proyecto, quedando abandonado a lo que las partes acuerden o a lo dispuesto en el Convenio de sector (que no es la sede para negociar estos pactos directamente sino para potenciar su negociación a nivel de empresa). En último extremo, deberán aplicarse supletoriamente las reglas previstas en el Estatuto de los Trabajadores para negociar un Convenio de Empresa.



Concepto y contenido del Plan de Igualdad.

A diferencia de las medidas concretas, destinadas a remediar discriminaciones puntuales detectadas en la empresa, o asumidas en Convenios de sector, el Plan de Igualdad es “un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo” (art. 40.1). El carácter ordenado y sistemático de las medidas de lucha contra la discriminación, en el contexto de cada empresa, es lo que caracteriza al Plan en relación con las medidas puntuales, por abundantes que sean, de lucha contra la discriminación.

Por tanto, en el interior del plan existen cuatro grandes bloques materiales:

- el destinado a “diagnosticar” la situación en la empresa desde la perspectiva de la prohibición de discriminación;
- a la luz del diagnóstico, la determinación de los objetivos a alcanzar
- y las medidas establecidas para eliminar la discriminación y alcanzar los objetivos previstos.

- la determinación de los sistemas de seguimiento y control en la aplicación del Plan es la norma de cierre del sistema, y la garantía de su efectividad.

- *el diagnóstico*. Obviamente la ley no entra a determinar la forma en que el diagnóstico de situación ha de hacerse en cada empresa, pero proporciona pistas acerca de los parámetros que han de utilizarse al respecto. Por de pronto, parece que sus autores han de partir de la definición legal de lo que se entiende como una situación no discriminatoria, en la Disposición Adicional 1ª: “a los efectos de esta Ley se entenderá por representación o composición equilibrada aquella situación que garantice la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”.

Obviamente, un desbalance en estas proporciones puede servir de indicio de discriminación en relación con la condición de trabajo a que se refiera. Y desde luego puede ser aplicable para detectar discriminaciones en el acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y acceso a la formación, más susceptibles de confrontaciones globales entre trabajadores y trabajadoras que disfrutan del derecho de que se trate. La evaluación y el diagnóstico de las condiciones salariales requieren otros elementos de medida, que probablemente se conecten con los criterios utilizados para valorar el trabajo, su transparencia y su carácter discriminatorio o no.

La ordenación del tiempo de trabajo para facilitar la conciliación de la vida personal y familiar requiere asimismo un tratamiento difícil de cuantificar como no sea evaluando el número de trabajadores y trabajadoras que se acogen a los permisos, suspensiones o excedencias reconocidos a estos fines en la legislación laboral y en el propio Proyecto de ley, y extrayendo las consecuencias de una eventual situación perjudicial de las mujeres en la negociación ulterior.



Parecidamente, las medidas contra las diversas formas de acoso por razón de sexo en la empresa no siempre deben vincularse a la previa detección de estas situaciones, bastando con la decisión de ambas partes de establecer reglas al respecto.

- *la determinación de los objetivos a alcanzar.*- Como es obvio, se conecta directamente a los resultados del diagnóstico previamente realizado. No parece que sea imperativa la elaboración de un único Plan para terminar de una sola vez con las conductas discriminatorias en la empresa, que pueden ser resultado de pautas y comportamientos muy interiorizados y difíciles de erradicar. Contemplando la situación de la empresa a la luz del diagnóstico previo, la ley parece exigir el avance progresivo en la igualdad, de forma razonable, atendiendo a las circunstancias de la empresa y del sector o aspecto concreto del régimen laboral en que se han detectado comportamientos contrarios al principio de igualdad. Ello permite deducir que los Planes pueden fijarse objetivos intermedios, más modestos, siempre que el objetivo final sea la igualdad y que los objetivos fijados no equivalgan a una negación de la finalidad del Plan (por ejemplo, porque en materia salarial las medidas de equiparación progresiva fueran tan tenues que se tardara un tiempo excesivo en alcanzar la paridad salarial). Los objetivos pueden determinarse cuantificándolos concretamente (por ejemplo, contratando a X mujeres en un periodo de X tiempo), o bien estableciendo metas a alcanzar en términos porcentuales, siempre que esta modalidad más flexible sea realista y eficiente y conduzca a la implantación de la igualdad o a la eliminación de la discriminación.

- *las medidas a adoptar.*- serán las coherentes con la evaluación y los objetivos establecidos. En ese sentido, el enunciado de medidas o campos de actuación posibles del art. 39.3 del Proyecto es meramente declarativo. El compromiso de contratar a un porcentaje determinado de mujeres; o de facilitar la promoción de un número determinado de mujeres en orden a alcanzar la paridad que la ley exige; la implantación de planes de formación para mujeres que compense sus dificultades para mantener la carrera laboral y para promocionar, etc., son modelos de estos tipos de medidas.

- *los sistemas de evaluación.*- no se encuentran ni siquiera indicados por la ley, pudiendo admitirse una evaluación externa tanto como interna, y, en todo caso, la evaluación inherente a las facultades de seguimiento y control de la aplicación de los planes que tienen reconocidas los representantes de los trabajadores y, en su caso, la Comisión Paritaria del Convenio (art. 41).

En fin, un importante esfuerzo legal reforzado a su vez por la elaboración de leyes de igualdad a nivel autonómico. Todo lo cual, sin ser en sí mismo un problema, muestra cierta inmadurez de nuestro sistema de relaciones laborales para abordar problemas como el que está examinando.

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ



PREVENCIÓN Y TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

**Sobre La futura Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres.
Cádiz, 16 y 17 de noviembre de 2006.**

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

I. INTRODUCCIÓN: EL ELEMENTO COMUNITARIO

El proyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres tiene anclajes diversos. Por lo que respecta al ámbito laboral, trae causa y traspone varias Directivas Comunitarias, muy en particular la Directiva 2002/73/CE, modificatoria de la Directiva 76/207/CEE, ambas compiladas en la reciente Directiva 2006/54/CE. Puede decirse que con este derecho derivado se mejora el entramado normativo para acercarse algo más a la igualdad efectiva entre ambos sexos y perseguir con mayor eficacia los comportamientos discriminatorios. Precisamente a este último objetivo se dedican las reflexiones que siguen, teniendo en cuenta que hay que destacar también la anterior en el tiempo Directiva 1997/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación sexista, a su vez también compilada en la referida Directiva 2006/54/CE.

Es significativo comprobar cómo la normativa de la Comunidad Europea asume un interés creciente por los temas adjetivos de la discriminación: tutela, carga de la prueba, aspectos procesales y procedimentales, órganos administrativos y judiciales, organizaciones específicas de defensa de los derechos del sexo menos representado... Resulta muy digno de atención el que la coercibilidad del derecho ocupe en esta materia un lugar cada vez más importante.

Claro que hay que trascender el espacio comunitario para encontrar las raíces en este tópico de la tutela, al igual que sucede con cualquier otro aspecto del derecho antidiscriminatorio. Con ocasión de la Civil Rights Act americana de 1964 y de los pronunciamientos del Tribunal Supremo Federal, en particular en torno a la discriminación racial, se fueron consolidando las doctrinas de las class actions, del impacto adverso –disparate impact– hacia el colectivo victimizado y de la ayuda de los organismos e instituciones públicas y privadas en la consecución de la prueba estadística y en la procura de un más completo acerbo probatorio.



Sin profundizar en estos antecedentes, los actuales arts. 17 a 19 de la Directiva 2006/54/CE contemplan una batería de medidas procesales y procedimentales que imponen obligaciones muy concretas a los Estados miembros. En concreto, las cuatro siguientes:

1ª- Prever y contemplar la existencia de procedimientos previos y judiciales en caso de transgresión del principio de igualdad y no discriminación, incluso tras la extinción de la relación laboral. Interesa subrayar esta referencia a la posibilidad de que se accione cuando el contrato de trabajo ya no esté vigente, porque plantea una necesidad muy sensible en torno a las repercusiones subjetivas del fenómeno de la discriminación.

2ª- Velar por que las organizaciones con interés legítimo puedan iniciar, de acuerdo con la persona interesada, procesos y procedimientos para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva. Esta ampliación de la legitimación hacia colectivos interesados constituye uno de los grandes retos de los ordenamientos internos y, muy en particular, del español, donde estos resortes resultan prácticamente desconocidos.

3ª- Prever indemnizaciones no tasadas, sin topes máximos. Se trata de otra exigencia importante, que rompe con nuestra tradición jurídica en torno a las instituciones del contrato de trabajo, pero en cuya senda se va introduciendo poco a poco, como se va a ver, nuestra doctrina judicial.

4ª- Contemplar sistemas de desplazamiento de la carga de la prueba. Se trata del objetivo fundamental de la Directiva 1997/80/CE, y de un tema con el que nuestro Tribunal Constitucional y nuestros órganos de la jurisdicción ordinaria se enfrentan prácticamente a diario, pero en el que acaso sea conveniente reflexionar para introducir resortes que mejoren la tutela. Y, de hecho, el proyecto de Ley Orgánica incluye alguno en mi opinión sumamente interesante.

En torno a estas cuatro obligaciones intentaré reflexionar a continuación:

II. EXISTENCIA DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

En el ámbito de la jurisdicción social, existe un proceso que hace las veces del sumario y preferente previsto en el art. 53.2 de la Constitución. Se trata del proceso de tutela de los derechos de libertad sindical, regulado en los arts. 175 ss. del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral –LPL–. De acuerdo con su art. 181, y a pesar del equívoco nombre que le ha impuesto el legislador, es cauce hábil para deducir las pretensiones de violación de los demás derechos fundamentales de la sección primera, capítulo segundo, título primero de la Constitución, incluidos los principios de igualdad y no discriminación del art. 14. Bien es cierto que, por razón del objeto concreto del proceso en el que se postule dicha violación, acaso deba utilizarse otra modalidad procesal, de



acuerdo con el art. 182 de la ley rituarial laboral. Ello no obstante, si así sucede, en esta otra modalidad deberán tenerse en cuenta las específicas herramientas que caracterizan la de los arts. 175 y siguientes de la LPL. Por otra parte, debe matizarse que, de acuerdo con la más moderna doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo –STS de 14 julio 2006–, el objeto de este proceso de tutela ha quedado enflaquecido, limitándose tan sólo al “bloque de constitucionalidad” de los derechos fundamentales, sin adentrarse en el contenido adicional de los mismos que se incorpore por ley ordinaria, norma reglamentaria o convenio colectivo.

Alguna de las herramientas especialmente garantistas que prevén los arts. 175 y siguientes de la LPL consisten en que se trata de una modalidad procesal preferente, urgente, sumaria y dotada de tutela cautelar. Bien es cierto que esta tutela cautelar, regulada en el art. 178, ha tenido escaso éxito en su aplicación práctica, por motivos que aquí no viene al caso desarrollar. Asimismo, debe reseñarse la necesaria intervención del Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, y, en este caso, en defensa del adecuado respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Por lo demás, la doctrina judicial no ha tenido demasiado reparo en admitir –y, cuando procede, en estimar–, demandas de vulneración del principio de igualdad y no discriminación aunque el contrato de trabajo estuviese ya extinguido, sometiendo en este caso la acción al plazo prescriptivo anual. Especial cuidado ha tenido al respecto la doctrina de suplicación mayoritaria, en especial en temas como el acoso sexual. En ellos, es fácilmente entendible y amparable que la víctima de la conducta pluriofensiva y discriminatoria opte por retrasar el ejercicio de la demanda hasta después de que el contrato de trabajo haya sido extinguido, acaso por denuncia de la propia víctima. Claro que el único contenido posible de la sentencia sea en este caso de tipo indemnizatorio.

En cuanto al proyecto de Ley Orgánica de igualdad, avanza algo más en esta senda. Con carácter programático, establece un principio general en su art. 12.1. Además, en el art. 181 LPL realiza una referencia expresa –antes sólo era implícita, aunque indiscutible– al tratamiento discriminatorio y a la prohibición del acoso.

En otro orden de ideas, introduce modificaciones en la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil (LEC), en la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LCA) y en la LPL afinando alguno de sus principios, en el sentido que se analiza de inmediato.

En resumen, incrementa elementos de protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación ante los órganos de la jurisdicción civil, de la social y de la contencioso-administrativa.



III. EL PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES CON INTERÉS LEGÍTIMO

En la defensa de los principios de igualdad y no discriminación, puede decirse que en la actualidad es bastante modesto el papel que desempeñan las organizaciones sindicales y otros colectivos de defensa específica de los derechos de las mujeres. En cuanto a las organizaciones sindicales, su alusión en el art. 175 LPL como actoras principales o coadyuvantes les confiere una clara posición procesal en las demandas ante la jurisdicción social en las que se deduzcan pretensiones de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. Por lo tanto, también cuando la lesión invocada se refiera a los principios de igualdad y no discriminación. Y ello aunque con toda probabilidad la intención del legislador fue limitar su posición de legitimadas activas o coadyuvantes a los procesos en los que se invocara lesión del derecho fundamental de libertad sindical. En todo caso, el papel que el art. 7 de la Constitución les confiere determina una interpretación amplia del referido precepto de la LPL.

Y poco más puede añadirse de lege data. Si acaso puede hacerse referencia al art. 95.3 LPL, que alude a los “organismos públicos competentes” para otorgarles a los órganos judiciales actuantes la posibilidad de recabar dictamen de los mismos cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo. En la práctica, el papel de estas instituciones se encuentra muy difuminado, al menos si se compara con el que desempeñan, en ordenamientos comparados, otras entidades análogas, como es el caso de la británica *Equal Opportunities Commission*, cuya actuación como coadyuvante de la litigante principal resulta muy habitual (véase, sin ir más lejos, el reciente asunto *Cadman*, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 octubre 2006).

El Proyecto de Ley Orgánica se enfrenta con varias disposiciones a esta materia. En primer lugar, reconoce explícitamente la legitimación sindical ante la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, en sus disposiciones adicionales quinta y sexta. En realidad, el TC ya había anticipado en alguna ocasión la legitimación sindical ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trataba de defensa de derechos fundamentales, pero fundamentalmente cuando la lesión había sido de la libertad sindical. Si el proyecto se mantiene en los términos actuales, resultará que la legitimación de las organizaciones sindicales en defensa de la igualdad y la no discriminación está reconocida de forma más explícita en la LEC o en la LCA que en la LPL. Lo cual no tiene mayor trascendencia, habida cuenta de la supletoriedad de la LEC reconocida por la disposición adicional primera de la LPL.

Los mismos preceptos (disps. adics. 5ª y 6ª del proyecto) aluden también como legitimadas a “las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad”. Como las reformas son sólo de la LEC y de la LCA, de nuevo hay que apelar al carácter supletorio de la LEC en la LPL para reconocerles la misma condición ante la jurisdicción civil. No hubiera estado de más que a este respecto se hubiera reformado también la LPL.



Y asimismo aluden a los “intereses difusos” y a los organismos públicos competentes, a los sindicatos y a las asociaciones de defensa de la igualdad. Por lo tanto, y en síntesis, de una lógica de asesoramiento (art. 95.3 actual de la LPL) se transita a otra de legitimación.

En realidad, ya el art. 12.2 del proyecto de ley Orgánica sienta el principio general cuando expresa que “la legitimación y la capacidad para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponde a las personas físicas y jurídicas, con interés en el resultado del pleito, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos”.

Claro que de esta legitimación ampliada queda expresamente excluido el tema del acoso sexual, en el que se restringe a la propia víctima.

Además, y en otro orden de ideas, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se le confieren mayores competencias, más técnicas instrumentales y un mayor marco de actuación. Entre otras cuestiones, resulta muy interesante la renovación de los procesos de oficio que se lleva a cabo en la disposición adicional 13ª del Proyecto, que reforma el art. 146 LPL. La Inspección de Trabajo podrá excitar el proceso de oficio en casos en los que se vislumbre una discriminación por razón de sexo. En tales casos, deberá además aportar las bases para el cálculo de los perjuicios estimados para la persona trabajadora –tema éste extraordinariamente sensible, y que ha producido una doctrina judicial poco favorable a los intereses de las demandantes, por más que jurídicamente bien fundamentada-. Y, adicionalmente, deberá coordinarse con la autoridad laboral en el caso de que las actas de infracción se contesten con argumentos que pongan en tela de juicio la competencia de la jurisdicción social. El tema resulta crucial en los casos de relaciones laborales disimuladas, un ámbito de la realidad en el que los colectivos feminizados suelen quedar muy afectados.

IV. EL CARÁCTER TASADO O NO TASADO DE LAS INDEMNIZACIONES

Se trata de una materia en la que debe apreciarse cierta evolución de la doctrina judicial. Como datos incontrovertibles, pueden señalarse los que siguen:

1º. La indemnización adicional a la condena principal en una sentencia estimatoria de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del art. 180 LPL no tiene el carácter de indemnización tasada. No existe, así pues, tope máximo. Pero sí que debe reconocerse que los pronunciamientos judiciales han resultado, en términos generales, muy cicateros con la parte demandante. A esto hay que sumar una consolidada jurisprudencia del TS, de conformidad con la cual a la propia parte actora le corresponde aportar las bases a partir de las que se calcula la indemnización, sin que los daños



puedan presumirse. Aunque justo es también reconocer que ciertas sentencias del TC han intentado “quitar hierro”, siquiera parcialmente, a esta corriente de jurisprudencia.

2º. En los procesos por despido, la readmisión con abono de salarios de tramitación constituía la *restitutio in integrum*, sin que resultase posible demandar una indemnización adicional. Esta doctrina quiebra y es sustituida por la contraria a partir de que el TS reconsiderase su postura en 1999. Ahora, incluso en el propio pleito por despido, en el que se interese la nulidad por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, puede pedirse la indemnización adicional no tasada.

3º- Pero la indemnización por despido improcedente no admitía en ningún caso indemnización adicional por violación de derechos fundamentales. También esta postura se supera, en STS de 17 mayo 2006, en un caso de acoso moral en el que se declaró compatible dicha indemnización, derivada de extinción del contrato por incumplimiento del empresario, con la adicional no tasada derivada de la violación de los derechos a la dignidad y la integridad moral.

También en este tema el proyecto de Ley Orgánica introduce claras mejoras. Muy en particular, las siguientes:

1ª- Se establece un principio general en el art. 10: “los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

2ª- Se aclara la regla de acumulación de acciones al reformar el art. 27 LPL por la disposición adicional 13ª del proyecto, para dejar claro que en los procesos por despido y por extinción del contrato a causa de incumplimiento del empresario puede instarse indemnización adicional derivada de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales.

3ª- En el art. 181 LPL se reconoce expresamente la compatibilidad de la indemnización no tasada con las tasadas derivadas de modificación o extinción del contrato de trabajo.

Aunque cabe lamentar que ninguna de estas técnicas ni ninguno de los principios que las guían haya transitado a la LEC o a LCA, por lo menos en el estado actual del proyecto de Ley Orgánica.



V. LAS REGLAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

Los arts. 96 y 179.2 LPL han suscitado una abundantísima doctrina jurisprudencial ordinaria y del Tribunal Constitucional. La prueba de indicios y el principio de desplazamiento de la carga de la prueba son técnicas suficientemente conocidas sobre las que ahora no es cuestión de detenerse. Quizá merezca una mayor reflexión la carga probatoria que incumbe a la parte demandada, en relación con la justificación objetiva y razonable de la medida, además de con su carácter proporcionado. A este respecto, en relación con el tema de la discriminación, habría que realizar importantes e interesantes matices, según se trate de discriminación directa o indirecta. Pero se dan aquí por supuestos, sin que se reflexione en especial sobre ellos.

Hay que tener en cuenta que, al lado de la técnica del desplazamiento de la carga de la prueba, se sitúa la de la tutela “a plazo”, propia de la discriminación por embarazo y maternidad, derivada de la Directiva 1992/85/CEE, y ampliada por la Ley 39/1999, de 5 noviembre, a supuestos de permiso parental. Claro que alguna ominosa sentencia del TS de julio 2006 parece desconocer el alcance de esta tutela a plazo, ni su propia génesis y configuración teórica.

En líneas generales, resulta poco discutible que el Reino de España cumplía los estándares mínimos de la Directiva 97/80/CE. Pero el proyecto de Ley Orgánica también en este punto introduce mejoras muy dignas de tomarse en consideración. En concreto:

1º– Generaliza la regla del desplazamiento de la carga de la prueba, con la excepción de los procesos penales y de los procedimientos sancionatorios (art. 13 del proyecto). La contempla de modo expreso en la reforma que acomete de la LEC y de la LCA.

2º– Con el aditamento –que debería aparecer, aunque no aparece en la LPL– de ciertas facultades de prosecución de prueba para el órgano judicial, que puede –a mi entender debe– colaborar con la parte demandante en la búsqueda de los indicios. Se trata de un tema especialmente sensible, desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva.

Esta función de recabar dictamen o informe evoca la doctrina del TC del asunto *Renault*, de 1999. A la actitud del órgano judicial se le otorga mucha mayor relevancia, en doctrina coherente con la que poco a poco va formulando el Tribunal Constitucional.

VI. Y OTRO TÓPICO: LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Sin que ahora pueda tratarse más en profundidad, puede aludirse a este tema, que sin duda está llamado a tener una importancia sobresaliente. La protección de la garantía de indemnidad, como valor trascendente en la discriminación sexista, ya ha sido subrayado



por el Tribunal de Justicia de las Comunidades en el asunto C-185/1997, Coote, sentencia de 22 septiembre 1998. Después de una reclamación judicial por discriminación sexista, el empresario demandado se niega a aportar informes positivos de la trabajadora demandante a un nuevo empresario, y el Tribunal enjuicia desfavorablemente esta conducta. El art. 9 del proyecto de Ley Orgánica se refiere a este tema. Y bien está que la garantía de indemnidad transite de la tutela judicial efectiva –ámbito en el que está propiciando doctrinas muy interesantes– y de la libertad sindical a la discriminación sexista y a cualquier otra discriminación.

JAIME CABEZA PEREIRO



2

EMPLEO Y CONDICIONES DE TRABAJO

MODALIDADES DE CONTRATACION LABORAL (CONTRATOS TEMPORALES Y CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL)

**Sobre La Situación Laboral en España y Andalucía.
Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.**

Jesús R. Mercader Uguina

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

I. LA EVIDENCIA SOBRE LOS EFECTOS DE LA TEMPORALIDAD EN ESPAÑA

España tiene en la actualidad una tasa de contratación temporal casi 20 puntos porcentuales por encima de la media en la Unión Europea. La excesiva precariedad laboral es negativa tanto en términos de equidad como de eficiencia económica. En efecto, los jóvenes, las mujeres y los trabajadores poco cualificados son los principales afectados y padecen un mayor desempleo sin protección social que el resto de la población, dada la brevedad de sus períodos contributivos. Asimismo, la evidencia empírica disponible pone de relieve efectos perniciosos sobre la formación, la productividad e, incluso, sobre la natalidad, la movilidad regional y la siniestralidad laboral. Como se ha resaltado que la temporalidad aumenta los accidentes de trabajo, como refleja el hecho de que la incidencia es 3 ó 4 veces mayor entre los trabajadores con contrato temporal que entre aquellos con contratos indefinidos.

Los efectos de la contratación temporal en nuestro país son plurales. En primer lugar, existe una evidencia abrumadora de que la contratación temporal y la reducción de los costes de despido han aumentado la volatilidad del empleo, incrementando las tasas de creación y destrucción de puestos de trabajo. En segundo lugar, en la medida en que la contratación temporal ha aumentado la tasa de contratación, cabría esperar que ello hubiera ayudado a reducir la proporción de parados de larga duración sobre el total, pero ello no ha sido así. En tercer lugar, la reforma de 1997 sí que parece haber contribuido a reducir la tasa de paro en consonancia con el ya mencionado cambio de objetivos sindicales impuesto por el nuevo colectivo dominante en los mismos. En cuarto lugar, la evidencia existente es bastante concluyente en lo que se refiere a los efectos de la temporalidad sobre la reducción de la inversión en formación específica por parte de empresas y trabajadores. A ello se une el efecto de la temporalidad sobre el fenómeno de "sobreeducación" que está teniendo lugar en



España, donde la proporción de diplomados y licenciados con trabajos estables (diferentes a contratos de prueba) cuyas tareas se encuentran muy por debajo de sus cualificaciones ha aumentado del 14% en 1985 al 21% en 1998, un período en el que la proporción de población española de entre 25 y 64 años de edad con un título universitario pasó del 15% al 23%. Como se demostró este fenómeno tiene serias consecuencias sobre las oportunidades de empleo de aquellos trabajadores con menores niveles educativos que tradicionalmente ocupaban estos puestos de trabajo. En quinto lugar, en lo que respecta a los salarios, los datos disponibles apuntan a un diferencial a favor de los trabajadores con contrato indefinido frente a aquellos con contratos temporales del orden de 10-15% y 7-10% para los hombres y mujeres, respectivamente.

II. LAS MODALIDADES VIGENTES DE CONTRATACIÓN TEMPORAL

La expresión “contrato de trabajo temporal” es una forma abreviada de designar lo que con mayor precisión se denomina “contrato de trabajo por tiempo determinado”, y que “viene caracterizado por la incorporación al contenido del contrato de un pacto de extinción a la llegada de un término, que puede estar determinado con exactitud (*certus an, certus quando*), o remitido en su vencimiento a un suceso de acaecimiento en fecha no enteramente precisada (*certus an, incertus quando*)” (MARTIN VALVERDE). Los contratos de trabajo temporales pueden ser agrupados en tres grandes categorías: de un lado, los contratos temporales “clásicos”, que dan lugar a la llamada “contratación temporal estructural”, en los que la temporalidad de la relación se identifica con la temporalidad del trabajo; de otro, los contratos temporales específicos del empleo juvenil o “formativos”, dirigidos a permitir una más fácil incorporación al mercado de trabajo de este colectivo; y, en fin, los contratos temporales de carácter coyuntural o como “medida de fomento de empleo”.

El art. 15.1 ET recoge tres supuestos de contratación temporal estructural en los que la contratación de trabajadores se realiza para atender necesidades estructurales de mano de obra temporales, de modo que existe correspondencia entre la naturaleza del contrato y la naturaleza de la actividad (contrato temporal para dar cobertura a actividades temporales): la contratación para obra o servicio determinado; la contratación de trabajadores eventuales; y, en fin, la contratación de trabajadores interinos. Todos estos supuestos, de un modo u otro, responden a una causa que justifica la contratación a término: en el primero de los supuestos se está en presencia de tareas que, en principio, se corresponden con una actividad no permanente de la empresa; en el caso de los eventuales y de la contratación de interinos, en cambio, las tareas a realizar son, o pueden ser, propias de una actividad habitual, por cuanto a su través cabe atender tareas estables de la organización de la empresa, derivando la provisionalidad de la contratación, en el último de los supuestos, no tanto del puesto de trabajo en sí, sino de su modo de cobertura, que no puede ser definitivo al existir un titular del mismo con derecho a reserva de plaza.



En todo caso, no se deja exclusivamente en mano del empresario la decisión de la modalidad contractual a seguir, sino que en el caso de “optar” por una contratación temporal, su decisión no es “libre” sino que deberá quedar justificada por concurrir en la empresa alguna de las causas legalmente establecidas. Debe tenerse en cuenta, además, que las modalidades de contratación temporal legalmente establecidas son las únicas admisibles en nuestro ordenamiento. En este sentido, es importante remarcar que el artículo 15 ET, junto con las normas especiales a las que luego se hará referencia, establece un mandato imperativo absoluto, sin que pueda admitirse la ampliación de los supuestos posibles de contratación temporal por la vía de la negociación colectiva (STS de 17 de diciembre de 2001).

1. La pluralidad de los tipos de contrato a término y la dispersión normativa

Tras la lenta y gradual recuperación por las Leyes 11/1994 y 63/1997 del modelo unitario de contratos a término, la legislación actualmente en vigor establece una lista cerrada y tasada de contratos de duración determinada, cuya formalización queda condicionada a la concurrencia de una causa objetiva. La norma de cabecera de la contratación temporal es el art. 15 ET, el cual define los tipos de contratos a término: por obra o servicio determinado, eventual, interinidad, en las dos modalidades por sustitución y por vacante, e inserción. El régimen jurídico específico de cada uno de estos contratos temporales y las normas comunes a todos ellos se encuentran dispersos, conteniéndose en el ET (arts. 8, 15, 49.1.c y 72) así como en el reglamento de desarrollo de aquél precepto legal (RD. 2729/1998, de 18 de diciembre).

Al margen de ello, otras muchas disposiciones también regulan la contratación temporal, bien que con un ámbito subjetivo limitado. Tal sucede, en primer lugar, con la abundante normativa sobre las relaciones laborales especiales, capítulo éste en el que la contratación temporal tiene un amplio campo de actuación en los deportistas profesionales, los empleados al servicio del hogar familiar y los mediadores mercantiles. Y también acontece, en segundo lugar, con las normas que regulan, por razón de los colectivos afectados, otras modalidades de contratación temporal (profesores de religión en centros públicos y profesores de universidad pública, por ejemplo). A esta nómina de contratos a término han de añadirse todavía el contrato temporal de fomento del empleo de los minusválidos, que es el reducto de los programas de creación de empleo, y el contrato de relevo conectado con la jubilación parcial (Informe Expertos, 2004).

2. Los contratos temporales estructurales de uso frecuente

2.1 El contrato por obra o servicio determinado

El contrato de obra o servicio determinado se puede utilizar “cuando se contrata al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y



sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta” (art. 15.1. a ET). Esta modalidad contractual requiere la concurrencia de dos elementos: de carácter material, el primero, y de naturaleza temporal el segundo. El elemento material consiste en la realización de una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, ya sea por ser una tarea excepcional fuera de su objeto social, ya sea por estar encuadrada en un ciclo productivo inconstante dentro de la actividad normal de la empresa. De su lado, el elemento temporal alude a la duración limitada de dicha obra o servicio, requiriendo que la obra o servicio responda a una necesidad transitoria, de duración incierta, que surge dentro o fuera de la actividad normal de la empresa.

El contrato de obra o servicio determinado del art. 15.1 a) ET precariza el empleo de sectores productivos, como la construcción, no sometidos a actividades cíclicas constantes. La norma privilegia a determinados sectores estratégicos a cambio de asumir la precarización. La frontera de la continuidad o no del trabajo marca el terreno de la contratación indefinida o temporal porque no es la actividad normal la que debe ser cubierta con fijos sino, sólo, la permanente dentro de un ciclo productivo constante (VALDES/LAHERA).

La negociación colectiva ha contribuido al proceso de “descausalización” del contrato. Ejemplo, CC Empresas de Consumo: “a cualquier otra actividad que contribuya a dar mejor respuesta a las exigencias de las demanda, frente a la oferta comercial derivada de la competencia del sector”; CC Transformadores de Plásticos de Valencia: “trabajos complementarios a la propia actividad de la empresa”. Lo que se permite es que a través de la negociación colectiva se concrete qué actividades deberán considerarse como obras o servicios determinados, pero no que, yendo más allá, el convenio pueda romper la causa del contrato, fijando, por ejemplo, un término final determinado al margen de la duración de la obra o servicio (STSJ de Cataluña de 29 de julio de 2003). Así, por ejemplo, el convenio no puede modificar la naturaleza jurídica del contrato haciendo alusión al incremento del volumen de la actividad como obra o servicio, ya que ello implicaría una interpretación “ultra vires” del convenio colectivo frente a la Ley, pues consagraría autorizar que en convenio colectivo se pudiera alterar la naturaleza de los contratos temporales que viene establecida por el propio artículo 15 (STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de enero de 2004). Ejemplo de esta línea de tendencia es la STS 23-9-2002, en relación con la resurrección del contrato de lanzamiento de nueva actividad, que fue considerado como causa temporal ilícita aunque viniera establecido en convenio colectivo.

2.2 El contrato eventual

El contrato eventual se puede utilizar cuando lo exijan “las circunstancias del mercado, una acumulación de tareas o un exceso de pedidos”, aún tratándose de la actividad normal de la empresa (art. 15.1.b ET). También son dos los grandes supuestos incluidos en la causa de esta segunda figura de contrato a término.



El primero son las circunstancias de la producción. Las tres causas que legalmente se mencionan pueden responder a factores productivos externos a la empresa o a la Administración Pública contratante. Las “circunstancias del mercado”, el “exceso de pedidos” o la “acumulación de tareas” comportan una alteración en el nivel de producción que puede traducirse en una necesidad empresarial de trabajadores temporales. El desequilibrio entre el trabajo solicitado y el efectivamente realizado es debido a un aumento de demanda en el mercado que justifica el recurso a la contratación eventual. El contrato eventual se muestra, así, apropiado para sectores con variaciones productivas, como el comercio o la hostelería. El segundo supuesto que habilita el recurso al contrato eventual es el déficit de plantilla. En tal sentido, una de las tres causas de eventualidad puede responder a factores internos de la empresa o de la Administración Pública contratante. En concreto, es la “acumulación de tareas”, entendida como una disminución transitoria de la plantilla cuya solución exige la contratación igualmente temporal de trabajadores. El desequilibrio entre el trabajo solicitado y el efectivamente realizado es debido, en este caso, a un déficit ocasional de trabajadores.

También en relación con el contrato eventual, nuestra jurisprudencia laboral ha efectuado una interpretación flexible de la causa justificativa de la temporalidad, al declarar la posibilidad de que concurra ésta, no sólo por razón de una excesiva y coyuntural demanda en el mercado, sino también por una disminución de la plantilla contratada, tal y como sucede en situaciones de vacaciones por parte del personal o por la existencia de vacantes sin cubrir en el sector público.

No cabe que el cauce del convenio se utilice para crear otras modalidades de contratación temporal. Así, no cabe, por ejemplo, la configuración del “contrato eventual a llamada” por el que se permite que, concertado el contrato por una duración máxima determinada, el trabajador quede obligado para todos y cada uno de los días del período pactada, mientras que el empleador únicamente lo llamará al trabajo cuando, a su sólo juicio, necesite de los servicios, pudiendo incluso no llamar ningún día, dado que con ello se constituye un medio por el que el empleador puede contar con los servicios de un trabajador que queda vinculado contractualmente de manera obligatoria y que no ha de utilizar más que cuando sus servicios le sean necesarios, con olvido de que tal necesidad o su desaparición no puede ser elevada a la categoría de causa de la temporalidad, y, menos aún, de la indeterminación del tiempo en el que las partes quedan vinculadas. El contrato eventual, no puede ser intermitente (SSTS de 17 de diciembre de 2001).

2.3. Los contratos temporales estructurales de uso moderado

A) El contrato de interinidad

El contrato de interinidad cubre, en primer lugar, las sustituciones de trabajadores “con derecho de reserva del puesto de trabajo” (interinidad por sustitución). La existencia de este derecho por parte del trabajador sustituido es, por tanto, un elemento esencial de esta primera modalidad de interinidad. Y, en segundo lugar, los procesos “de selección o promoción para su cobertura definitiva” (interinidad por vacante) (art. 15.1.c ET). Tradicionalmente, el contrato temporal de interinidad ha registrado unos valores de



uso moderados. A partir del año 2002 ha tenido lugar un crecimiento de esta figura de contrato de duración determinada, sin que pueda aún formularse una hipótesis segura sobre sus causas: motivos excepcionales, cambio de tendencia, o, quizás, el impacto de las importantes bonificaciones de Seguridad Social en las interinidades que sustituyen a trabajadoras que disfrutaban de un permiso de maternidad.

B) El contrato de inserción: su eliminación del marco normativo

La última de las modalidades de contratos a término es el contrato de inserción. Introducido por la Ley 12/2001, su utilización queda reservada a una Administración Pública o a una entidad sin ánimo de lucro con vistas a “realizar una obra o servicio de interés general, dentro del ámbito de sus competencias, como medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante”. Inicialmente, la Disposición Adicional 16 del ET dirigió esa referencia a los programas de obras y servicios previstos en las OOMM de 19 de diciembre de 1997 y 26 de octubre de 1998, pero, al mismo tiempo, habilitó al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales para modificar el contenido de dichos programas, excluir su aplicación en este contexto o establecer programas nuevos. La OM de 20 de julio de 2004 ha decidido su exclusión. Ahora bien, no ha procedido esta norma a crear programas nuevos, ni ha asignado los contratos de inserción a programas distintos, por lo que dichos contratos carecen actualmente de ámbito de aplicación.

El impacto de esta nueva modalidad contractual en el índice de contrataciones ha sido, hasta ahora, mínimo. Los datos de utilización han sido: a) 2002: 52.724 contratos, equivalente al 0,40 por 100 del volumen anual de contratación temporal; b) 2003: 89.247, equivalente al 0,66 por 100 del volumen total y c) 2004: 67.523, equivalente al 0,43%. Todo ello ha llevado a su desaparición en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo.

3. Los contratos formativos

Los contratos formativos en nuestro ordenamiento han tenido tradicionalmente una regulación específica y diferenciada del calificado como contrato de trabajo ordinario, comenzando por el clásico contrato de aprendizaje. Dos modalidades se contemplan formalmente en este momento dentro de este calificativo de contratos formativos: el contrato en prácticas y el contrato para la formación. Ambas, a su vez, presentan un perfil claramente predefinido. De un lado, el contrato en prácticas va dirigido a aquellas personas que, con una significativa cualificación profesional desde la perspectiva teórica, carezcan sin embargo de la debida experiencia profesional práctica que complemente la titulación oficial obtenida en la formación reglada y que, por medio de tal contrato adquieran dicha experiencia y con ella tengan los rasgos plenos de empleabilidad deseables en este tipo de profesionales. De otro lado, el contrato de trabajo para la formación va dirigido a personas que adolecen de los elementos necesarios de mínima cualificación profesional, tanto desde la perspectiva teórica como desde la práctica; por tanto va dirigido a ocupaciones de muy escasa cualificación profesional o bien de puestos



de trabajo cuya empleabilidad se logra sustancialmente por medio de la incorporación misma a la actividad laboral en una concreta empresa (Informe de los Expertos, 2004).

De este modo, los contratos formativos por propia naturaleza son también contratos a término, con la previsión de una duración preestablecida en el mismo momento de celebración del contrato entre las partes. Es la finalidad formativa, práctica o completa, la que determina la temporalidad del contrato, siendo, por ello, la temporalidad ajena a una causa derivada de necesidades de empleo temporal en la actividad de la empresa. Por tal motivo tiene un elemento de coincidencia formal con los contratos temporales causales del art. 15 ET, pero se separa de los mismos desde el punto de vista funcional.

Por lo que se refiere al contrato en prácticas, parece observarse una notable aceptación en orden a su adecuación a los fines proyectados y la utilidad de esta modalidad. Por mucho que su alcance sea modesto en términos cuantitativos globales de nuestro mercado de trabajo, desde el punto de vista cualitativo despliega una funcionalidad elevada para ciertos segmentos de profesionales de elevados niveles técnicos. El aspecto más discutido durante cierto período fue el relativo al del tipo de títulos académicos o profesionales aptos para la celebración de estos contratos, en cuanto que una generalización de las titulaciones habilitantes pudiera esconder en el fondo un uso desviado de los mismos.

El puesto de trabajo en el que se coloque al trabajador en prácticas deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada a su nivel de estudios. Es decir, la licitud del contrato se hace depender de que las tareas desempeñadas por el trabajador en prácticas le permitan precisamente adquirir esa formación práctica. De este modo, por ejemplo, no puede admitirse la contratación de titulados universitarios en entidades financieras mediante contratos en prácticas cuando el objeto del contrato es realizar tareas administrativas (STSJ de Murcia de 22 de febrero de 2001). Ahora bien, hay que puntualizar, por una parte, que la correspondencia entre la titulación y el trabajo no tiene por qué ser absoluta ni rígidamente nominalista bastando que la prestación laboral permita el ejercicio de todas o algunas de las enseñanzas teóricas acreditadas por la titulación del trabajador (STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2001); y, por otra, que el contrato en prácticas no requiere de la asistencia continua de otra persona que supervise la actividad sino sólo de la posibilidad de aplicar los conocimientos adquiridos de los que es exponente el título obtenido (STSJ de Cataluña de 4 de diciembre del 2000), dado que la finalidad del contrato en prácticas no es propiamente la de proporcionar una formación, sino la de permitir una práctica profesional adecuada al nivel de estudios (STSJ de Madrid de 16 de noviembre del 2000). Por lo demás, la atribución de tareas de responsabilidad no determina la ilegalidad del contrato en prácticas (STSJ de Cantabria de 18 de octubre de 2004).

4. Otros contratos temporales y colectivos de trabajadores temporales

Con independencia de los contratos temporales estructurales de la relación laboral común así como de los contratos a término que pueden concertarse en el marco de una relación



laboral específica, el ordenamiento jurídico español conoce, todavía, otros contratos de duración determinada.

A) El de fomento de empleo para minusválidos

La Disposición Adicional de la Ley 24/2001 prorrogó con carácter indefinido el programa de fomento del empleo para minusválidos, colectivo éste que puede concertar, con una duración máxima de tres años, contratos temporales de fomento del empleo para su mejor inserción en el mercado laboral. El supuesto de contratación temporal que se analiza es de carácter acausal. Se permite la contratación temporal con entera libertad con la finalidad de facilitar las posibilidades de empleo de los trabajadores correspondientes, en este caso, los minusválidos. De hecho, según los preceptos citados, el recurso a esta modalidad de contratación temporal sin causa queda sometido, además de al límite referido al colectivo de trabajadores minusválidos, a dos limitaciones relacionadas, primero, con la imposibilidad de utilización de la misma por parte de cualquier empresa, cualquiera que sea su tamaño, que con posterioridad al 1 de enero de 2003 haya amortizado puestos de trabajo por despido declarado improcedente, expediente de regulación de empleo o por amortización de puestos de trabajo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y, en segundo lugar, con la necesidad de que se trate de trabajadores desempleados.

B) Contratos temporales para sustituir a trabajadores jubilados anticipadamente

Dentro de la política de empleo se viene posibilitando, en ciertas condiciones, la suscripción de contratos temporales para sustituir a los trabajadores que acceden a la jubilación. Posteriormente, al hablar del tiempo parcial, analizaremos otros casos. Interesa ahora centrarnos en las reglas contenidas en el RD. 1194/1985, de 17 de julio. Esta norma nunca ha sido expresamente derogada, aunque su vigencia podría ser cuestionada. Obsérvese en este sentido que la misma posibilita tanto la suscripción de nuevos contratos indefinidos como de contratos de carácter temporal. Respecto de estos últimos, la idea era razonable puesto que, en el momento que se aprobó, nuestro ordenamiento permitía la contratación temporal acausal o conyuntural en fomento del empleo. Desaparecida ésta en 1994, salvo para minusválidos, cabía dudar que al amparo del RD. 1194/1985 pudieran seguir suscribiéndose contratos temporales.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido, no obstante, que continúan pudiéndose suscribir este tipo de contratos temporales siempre que el convenio lo posibilite y al amparo de otras formas contractuales como de interinidad por vacante (STS de 20 de marzo de 2002). Interesa, además, señalar cómo, según nuestros Tribunales, las eventuales irregularidades existentes en el contrato de sustitución no afectan a los trabajadores que acceden a la jubilación (STSJ Madrid de 12 de marzo de 2002).

C) El contrato temporal del relevista

Finalmente y en conexión con las jubilaciones graduales previstas en el art 12.6 ET y en su reglamento de desarrollo (RD. 1131/2002, de 31 de octubre), se



pueden suscribir contratos temporales de relevo por el tiempo que reste hasta el cumplimiento de la edad de jubilación del trabajador parcialmente relevado o, cumplida ésta, por períodos anuales renovables automáticamente hasta la jubilación total, e igualmente pueden convertirse en temporales los contratos y las prórrogas de los trabajadores relevados. En esta categoría de contrato también puede incluirse el suscrito para sustituir a jubilados de 64 años.

La posibilidad ofrecida por el art. 12.6 ET de conectar la duración determinada del contrato de relevo con la edad de jubilación total de los jubilados parciales no hace más que estimular el reparto del empleo temporal. En el caso de las jubilaciones anticipadas parciales, donde el contrato de relevo es obligatorio, este estímulo se hace más evidente, aunque siempre resulte posible la suscripción de un contrato de relevo indefinido. El previsible desarrollo de las jubilaciones parciales puede conducir, así, a un aumento de los contratos temporales de relevo.

D) Contratos temporales de profesores de universidad (LO 6/2001)

Las Universidades pueden contratar laboralmente a ayudantes, ayudantes doctores, colaboradores, asociados y visitantes. El contrato de ayudante tiene una duración máxima de 4 años, con una finalidad esencialmente formativa. El contrato de ayudante doctor tiene una duración máxima de 4 años, con tareas docentes, y se extingue con la finalización del término correspondiente. Los profesores asociados son contratados temporalmente y con dedicación a tiempo parcial entre especialistas y profesionales. Los profesores colaboradores y visitantes suscriben también relaciones contractuales temporales.



5. El contrato de trabajo a tiempo parcial y el fijo discontinuo

5.1. El trabajo a tiempo parcial

Una modalidad contractual que ha ido adquiriendo importancia creciente es el contrato a tiempo parcial cuya disciplina se contiene en el art. 12 ET. La regulación actualmente vigente es fruto de la reforma normativa introducida en el Estatuto por la Ley 12/2001 que corona, por el momento, una evolución normativa jalonada por distintos hitos. El análisis del contrato a tiempo parcial obliga a hacer hincapié en tres elementos distintos: su concepto, las reglas de constitución y, en fin, su régimen jurídico.

De acuerdo con el art. 12.1 ET, “el contrato se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”. El concepto legal parte, pues, de una nota: la existencia de una jornada inferior a la de los trabajadores ordinarios, esto es, a tiempo completo.

Frente a los muy pobres resultados del contrato de relevo en el pasado, la reforma de 1998 pretende flexibilizar su regulación con vistas a incentivarlo. Ello se hace por vía de dar un mayor margen de opción en lo que refiere a la intensidad de la reducción de la jornada del trabajador maduro, de la duración de la jornada del trabajador relevista y de las prórrogas de tales contratos. En todo caso, la eficacia de estas reformas depende en gran medida de los efectos reflejos provocados por otras medidas, en particular de la continuidad de las políticas generales de jubilaciones forzosas anticipadas o de los incentivos a la prolongación de la edad de jubilación.

5.2. El fijo discontinuo

El tipo de los trabajos fijos discontinuos es singular en nuestro ordenamiento laboral, sin fácil parangón en otros países de nuestro entorno. En términos absolutos no representa un número cuantitativamente elevado en el conjunto de nuestro mercado de trabajo, ni significa un porcentaje elevado de los contratos celebrados, si bien al concentrarse en ciertas empresas, sectores productivos y territorios, sí que alcanzan una notable relevancia para tales ámbitos.

El fijo discontinuo responde a objetivas necesidades de ocupación de carácter estacional por parte de las empresas, si bien, por su carácter cíclico, estas necesidades tienden a reiterarse con mayor o menor intensidad todos los años temporada tras temporada. Se trata, por tanto, de una contratación que, aunque no resulta constante a lo largo de todo el año, tiene rasgos de estabilidad en ciertos períodos objetivamente acotados en el curso del año. De este modo, la presencia de esa particular situación de trabajo estacional, unida al reconocimiento de la condición de trabajador fijo, es la que determina una regulación propia, que viene a diferenciarse, tanto del contrato temporal, como del contrato por tiempo indefinido continuo; incluso puede aconsejar también su diferenciación del trabajo a tiempo parcial.

JESÚS R. MERCADER UGUINA



CALIDAD DEL EMPLEO Y FLEXIBILIDAD LABORAL EN LOS GRANDES ACUERDOS DE CONCERTACIÓN SOCIAL.

Sobre La Situación Laboral en España y Andalucía.

Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.

José Vida Soria

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

Se trata de pasar revista a los acuerdos de concertación social, que desde la década de los '80, se han venido sucediendo en España, para rastrear en ellos los temas –casi perennes y aparentemente opuestos e irreconciliables que figuran en el título de esta ponencia.

En primer se ha de dejar constancia de dos puntos esenciales y generales de una considerable importancia crítico-jurídica.

– El primero es la expansión de esa técnica de concertación social no solo al Estado, (como sería lógico, ya que el marco de relaciones laborales es constitucionalmente estatal), sino también a las Comunidades autónomas. Andalucía es especialmente prolífica en este ámbito. Convendría reflexionar en profundidad, no ya si el tema y su práctica es constitucional, sino si se está a través de esta práctica, deformando las previsiones que hasta aquí todos aceptaban, consistentes en la “unidad” del marco normativo para las relaciones. El uso de la negociación colectiva en la cúpula, y su abuso, puede llegar a finalidades no deseadas inicialmente, según los términos constitucionales, y en los planteamientos de los interlocutores sociales. Es un tema para reflexionar, y desde luego que no suficientemente reflexionado ni debatido, aunque sus conclusiones estén ya determinadas a través de la práctica.

– El segundo elemento preliminar de esta reflexión se dedica a dilucidar el papel de estos pactos en el contexto constitucional entero. Es decir, más en concreto, a la posible contradicción entre los poderes del Estado y los poderes de los interlocutores sociales. El fenómeno del “Pactismo” normativo no es ya un tema que se circunscriba a lo laboral. Ejemplos hay ya en todo el sector público, suficientemente significativos, véase si no, el sector energético, el sector farmacéutico, etc. En esta línea de reflexión el actual Pacto firmado en mayo de 2006, va más allá de lo que hasta ahora se había visto, cuando los interlocutores sociales, y el gobierno, “ordenan” al Poder legislativo lo que deben elaborar y emanar como norma jurídica; con texto incluso en cursiva. Es cierto que en el final del Pacto hay una cláusula de salvaguarda, en donde se dice que



todo lo pactado será sin perjuicio de las facultades que pertenecen al legislador, pero la tal cláusula, de por sí, y tan de circunstancias, es poco convincente...sobre todo cuando el Gobierno se apoya en una minoría mayoritaria en las Cortes, que no ha participado en el pacto en cuestión.

Por calidad del empleo se deben entender en realidad todos los puntos que determinan lo que se suele llamar condiciones de trabajo.

Si se parte de ello, si que podemos encontrar en las reivindicaciones de los sindicatos, temas que se refieren a las condiciones que conducen a detectar un empleo de calidad. Y nos encontramos con puntos esencialmente significativos en cada uno de los acuerdos en cuestión que se conectan con las circunstancias socioeconómicas del momento. Así los años '80 los temas centrales fueron los relativos a salarios y jornada, aparte de los consabidos temas concomitantes.

Con posterioridad el tema de la Prevención de riesgos laborales ocupó un lugar imprescindible en esos pactos.

Pero siempre estuvo presente la gran cuestión, en cada uno de ellos más o menos intensamente debatida: la flexibilidad en la regulación de las relaciones de trabajo, y en suma el tema del coste del despido. Curiosamente esta cuestión, convertida en tabú en todos los ámbitos desde hace muchos años, ha resurgido en los últimos, en Europa entera, y en España naturalmente, y como consecuencia no sólo de una visión estrictamente laboral, sino también de seguridad social, y de envergadura económica general.

En el fondo el gran dilema que hoy está planteado gira alrededor de la contradicción entre una supuesta – o real– necesidad de bajar el coste de la mano de obra, –parece que ésa fuera la única manera de bajar los costes de producción...–, y la necesidad de mantener la calidad vida mínima hasta aquí alcanzada, como medio entre otras cosas de mantener el nivel de consumo, y en consecuencia los niveles de actividad económica.

Los términos a este respecto están ya muy muy definidos, y así se refleja tanto en las posiciones – ya dogmatizadas– de la Unión Europea (Estrategia de Lisboa, tantas veces ya incumplida y decepcionante, como en las posiciones de los mismos interlocutores sociales en los últimos Acuerdos interconfederales del 2005, 2006, y anteriores. Por último el Libro Verde –Cuestionario– de la Comisión, (publicado en Bruselas, 22.11.2006 COM(2006) , con el Título **LIBRO VERDE Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI**

Los términos de ese debate permanente, aunque más o menos manifiesto en cada época, se han visto complementados con diversos y nuevos elementos, en los últimos tiempos. Muy particularmente el tema de la flexibilidad, se ha visto fortalecido con hechos objetivos, tales como la irrupción, incipiente siempre, y ya masivamente consolidada, de las nuevas tecnologías, y la necesidad de innovación de las infraestructuras productivas.



Además la inevitable irrupción de la competencia internacional, (de economía sumergida, o no), imponen un aumento de la productividad, inimaginable hasta ahora, y que además siempre será insuficiente. Probablemente la única solución será la de idear y realizar una nueva estructura productiva,...que conviva irremediamente con su (neo)liberalización. Todo sin embargo debe ser considerado como un futurible cambiante, que por serlo, no se puede escudriñar.

Es obvio que la formación profesional intensiva es la primera base de toda política al respecto. Pero también en este tema es difícil, casi imposible, dilucidar políticas a medio plazo. Y desde luego no sólo la formación es la clave única.

En suma se está viviendo un periodo de transición , en todos los ámbitos de la vida social, muy difícil de ensamblar y gobernar.

Las directrices de la Estrategia de Lisboa, con ser interesantes, siempre que se compartan sus puntos de partida y aún no compartiéndolos, no son sino una enunciación demasiado genérica, para dar luz al camino a seguir. De ahí, su relativo fracaso, sus incumplimientos, y la enorme cantidad de documentos normativos y no normativos, de la Unión europea, que se contradicen o que simplemente son irrelevantes.

Dentro de ese cuadro o marco obligado de circunstancias, aparece el Pacto social firmado en mayo por los sindicatos, las asociaciones empresariales y el Gobierno. Hacía ya bastante tiempo que no se practicaba esa técnica, difícil y arriesgada.

Lo que mas llama la atención del pacto en cuestión, es su contenido (mejor quizás su estructura) y su forma, inédita hasta ahora. Los interlocutores sociales, han optado por reformas enormemente puntuales en la legislación o normativa vigente; se trataría pues de modificaciones para un modelo que se conserva en su base. Por otra parte, los interlocutores "dictan" literalmente, no criterios, sino el contenido exacto de lo que pactadamente se ha de reformar para que el Legislativo, lo "recoja" y le de el rango normativo preciso.

También desde esta perspectiva se ha de reseñar, que el contenido del acuerdo, consiste en normas de conducta normativa que el Gobierno se compromete a impulsar, y esas mismas normas de conducta que los sindicatos aceptan, como compromiso. Los compromisos de las asociaciones empresariales brillan por su ausencia; sólo se diagnostica al respecto que con esas medidas, se producirán nuevas contrataciones indefinidas, lo que es flaco compromiso frente a los anteriores, sobre todo al del Gobierno, que es quien tiene que gestionar el acuerdo en cuestión.

Sus resultados son como mínimo inciertos, pudiendo ser calificados como decepcionantes, si se comparan los resultados finales con los catorce meses de negociación que se han tomado los interlocutores.



Es innegable que su base radica en el repetido tema tabú del abaratamiento del despido individual. A eso se añaden incentivos a los empresarios que contraten indefinidamente o reconvirtan los temporales existentes, y medidas para poner coto a los abusos derivados de la contratación temporal. Pero cada una de las medidas que se contienen no son sino decisiones gubernamentales que directamente contribuyen a bajar el precio del trabajo por vía de subvenciones o de disminución de cotizaciones empresariales, o que bajarán el precio del despido a cambio de una contratación indefinida (aunque se ha abusado de la palabra "fijo", en realidad se trata de contratos indefinidos, es decir, con posibilidad de despido, causal, eso sí) y la emisión de una regla que habría de impedir, o dificultar el encadenamiento de contratos, regla ésta que sin embargo, está tan desvaídamente redactada, que dará lugar a nuevos debates interpretativos – la exigencia de ocupar ininterrumpidamente un mismo "puesto de trabajo"...planteará sin duda la exigencia de saber que es un puesto de trabajo, en relación con los conceptos de categoría y/o grupo,etc...–

En definitiva. El único calificativo que por el momento merece el Acuerdo, en relación con los problemas de la calidad del empleo, la lucha contra el empleo precario, la flexibilidad laboral, etc. , es el de "transicional". Se ha dado un paso hacia un abaratamiento del despido individual. Otro paso hacia la flexibilidad....

No se puede conocer el resultado, ni probablemente se conocerá nunca, porque inmediatamente aparecen las inevitables estadísticas interpretables desde los mejores o peores puntos de vista.

Lo que se puede afirmar es que este acuerdo es de poca ambición, de clara transición, y que no arreglará por sí mismo el gran tema pendiente que es el de la ordenación del mercado de trabajo. Quizás es que por el momento no sea posible

JOSÉ VIDA SORIA



EL CONTROL COLECTIVO DE LOS PROCESOS DE SUBCONTRATACIÓN

**Sobre La Situación Laboral en España y Andalucía.
Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.**

José Luis Monereo Pérez

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

“El sujeto no pertenece al mundo, sino que
es un límite del mundo”

*Ludwig Wittgenstein*¹

Sumario: I– *Las reformas laborales. Precariedad laboral y formas de gestión indirecta de la mano de obra.* 1. Aproximación etimológica a la conjunción precariedad laboral y formas de gestión indirecta de la mano de obra. 2. Los modelos o tipos ideales de flexibilización de la regulación laboral del mercado de trabajo. 3. El fenómeno de la exteriorización o externalización de actividades. 4. La subcontratación empresarial en la Reforma Laboral de 2001. 5. Tratamiento de los mecanismos de gestión indirecta en el Pacto Social de mayo de 2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre: Planteamiento general. 5.1. Lo que aporta el Pacto Social de 2006. 5.2. Insuficiencias: La reforma laboral no ha resuelto varios problemas fundamentales en la gestión indirecta de mano de obra. II.– *El sistema de control colectivo de la subcontratación empresarial.* 1. Introducción. 2. La función de la información en la empresa moderna. 3. El deber de informar de las previsiones en materia de contratación y subcontratación. 4. Insuficiencias del tratamiento normativo de la información en la empresa en materia de contrata y subcontratas ex art. 64 ET. 5. Los contenidos minimalistas de los deberes de información introducidos en la *Reforma Laboral de 2001*. 6. Los contenidos informativos: Extensión, dirección y finalidad de los contenidos. 7. Las consecuencias jurídicas de los incumplimientos de los deberes de información. Incorporación de nuevas reglas sancionadoras. 8. Limitaciones del alcance de la Reforma Laboral de 2001. 9. Los nuevos mecanismos de control colectivo introducidos por la *Reforma Laboral de 2006* y la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. 9.1. Los nuevos instrumentos de garantía creados por la Reforma Laboral General de 2006. 9.2. La Reforma Específica–Sectorial de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación el sector de la construcción.

1 WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus Logico–Philosophicus*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pág.145.



I. LAS REFORMAS LABORALES. PRECARIEDAD LABORAL Y FORMAS DE GESTIÓN INDIRECTA DE LA MANO DE OBRA

Uno de los núcleos fundamentales de las últimas reformas laborales ha sido afrontar el problema de la precariedad laboral. Se aduce como una de sus causas típicas la utilización excesiva –y en muchos casos abusiva– de las fórmulas directas o indirectas de trabajo temporal. En gran medida se asiste aquí a una política del Derecho de rectificación y corrección de modelos legales que la han favorecido en cierta medida. La práctica de la subcontratación empresarial ha sido uno de los factores que ha contribuido a la extensión de la precariedad e inseguridad laboral. Las organizaciones empresariales están adoptando nuevas formas de descentralización para hacer frente a la inestabilidad, la incertidumbre y el rápido ritmo del cambio en el mercado. Es el paradigma de la producción en red: las redes de producción interempresas como formas expansivas de organización en la era de la flexibilidad. La técnica de la subcontratación puede permitir la creación de un mercado *laboral interno* dentro de una empresa económica gestionada por una red o pluralidad de empresarios (*una de las formas organizativas de "unitas multiplex"*). Son formas de organización interempresarial que redefinen la teoría de la empresa en la concepción de la economía neoclásica tradicional y en los modelos jurídicos clásicos de regulación de la empresa². En la subcontratación la gestión indirecta de la mano de obra –a través de la contrata o negocios jurídicos afines– se combina con el trabajo temporal de los trabajadores contratistas y subcontratista, a pesar de que en muchos casos las empresas contratistas o auxiliares mantienen vínculos mercantiles estables respecto a la empresa principal que decide organizar descentralizadamente (“ex novo” o “ex posterior”) parte de su actividad productiva o servicios. Ello permite que en el marco de un mismo ciclo productivo organizado descentralizadamente exista una segmentación interna del personal: el protegido de la empresa principal y el menos protegido o decididamente precario de las empresas contratistas o subcontratistas. La *empresa articulada en red de subcontratación* viene a establecer así un mercado interno de trabajo de carácter segmentado, con dualidad de estatutos iuslaborales reguladores.

Es importante señalar que normalmente coexiste una doble “razón” anudada en la decisión de organizar una descentralización productiva a través del mecanismo de la subcontratación, a saber: la “económica” orientada hacia la organización eficiente del sistema productivo y la adaptación flexible de la organización productiva a la situación cambiante de los mercados, por un lado; y, por otro, la “laboral” que busca la utilización

2 Sobre la empresa red puede verse, por todos, CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura*, Vol. I. *La sociedad red*, Madrid, Alianza Editorial, 1999. Un excelente enfoque de conjunto desde el punto de vista iuslaboral en RIVERO LAMAS, J.: “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en VV.AA.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El “Outsourcing”*, Tromson-Aranzadi, 2003, págs. 23 y sigs.



flexible de la mano de obra con más reducidos costes de gestión³. En esa “razón laboral” –estrechamente vinculada a la económica– parece que la práctica empresarial no se acomoda a las buenas prácticas que sería dable esperar de un empresario “socialmente responsable”. La empresa ha de responder ante la comunidad y atender al complejo de intereses a los que afecta su actividad (es la teoría de los “stakeholder” o partícipes e interesados: interés societario o de los accionistas; interés de los trabajadores; interés de los consumidores y usuarios, y afectados en general; interés público). Es el enfoque de los afectados e interesados en el desenvolvimiento de la actividad empresarial. La empresa como parte de la sociedad civil está sometida (o debería estarlo) a la ética. En este sentido la responsabilidad social de la empresa define el conjunto de acciones, decisiones y políticas que conforman la respuesta que ofrece la empresa ante las demandas y exigencias de sus correspondientes grupos de intereses⁴. Pero aparte de la decisión voluntaria de las empresas de contribuir a unas relaciones laborales más equilibradas y justas en las operaciones de subcontratación, es necesario diseñar un marco legal adecuado que establezca las garantías pertinentes. En este sentido deberá proseguirse en la línea de una necesaria reforma legal que restrinja, en algunos casos, el poder de organización e instaure, ante todo, un sistema de controles –públicos y colectivos– más eficientes para evitar que jurídicamente pueda producirse una precarización generalizada y una utilización de los mecanismos de subcontratación como

-
- 3 Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Madrid, Ed. Ibidem, 1994. Sobre la problemática de las subcontratación existe una bibliografía abundante y de calidad, véase señaladamente, MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A.: *La dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Granada, Ed. Comares, 2002; OLMO GASCÓN, A.M.: *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Granada, Ed. Comares, 2002; ID.: *La franquicia: Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003; NORES TORRES, L.E. *El trabajo en contratas. La noción de “contrata de propia actividad”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; VVAA.: *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, Madrid, AEDTSS–MTAS, 2000; MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; RIVERO LAMAS, J., DE VAL TENA, A. L y DE VAL ARNAL.: *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, Madrid, MTAS, 2006; CRUZ VILLALÓN, J.: *“Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”*, en *Relaciones Laborales*, T. I/1992; GARCÍA MURCIA, J.: *“La dispersa regulación de las contratas y subcontratas: Propuestas de cambio”*, en *Documentación Laboral*, núm. 68 (2005); LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, La Ley, 1999; ID.: *“Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”*, en *Relaciones Laborales*, núm. 2 (2006); RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid–Barcelona, Marcial Pons, 2006; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.C.: *El empleador en las organizaciones empresariales complejas (Coempleadores y contenido del contrato de trabajo)*, Tesis doctoral (Inédita), dirigida por J. Rivero Lamas, Zaragoza, 2006, etcétera. El Número Monográfico de la revista *Documentación Laboral*, nº. 68 (2003), contiene aportaciones relevantes de A. Martín Valverde, A.V. Sempere Navarro, J. García Murcia, A. Mateos Beato, R. Martín Jiménez, M. Miñarro Yanni y E. Parga Landa.
- 4 La Unión Europea ha adoptado algunas iniciativas significativa, como el “Libro Verde” sobre el fomento de un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas (Bruselas, 18 de julio de 2001; COM(2001) 366 final), La Comunicación de la Comisión, de 8 de julio de 2002, sobre “Responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible” (en consonancia con los “principios de Gobierno Corporativo”, OCDE, abril 2004); y la Creación de un Foro Europeo “Multi–Stakeholder” de Responsabilidad Social Corporativa, en octubre de 2002. También la Comunicación de las Comunidades Europeas, sobre “Reestructuración y Empleo. Anticipar y acompañar la reestructuración para desarrollar el Empleo: El papel de la Unión Europea”, Bruselas, 31.3.2005. COM (2005) 120 final. Véase al respecto MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y reestructuración laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006.



estrategia defensiva y patológica de reducción de los costes laborales a través de dichas prácticas externalizadoras. El trabajo precario y temporal –fuertemente vinculado a la subcontratación generalizada– incide en un empleo inseguro, de baja calidad y bajos salarios⁵. El Derecho del Trabajo deberá buscar un equilibrio más satisfactorio que el actual entre las exigencias de flexibilidad y las de protección de los trabajadores (en términos estabilidad y de calidad del trabajo), dentro de la lógica transaccional que ha venido caracterizando al Derecho del Trabajo (al menos en el modelo garantista o de constitución social del trabajo). Este objetivo debería situarse en el centro de las preocupaciones de todos los agentes –y actores– públicos y privados interesados en los procesos de subcontratación ante un mundo en cambio y profundamente marcado por la creciente inseguridad en el trabajo (y no sólo en los aspectos concernientes a la seguridad y salud laboral). Actualmente se aprecia un aumento de la incertidumbre. La inseguridad social no sólo mantiene viva la pobreza o la desventaja social, sino que también actúa como un principio de desmoralización, de disolución social, disuelve los lazos sociales y socava las estructuras psíquicas de los individuos. Estar en la inseguridad permanente es no poder ni dominar el presente ni anticipar positivamente el porvenir. En el nivel de la organización del proceso productivo no es sólo la constatación visible de la desestandarización del trabajo⁶, sino también la desentandarización y multiplicación y diversificación deliberada de los estatutos del trabajo asalariado o subordinado. Desde la década de los ochenta parece que los países europeos están instalados en una nueva problemática de la inseguridad social, la cual se caracteriza por su extraordinaria complejidad, y se sitúa en la conjunción de un conjunto de factores heterogéneos. En general, se constata una erosión de los sistemas de protección que se habían desplegado en la sociedad salarial sobre la base de condiciones de trabajo estable y de condiciones de trabajo estables (que las nuevas formas de trabajo y la misma precarización de las relaciones laborales pone en cuestión). Pero, además, en el mismo instante en que los sistemas de producción de la seguridad social clásicos se han debilitado de ese modo, apareció una nueva generación de riesgos, o al menos de amenazas percibidas como tales: riesgos industriales, tecnológicos, sanitarios, naturales, ecológicos, etc. Se trata de una problemática del riesgo que no parece guardar una relación directa con la anterior, ya que su emergencia corresponde principalmente a las consecuencias descontroladas del desarrollo de las ciencias y de las tecnologías⁷ (racionalidad tecnocientífica) que

5 En el último Informe de la OCDE de 2006, sobre perspectivas del empleo, se constata que recientemente se ha planteado la posibilidad de que los esfuerzos realizados para aumentar el empleo se hayan hecho a costa de los salarios y de las condiciones de trabajo de los trabajadores, lo cual plantea la disyuntiva entre el objetivo del empleo (perseguido sistemáticamente por la Estrategia para el empleo, que centra principalmente la atención en la búsqueda de fórmulas para reducir las dificultades para encontrar trabajo) se hayan hecho a costa de los salarios y de las condiciones de trabajo de los trabajadores, lo cual plantea una disyuntiva entre el objetivo del empleo y el de la calidad de los puestos de trabajo (Comisión Europea, 2003). El problema es que algunos trabajadores pueden estar atrapados en el empleo precario o en el empleo mal remunerado y correr, pues, muchos riesgos de inseguridad y de volver a la desocupación. Cfr. OCDE: *Perspectivas del empleo 2006 (Informes OCDE)*, Madrid, MTAS, 2006, págs.260 y sigs.

6 Véase BECK,U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

7 Se habla de revolución tecnocientífica. Véase ECHEVERRÍA,J.: *La revolución tecnocientífica*, Madrid–Mexico, FCE, 2003.



se vuelven contra la naturaleza y el medio ambiente, al que supuestamente pretenden dominar y controlar al servicio del hombre⁸. Pero esa constatación no ha de suponer una pretendida “condena del mercado”, que adquieren en la modernidad tanta centralidad como el mismo trabajo, sino de recomponer y predisponer nuevos límites de control y políticas de canalización del mercado. Es extraer todas las consecuencias en un Estado social flexible y activo de la configuración del mercado como “institución social” en general⁹ y del “mercado de trabajo” en particular¹⁰, la cual debe estar presidida (en la complejidad de sus diversos segmentos) por un equilibrio entre la lógica económica la lógica social. La idea de un mercado autorregulado en términos absolutos es una utopía del capitalismo liberal de los orígenes. Su idea subyacente era la conformación de un “sociedad de mercado” arquetipo de una nueva representación apolítica de lo social y de lo económico, es decir, el mercado (“económico” y “laboral”) y no el contrato social (“lo político”) sería la auténtica instancia reguladora de la sociedad y no sólo de la economía. De este modo, la política no sería ya la encargada del “gobierno” de la sociedad, sino el mercado autorregulador. La génesis en la ideología liberal y la posterior expansión de esta utopía del mercado como supuesto principio de organización social (el que podría llamarse “capitalismo utópico”¹¹) y como instancia autónoma de regulación ha ejercido siempre una cierta fascinación, un atractivo que todavía, con la revitalización de la idea (ideología) de la “sociedad de mercado”, sigue contando con no pocos partidarios. Sin embargo, en el Derecho garantista del Estado Social precisamente se tiende a superar esa visión de la “sociedad de mercado” como pretendida instancia delimitadora de la organización de la sociedad. En este sentido las instituciones de la “sociedad del trabajo” se caracterizan por una regulación pública (heteronomía) que limita el libre juego de las fuerzas económicas que operan en el mercado de trabajo, pero que al mismo tiempo “crea” (“fabrica”) y fomenta espacios de autorregulación social (autonomía). Un exponente crítico de ello son las recientes reformas laborales del “mercado de trabajo”, incluido el llamado “mercado de la subcontratación”.

Como se verá después, las reformas laborales de 2001 y de 2006, no han conseguido alcanzar todavía un equilibrio deseable entre el binomio eficiencia–protección, aunque sin duda constituye un avance importante sobre todo –aunque no sólo– por lo que se refiere a tres grandes ámbitos de problemas: a) las *garantías de control colectivo*, b) en lo relativo a las *medidas sectoriales específicas* (sector de la construcción, a través de Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, BOE del 19), y la delimitación legal más precisa de los supuestos lícitos de contrata y subcontratas respecto de los de cesión ilegal de trabajadores. Se echan en faltan más medidas de reforma de la muy deficiente e insuficiente regulación legal

8 Véase CASTEL, R.: *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, París, Éditions du Seuil, 2003.

9 Véase POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, La Piqueta, 1989, espec., págs. 215 y sigs.

10 Véase SOLOW, R.M.: *El mercado de trabajo como institución social*, trad. C. Varela Ortega, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

11 Véase ROSANVALLON, P.: *Le capitalisme utopique. Critique de l'idéologie économique*, París, Éditions du Seuil, 1979, espec., págs. 34 y sigs., *passim*.



de carácter *sustantivo* (*garantías sustantivas*), si se quiere avanzar por el camino del fortalecimiento de la regulación garantista y no sólo flexible del trabajo en régimen de subcontratación empresarial. En este sentido el proceso *discontinuo* de reforma ha dejado por el camino opciones modificativas de mayor envergadura¹². Por otra parte, no es sólo el problema de la reforma del contenido de la regulación, sino también el técnico-jurídico representado por un marco legal que presenta gravísimas insuficiencias técnicas, como ha sido denunciado reiteradamente por la doctrina científica y jurisprudencial.

1. Aproximación etimológica a la conjunción precariedad laboral y formas de gestión indirecta de la mano de obra

Hablamos de “precariedad laboral”. Etimológicamente, precariedad es calidad de precario. El adjetivo precario, viene del latín, *precarium*. En un primer significado (que es el que aquí más interesa realzar) hace referencia a “inestable”, “inseguro” o “escaso”. Tiene otros significados jurídicos, pero no interesan instrumentalmente a nuestros efectos. La precariedad es un concepto socio-económico. El empleo precario se conjuga con empleo no liberador de la necesidad (incluso generador de pobreza: “trabajadores pobres”); se vincula a las situaciones de exclusión social y de vulnerabilidad; y con ese particular modo de estratificación social que es la subclase o infraclase¹³. No es, pues, un concepto estrictamente jurídico, pero sí el presupuesto de reformas de los modelos legales de regulación normativa. Resultan paradigmáticas, al respecto, las recientes reformas laborales.

Las distintas formas de precariedad laboral (especialmente los modos de gestión indirecta de la mano de obra, ETT y Subcontratación) se vinculan con la estructura segmentada del mercado de trabajo español. En la gestión indirecta de mano de obra apreciamos una dualización del mercado de trabajo: a) Mercado interno (Protegido); y b) Mercado externo (precario o menos protegido). La temporalidad se combina con estas prácticas empresariales. El trabajo temporal ha presentado un incremento considerable en las dos últimas décadas y este aumento ha conducido a que el trabajo temporal sea una fuente de inseguridad y de precariedad para los trabajadores. Aunque en su dimensión estructural puede producir efectos beneficiosos, sin embargo, el trabajo temporal en su utilización expansiva y generalizada (como estrategia de flexibilidad del empleo y de reducción de costes) puede atrapar a algunos trabajadores en situación de inseguridad de empleo y de inseguridad de ingresos, como lo sugiere el hecho mismo de que la mayoría de las veces no sea una elección voluntaria. Es evidente que el trabajo temporal tiende a

12 Véase el “Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social”, de 31 de Enero de 2005, sobre “Más y mejor empleo en un nuevo escenario económico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas”. En dicho Informe se propone conjugar la flexibilidad y la seguridad como elementos constitutivos vertebradores y necesarios de las políticas de empleo de calidad en el sentido postulado por la Estrategia Europea de Empleo.

13 Puede consultarse al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996, *passim*.



ofrecer condiciones menos favorables que el indefinido¹⁴. Por ello se debería endurecer la legislación sobre el trabajo temporal para impedir los abusos y proteger mejor a los trabajadores temporales. En este sentido, el modelo legal actual no es capaz de neutralizar la funcionalidad real de la subcontratación como instrumento de inseguridad laboral (y, por tanto, disfuncional para los fines declarados de un Ordenamiento laboral que se pretende garantista y flexible). No se debería dudar sobre la conveniencia de que la ventaja competitiva depende de la capacidad de una organización para vigilar su ámbito externo. La empresa ha de estar orientada al mercado, ser flexible y apta para el cambio, pero no debería hacerlo en detrimento del personal que constituye el activo más importante de una empresa moderna que desea buscar una competitividad por la calidad y la innovación, y no simplemente a través de la reducción de los costes laborales a toda costa.

2. Los modelos o tipos ideales de flexibilización de la regulación laboral del mercado de trabajo

“La tierra no fue inmediatamente atractiva; la construimos En parte con ruinas falsas, a nuestra propia imagen...”

*John Ashbery*¹⁵

La precariedad laboral –y su proyección específica en los instrumentos de gestión indirecta de mano de obra– es dependiente de los modelos de regulación. Como es sabido, existen tres modelos o tipos ideales de flexibilización de la regulación laboral del mercado de trabajo, el cual, en el fondo, es un mercado de “trabajadores” –de personas–, lo que hace explícita la realidad económica subyacente a las relaciones de trabajo asalariado.

a) Por un lado, está el llamado comúnmente modelo de flexibilidad de tipo neoliberal. Postula una desregulación radical del mercado de trabajo suprimiendo la normativa estatal que establece condiciones mínimas de trabajo (supresión de normas garantistas), aunque no hace desaparecer toda regulación pública, sino que más bien fija una regulación flexibilizadora a menudo de aplicación dispositiva o subsidiaria respecto de la autonomía privada.

b) Por otro lado, está el modelo denominado de “liberalismo colectivo” o “laissez faire colectivo”, donde la retracción de la normativa pública garantista viene acompañada de la promoción de los mecanismos de regulación y de representación colectiva de

14 OCDE: *Perspectivas del empleo 2006 (Informes OCDE)*, Madrid, MTAS, 2006, págs.260 y sigs., en el marco de un enfoque comparado.

15 ASHBERY, J.: *Pirografía. Poemas escogidos*, trad.y selección de M.Rodríguez-Gaona, Madrid, Visor Libros, 2003, págs.189.



los trabajadores. Ello se traduce en un cambio en los modos de establecimiento de las normas, es decir, en el sistema de fuentes, de manera que se hace prevalecer las normas colectivas de origen profesional, reforzando sus funciones de complementación y suplencia.

c) Finalmente, se ha propuesto –y puesto en práctica– el modelo de flexibilidad de adaptación o de ajuste a la crisis económica o a la reestructuración del proceso productivo. Su rasgo típico es la realización de reformas de carácter corrector respecto a determinadas normas consideradas rígidas para una situación crítica concreta, pero sin que se produzca un cambio sustancial en los principios básicos y en las estructuras normativas del sistema jurídico–laboral clásico. Este modelo tipo entraña una alteración del contenido normativo (esto es, un cambio morfológico). No tiene una vocación de permanencia, sino un carácter eminentemente coyuntural, “de situación”, aunque el *carácter permanente* de los procesos de reestructuración y reorganización productiva han supuesto en muchos casos una *estabilización* de rasgos característicos, constitutivos, de este modelo de flexibilidad de adaptación.

Es importante señalar, que se trata de tres modelos o paradigmas configurados como tipos ideales maxweberianos¹⁶. De ahí que no puede pretenderse que encajen en una realidad histórica concreta, pero tienen la virtud de que permite una mejor comprensión y explicación del sistema de relaciones laborales.

Si se pasa de los “modelos teóricos” a los “modelos reales” (realmente existentes), cabe indicar que a partir de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de reforma del mercado de trabajo (y las muy abundantes e incisivas que le han seguido), se inició una transformación cualitativa del modelo de regulación en un sentido de liberalización legal y colectiva. En realidad, se ha venido construyendo un Derecho flexible del trabajo que ha instaurado (construido) una constitución flexible del trabajo, cuyo principio axial es el principio de eficiencia económica (subordinación del trabajo a las exigencias de rentabilidad y funcionamiento de la empresa); la retracción de la regulación legal y la atribución de espacios de regulación subordinada a la autonomía colectiva negocial. Lo que se está produciendo es una “des–construcción” gradual del modelo garantista de Derecho del Trabajo. Por el momento, nuestro actual modelo de Derecho del Trabajo (y el subsistema interno formado por el grupo regulador de la gestión indirecta de la mano de obra) está en plena *fase de transición de ciclo largo (“larga duración”)*, venciéndose paulatinamente hacia la liberalización “legal” (“relajamiento” de las tutelas protectoras) y “colectiva”. El modelo de flexi–seguridad se concreta en el hecho de que el grupo normativo regulador de las instituciones laborales refleja la asunción de un tendencial *garantismo débil*. Pero todavía garantismo al fin y al cabo. Es un modelo de garantismo débil con apertura a rasgos propios del liberalismo colectivo (potenciación de los instrumentos de regulación

16 Véase WEBER, M.: “La objetividad del conocimiento en las ciencias y la política social” (1904), en WEBER, M.: *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, Barcelona, Eds. Península, 1974; ID.: *Sociología del Derecho*, edición y Est.prel., a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2001.



y de representación colectiva de los trabajadores). No estamos ya ante el modelo de garantismo “fuerte”, donde el centro de gravedad se sitúa en la tutela de la persona del trabajador, en una visión antropológica del Derecho del Trabajo. Bastaría inquirir sobre si los modelos actuales de Derecho del Trabajo podrían orientarse en la línea humanista de Hugo Sinzheimer, cuando afirma (en la lógica del paradigma garantista que defendía) que “lograr la dignidad del hombre es la misión esencial del Derecho del Trabajo”, y que el objetivo del Derecho Social del Trabajo “consiste en hacer posible al hombre un existir humano”¹⁷. Actualmente se ha perdido esta perspectiva de política del Derecho, pero incluso ese modo de expresarse, porque se tiende a subordinar “lo social” a “lo económico” y sus correspondientes lógicas específicas de racionalización funcional e instrumental.

3. El fenómeno de la exteriorización o externalización de actividades

La nueva fase histórica de producción flexible requiere de la empresa una permanente acomodación en un contexto de mercado cada vez más cambiante y también responder a una permanente exigencia de economizar gastos de en la gestión de personal (denominación preferible a la “mercantilizadora” de “recursos humanos”). Para ello se están utilizando diversas estrategias de flexibilización, constituyendo uno de sus elementos principales la “flexibilización externa” instrumentalizada a través de diversos medios de exteriorización o externalización de la producción o de distintas prácticas de sustitución de actividades mediante otras empresas o trabajadores autónomos.

Es reconocido por todos y constituye un lugar común en la doctrina jurídica que la exteriorización es un fenómeno estructural de la actual realidad de la organización de la producción y de las actividades empresariales en todos los sectores de la producción que muestran mayor atracción –y necesidad– por formas verticalmente desintegradas de la estructura empresarial. La noción de externalización o exteriorización es, sin embargo, imprecisa y resulta inapropiada para su empleo como concepto jurídico en cuanto que extraído de la teoría económica aunque se le reconocen indudables consecuencias jurídicas. Se trata de una técnica de organización de la producción y de la gestión en virtud del cual una empresa decide no realizar una fase variable de su actividad con las personas y medios propios desplazando la misma a otras personas o empresas con quienes establece fórmulas variadas de cooperación. Son muchas las formas de externalización que tienen como objeto la sustitución (*iniciar o sobrevinida a la creación de la empresa principal*) de la producción interna o la gestión de la mano de obra por la colaboración exterior: subcontratación en la misma empresa, subcontratación externa, trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT), mediante el trabajo independiente como

17 Cfr. SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, espec., págs.30 y 105.



la contratación de servicios, el teletrabajo, etcétera. La externalización en sentido amplio es un concepto omnicomprendivo que agrupa a todas estas formas organizativas mediatizadas de utilización del trabajo ajeno.

La exteriorización de actividades o de servicios (en general) es, pues, un fenómeno económico-organizativo mediante el cual se produce la participación de una pluralidad de empresas en un proceso productivo o de gestión común que tiene por finalidad una mejor y más eficaz ordenación del sistema de producción, pero también –quizá como objetivo principal– una mayor reducción de los costes de los factores de producción y con ello incrementar los márgenes de productividad y competitividad. Concretamente, el fin principal de la externalización de servicios, explícitamente reconocido y amparado por la jurisprudencia, es que faculta después a reducir la plantilla que realizaba esas mismas tareas. Pero no sólo se produce una sustitución del personal por otro más especializado sino que probablemente en menor número y con reducción de las condiciones de trabajo especialmente las económicas y estabilidad laboral. En la práctica actúan como una forma de gestión indirecta de la mano de obra necesaria para realizar los fines de la actividad empresarial. Estas formas de gestión indirecta en el actual modelo de regulación son factores de precarización laboral, a través de la utilización sistemática de la contratación temporal, inseguridad en el empleo, des-afiliación sindical; y una deficitaria protección social pública (que se ve penalizada por la excesiva rotación laboral, la discontinuidad de las carreras profesionales, la insuficiencia de la cotización, etcétera). Los trabajadores implicados en las prácticas de exteriorización ingresan, en términos generales, en el llamado “mercado secundario de trabajo” y sociológicamente en la llamada subclase o infraclase.

Las decisiones empresariales de externalización productiva o de servicios representan opciones estratégicas de racionalidad económicas y de racionalidad laboral, puesto que permiten aligerar las estructuras empresariales y dotarlas de mayor capacidad de respuesta ante los cambios del mercado y al marco de competitividad global reduciendo los costes de gestión y externalizando los riesgos.

Ahora bien, de todas esas formas de cooperación entre empresas nos interesa ahora la subcontratación como técnica específica de descentralización productiva o funcional. En sentido amplio puede considerarse como sinónimo de “externalización”¹⁸ de parte de las actividades o fases productivas pero en sentido técnico –más estricto y exacto– hace referencia a un fenómeno heterogéneo que está en función del sector y de la fase de producción que puede definirse como la operación mediante la cual una empresa confía a otra la realización o ejecución de una parte de la producción o de ciertos servicios, de

18 Concepto, éste, muy próximo pero más amplio puesto que consiste en confiar una parte variable de la actividad a empresas o personas que no están vinculadas por un contrato de trabajo. Véase Informe OCDE: “Flexibilidad del mercado de trabajo. Nuevas tendencias en la empresa”, en *Políticas de mercado en los noventa*, Madrid, 1991, págs.265 y sigs.



acuerdo con determinadas directrices previamente establecidas¹⁹. No puede limitarse a la provisión externa de mano de obra o a su gestión indirecta, como es señaladamente el caso del régimen de trabajo a través de empresas de trabajo temporal (Lo cual si se comprende dentro del concepto más amplio de “exteriorización” o “externalización”). Así pues, si se constata en los hechos que se produce tan sólo una cesión o provisión temporal de trabajadores, la contratación será ilegal, entrando en la figura punible de la “interposición fraudulenta en contrata. La técnica de la subcontratación es, así, una típica forma de descentralización productiva o funcional de propia actividad. La descentralización productiva, como técnica “managerial” con fuerte protagonismo en las últimas décadas y con grandes expectativas de futuro próximo no sólo es una opción organizativa lícita y en consecuencia el ordenamiento jurídico no impide al empresario recurrir a la realización de contratos civiles con otras empresas –que juntas cooperan en la realización de una obra o servicio–, antes bien confirma esa permisión y se exterioriza como una de sus modalidades en la libertad para celebrar contrata y subcontratas de obras y servicios del art.42 del ET con anclaje constitucional en la libertad de empresa consagrada en la Constitución Española. De manera que en las diversas fórmulas de descentralización productiva rige la libertad constitucional de empresa que, evidentemente incluye la libertad de organización de la actividad productiva como mejor convenga a los intereses de la empresa (art.38 CE). Ello no obstante el ordenamiento jurídico no puede permanecer indiferente ante un fenómeno cada vez más extendido y con importantes efectos sobre las relaciones laborales, sobre todo porque es la ocasión propicia para destapar las posibilidades de uso patológico de las mismas.

La contrata civil de obras y servicios es, por tanto, una *alternativa lícita* a la contratación directa de trabajadores y, por ello, tiene una gran relevancia jurídico-laboral puesto que muchas veces la racionalización económica que subyace a la decisión de descentralización pasa necesariamente por la reducción de los costes laborales, máxime en la fase histórica actual de mayor prevalencia del factor humano que se convierte en el elemento principal de entre los elementos que intervienen en la producción²⁰. El art. 42 del ET tiene una *finalidad preventiva*: viene a evitar que en el acto del empresario inicialmente lícito de la subcontratación se produzcan desviaciones fraudulentas que diluyan las responsabilidades laborales del empresario principal arbitrando medidas cautelares. En todo caso, su *finalidad es esencialmente garantista*, mediante el reforzamiento de las obligaciones y de las responsabilidades empresariales.

El fenómeno de la subcontratación –como una de las formas de flexibilidad laboral– pone de manifiesto y enlaza con el proceso de dualización y segmentación de los mercados de trabajo y al engrosamiento de lo que se ha venido en llamar *mercado secundario* especialmente en las pequeñas empresas y en el sector terciario. A esta expansión han contribuido significativamente los procesos de descentralización productiva y funcional

19 BLAT GIMENO, F.: “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en VV.AA.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

20 Vid. COHEN, D.: *Nuestros tiempos modernos*, trad. A.Ros y A.Montoro, Ed. Tusquets, 2001, pág.23.



de las empresas (flexibilidad externa) que ha dado lugar a la diversificación del tipo de trabajador, fragmentado ahora en colectivos con intereses más diferenciados que el propuesto por el modelo de trabajador "masa"²¹. Mercado secundario que tiende a expandirse con los fenómenos de flexibilización que está alimentado por empleos precarios de carácter temporal, con bajos niveles de remuneración respecto del empleo en el mercado primario superior con trabajadores bien cualificados, con empleo estable aunque con gran movilidad. Una de las formas de empleo precario es el trabajo a través de ETT²² en las que la relación de trabajo (triangular) escapa a las características típicas de la relación de trabajo normal al romperse el esquema de bilateralidad contractual y articulación de un esquema trilateral disociándose el empresario formal del empresario usuario (empresario funcional).

La disciplina de la técnica de la descentralización tiene en el art.42 del ET su referencia normativa. En el marco normativo que disciplina la técnica de la subcontratación subyace un doble principio que a su vez tiene su doble anclaje o soporte constitucional en permanente tensión dialéctica. De un lado la *libertad de empresa* que permite una amplia gama de hipótesis de organización de la producción, entre ellas, la contrata y subcontrata de obras y servicios como uno más de los supuestos de exteriorización de actividades o fases. De otro, el principio de *protección* de los trabajadores (art.35 CE, en relación con el 9.2 de la misma Carta Magna, que ordena a los poderes públicos el derecho al trabajo digno) en cuanto instrumento de prevención y represión estableciendo un cuadro cautelas que asegure que en esa operación de descentralización no se generan posibilidades de elusión de las garantías y derechos básicos de los trabajadores. Es por tanto un precepto esencialmente de naturaleza garantista, que parte de la licitud de los supuestos de hecho, la idoneidad y la función fisiológica de la contrata en la ordenación de la producción y como instrumento eficaz para asegurar la continuidad actual de la empresa establece un sistema de garantías jurídicas (sustantivas y procedimentales de carácter cautelar). El art.42 LET (modificado por las leyes de 12/2001²³, de 9 de Julio y 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo) y la posterior regulación específica prevista para la subcontratación en el sector de la construcción (Ley 32/2006, de 18 de octubre) se inserta en un proceso de normalización jurídica

21 Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, Ed.Tirant lo Blanch, 1996.

22 Véase MORENO VIDA, M^a.N.: *El trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal*, Granada, Editorial Comares, 2006; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Cesión de trabajadores y Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, 1992, y la muy completa obra colectiva, SEMPERE NAVARRO, A.V. y MAZZUCCONI, C.S.M.(Dir.): *Comentarios a las Normas sobre Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, Tromson-Cívitas, 2004.

23 Por cierto, cabe señalar que el cambio en la rúbrica del art.42 ("Subcontratación de obras y servicios") realizado en virtud de la Ley 12/2001, de 9 de julio, admite ya en sí posibilidades interpretativas más extensivas respecto del ámbito de supuesto de hecho (supuesto fáctico) tradicionalmente acotado por la doctrina, puesto que la subcontratación es potencialmente un concepto de mayor amplitud con los supuestos contractuales típicos de contrata y subcontratas. Nótese que el art.3.i) de la Ley 32/2006 proporciona tan sólo una definición funcional y estipulativa para el sector de la construcción de lo que se haya de entender como subcontratación ("la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado"), y, por tanto, no es una noción legal generalizada sin más respecto a la misma normativa general ex art.42.1 LET, que no recoge una tal definición específica.



de los procesos de subcontratación todavía en la dirección predominante propia de un *garantismo jurídico dotado de un cierto margen de flexibilidad y apertura para el juego regulativo de la negociación colectiva*.

4. La subcontratación empresarial en la Reforma Laboral de 2001

En todo el proceso de gran desarrollo normativo producido en nuestro país –aunque el fenómeno de revisión de las reglas que venían gobernando los sistemas de relaciones mediante la flexibilización del mercado de trabajo laborales ha sido general en Europa– conviene diferenciar inicialmente dos periodos que tienen como punto de inflexión la Ley 11/1994 de 19 de mayo en el que la primera se podría calificar de flexibilidad adaptativa o de adaptación y la segunda de “liberalismo colectivo”, pero, en algunos casos, con marcada tendencia a la desregulación legislativa. El primero que tiene como referencia la Ley 32/84 se inscribe en la dirección de corregir unilateralmente la rigidez del mercado de trabajo y afrontar la crisis económica del momento mediante su incidencia en las modalidades de contratación lo que provocó unos efectos negativos referidos principalmente a la permanente rotación de un importante sector de la población asalariada.

La corrección de esas disfunciones y la adaptación del mercado de trabajo a las nuevas exigencias económicas y empresariales se plantea a nivel Europeo del que es buena muestra el Libro Blanco de la Comisión Europea (1993) y a nivel nacional. Se plantea la revisión del entero sistema normativo laboral: en el sistema de fuentes se propugna la expansión de la negociación colectiva, se pretende la modificación de los Servicios Públicos de empleo y la supresión del monopolio de la colocación y en definitiva una mayor flexibilidad en la ordenación de todas las condiciones de trabajo no sólo con la finalidad de mayor adaptabilidad a las necesidades sino con el claro y confesado propósito de reducir costes salariales y aumentar la productividad de las empresas.

Pues bien, este es el sentido y la explicitada razón central de las reformas de 1994 y de las concertadas desde 1997 hasta el presente, que vienen a tratar de corregir las altas tasas de precariedad del mercado español de trabajo pero también a proseguir y consolidar en la flexibilización del mercado de trabajo. Y estos serían también los dos ejes –puede que contradictorios– de la reciente reforma no consensuada que introduce la Ley 12/2001 de 9 de julio (y el RD-L 5/2001 de 2 de marzo, que su antecedente), de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad: Mantener el control sobre los efectos negativos más destacados pero sin introducir *rigideces* “intolerables” en el mercado de trabajo u otras medidas que supongan una inflexión de la tendencia ascendente del principio de favor de empresa.

Formalmente, a tenor de la Exposición de motivos tanto el RD-L 5/2001 y la Ley 12/2001, de 9 de julio (en adelante, *reforma de 2001*) se inscribió en el proceso de *rectificación* de la política jurídica desplegada en los años ochenta y principios de los noventa de fomento del empleo mediante acciones legislativas orientadas a reducir las altas tasas de paro en las que se manifiesta una clara opción por la reducción cuantitativa de las cifras



de paro instrumentada técnicamente con medidas de flexibilización, desregulación, la promoción de la contratación “atípica” precaria, etc., que provocaron un aumento insostenible de la temporalidad y de la rotación en el empleo, así como de la precariedad en el empleo y del deterioro de la condiciones de trabajo.

A desacelerar (desde luego no afrontar de manera decidida) esas tendencias contribuyeron las reformas de 1997 y 1998 (Ley 63/1997 y RD-L 15/1998) y a las sucesivas o cuando menos a paliar los efectos más perversos de aquella orientación. Así se le atribuyen bondades y efectos globalmente positivos en el campo de la contratación indefinida.

La reforma de 2001 se presenta como continuadora y de consolidación y perfección de los cambios legislativos precedentes puesto que se declara a sí misma orientada a “mejorar todavía más”²⁴ o a reforzar el principio de estabilidad en el empleo y la “mejora de su calidad”²⁵ para lo que introduce reformas importantes en la contratación temporal, contrato a tiempo parcial, modifica la Ley de ETT, etc., junto a los programas de fomento del empleo²⁶. Pero la realidad es más “ambivalente” y contradictoria, menos unidireccional, más aún “involucionista” e incluso se puede calificar de un paso más en la vía agónica en favor de la estabilidad laboral” que se detectan en sus evidentes “silencios” y en la regulación de materias no inicialmente previstas.

Se puede afirmar que ni en la Ley ni el RD-L que le precede se consigue una adecuada correspondencia entre las proclamas de su exposición de motivos y la realidad de los contenidos de la misma, de tal forma que no modifican nuestro ordenamiento jurídico laboral y por ello es impropio o de escaso rigor llamar a estas modificaciones en la normativa laboral: *reforma del 2001*²⁷, al menos en el sentido “fuerte” del término.

Concretamente, es indudable que la mejora de la calidad del empleo está íntimamente relacionada con la seguridad jurídica, los derechos participativos de trabajadores y representantes y sobre todo con la garantía legal de los derechos laborales también –o en mayor medida– en los supuestos subcontratación. Pues bien la construcción del art. 42 no ha sufrido modificaciones significativas desde la redacción inicial del ET en 1980 de forma que es uno de las pocas disposiciones legales de dicho cuerpo normativo que se han mantenido, y con base en una lógica garantista “débil” (y con pésima técnica jurídica), que contrasta en su literalidad (no en su actual interpretación por la doctrina judicial) con las políticas de flexibilidad imperante). Estabilidad que contrasta con la presencia de cambios convulsivos y constantes que sufre la parcela laboral del ordenamiento jurídico laboral. Inmutabilidad que se muestra tanto mas inusual y sorprendente puesto que el

24 Véase MOLINA NAVARRETE, C.y GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “Contratación laboral y política de empleo: primera fase de una nueva reforma del mercado de trabajo”, *RT y SS*, núm. 207, pág.5.

25 Vid. Exposición de motivos de la Ley 12/2001 de 9 de julio (BOE de 10 de julio de 2001).

26 Para una relación de loa que se modifica, se deroga o se incorpora en la normativa vigente respecto de la antigua, véase a CRISTÓBAL RÓNCERO, R.: “Novedades relevantes de la <<nueva reforma laboral>>”, en AA. VV.: (SEMPERE NAVARRO, A. V. Coord.): *La reforma Laboral de 2001*, Pamplona, Ed. ARANZADI, 2001, págs.175 sigs.

27 Véase SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Una <<reforma>> vigésimosecular”, en AA. VV.: *La reforma Laboral de 2001*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2001.



precepto no es precisamente un dechado de virtudes y de perfección técnica como se puso de manifiesto desde los primeros comentarios el precepto se muestra “complejo y enigmático”²⁸.

De otro lado la insuficiencia normativa originaria del precepto se ha tornado por el transcurso del tiempo y la rápida evolución del fenómeno económico-organizativo de la descentralización productiva en el *desfase e inadecuación* de la normativa para dar respuesta a una pluralidad de figuras en las recientes manifestaciones del mismo. En efecto, la regulación originaria se pensó para dar respuesta bien que limitada y parcial a la manifestación de descentralización propia del modelo de relaciones laborales de gran empresa de tipo industrial, de producción estandarizada y de producción en masa. Pero no para el estado actual de empresa red con múltiples necesidades de externalización productiva²⁹.

Pero en todo caso parece ahora corresponde realizar una reforma al art. 42. Su alcance no es de gran envergadura, pues no se realiza una modificación de su contenido esencial que corrija y de respuesta a los múltiples interrogantes planteados por la doctrina y la jurisprudencia pero si se lleva a cabo una limitadísima reforma de pretensiones poco ambiciosas e incluso “epidérmicas” que añaden derechos de información con el objetivo de mejorar la transparencia del mercado de trabajo en una materia necesidad de control, aunque con un resultado que merece una valoración crítica negativa por su insuficiencia. En todo caso es un acontecimiento normativo importante puesto que afecta a uno de los pocos artículos del Estatuto que se resistía a experimentar una reforma desde su versión originaria de 1980 quedando al margen, en su lógica interna, de todo el extenso e intenso movimiento reformista que sacude al Derecho del Trabajo pese a que su finalidad tuitiva se deshace en una práctica aplicativa cargada de dificultades y necesitada de una *recreación* jurisprudencial constante³⁰.

En fin, tras este breve repaso se puede concluir que en todas las reformas se declara el objetivo dual más o menos abierto de fomentar y armonizar los parámetros cuantitativos del empleo y en mejorar su calidad. Bien es verdad que la dualidad de objetivos se tradujo en la práctica en crear las condiciones para el aumento del empleo a costa precisamente de reducir costes laborales con medidas de aumento de la flexibilidad, la precariedad

28 Vid. ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario Breve*, (2ª ed.), Madrid, Cívitas, 1991.

29 Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.J.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, Editorial Ibidem, 1999, *passim*.

30 Buena prueba de ello es la necesidad de recopilación y sistematización de la jurisprudencia recaída sobre contratas y subcontratas. En este sentido se pueden consultar a PASTOR MARTÍNEZ, A.: “Anexo jurisprudencia en materia de descentralización productiva”, en AA. VV.: *Descentralización productiva y Relaciones Laborales*, Ed. LEX NOVA, 2001 pág. 361 ss. Con anterioridad pueden consultarse también MOLINER TAMBORERO, G.: “Las contratas y subcontratas desde la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, en AA. VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, págs. 421 y sigs. SALINAS MOLINA, F.: “Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora”, DS núm. 5 (1999), págs. 21 y sigs.



o con medidas de reordenación de la gestión de la empresa a través de las diversas técnicas de descentralización productiva y funcional. A partir de la reforma de 1997 se trata de apostar con mayor fuerza por los aspectos cualitativos del empleo. El objetivo general declarado de la reforma de la legislación laboral de 2001, como no puede ser de otra forma está en esta línea de dualidad de fines, formalmente declarados. Así se sostiene en su Exposición de Motivos: que *“este conjunto de nuevas reformas mantiene su orientación hacia el fomento de un empleo más estable y de mayor calidad”*.

Ahora bien, por lo que ahora interesa ese es el contexto de la reforma del art. 42. Incluso las dos partes claramente diferenciadas que se distinguen en sus contenidos, obedecen a esta razón de política jurídica. Esta es una clave importante de lectura y base para el análisis de lo que permanece, de lo que se modifica y de lo que se añade al contenido del art. 42 ET. Del contenido del artículo se desprende que también aquí subyace la tensión permanente entre la opción por el aumento del empleo, –en la creencia de que se alcanzará automáticamente rebajando los costes laborales– y la opción por la mejora de las condiciones en que se desarrolla el mismo. Formalmente se proclama a la par el aumento del empleo con una mejor calidad, pero en realidad no se pasa de unas medidas indirectas que acompañan y contribuyen a incrementar o mantener el empleo a condición de su precariedad y de rebajar las condiciones a través de un régimen de contrata y subcontratas lejos de asegurar los derechos a través de la extensión de la responsabilidad fomenta e incentiva los procesos de reconversión del empleo de *primera clase* en empleo de segunda o tercera prestado ahora a través de una empresa auxiliar. Todo ello como manifestación del nuevo rasgo del moderno Derecho del Trabajo que diversifica “patológicamente” los niveles de tutela diferenciado un *Derecho de los fuertes* en el mercado primario de trabajo y un *Derecho de los débiles* en el mercado secundario³¹. La reforma deja intactas las deficiencias estructurales en las condiciones para asegurar los derechos de los trabajadores en las contrata y subcontratas puesto que no se formula una declaración para el mantenimiento de condiciones de empleo equiparables en la empresa principal y en la empresa auxiliar y porque cuando se ha querido dotar de mayor transparencia a las operaciones de contrata se oculta a los representantes los datos sobre las condiciones de trabajo.

5. Tratamiento de los mecanismos de gestión indirecta en el Pacto Social de mayo de 2006 y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre: Planteamiento general

5.1. Lo que aporta el Pacto Social de 2006

La reforma laboral actual (reforma negociada en el Acuerdo Tripartito para la Mejora del Crecimiento y del empleo, de mayo de 2006, entre el Gobierno, CCOO y UGT, CEOE y

31 Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la *cuestión social*”, RL núm. 15/16 (2001), pág.60.



CEPYME) no realiza una aportación sustancialmente relevante para resolver los graves problemas regulativos que plantean los supuestos de externalización de actividades y servicios. Aun así no puede tampoco infravalorarse las aportaciones que incorpora en nuestro modelo de regulación de los mecanismos de gestión indirecta de mano de obra. La reforma se inserta en un proceso de concertación social, tras la Declaración tripartita de julio de 2004, el Gobierno, las organizaciones empresariales (CEOE y CEPYME) y sindicales (CCOOO y UGT) más representativas, firmaron el 9 de mayo de 2006, el “Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo”, que constituye una nueva manifestación de la concertación social y del consenso que se estima ha tenido efectos positivos para el buen funcionamiento del mercado de trabajo.

En la introducción del Pacto Social se observa que uno de los objetivos de la reforma es el establecimiento de medidas para introducir mayor *transparencia* en la subcontratación de obras y servicios entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo.

(a) Así a propósito de la “cesión ilegal de trabajadores” se produce una inclusión de la interposición fraudulenta en contratas. En el nuevo apartado 2 del art.43 de la LET se añade un nuevo párrafo según el cual “En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de actividad o de organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”.

(b) En la regulación directa de las contratas y subcontratas se busca, ante todo, la mejora del sistema de garantías colectivas, como se verá después.

(c) En materia de subcontratación es importante la Ley 32/2006, de 18 de octubre, *paralela al proceso de reforma laboral, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*. En ella se contiene una serie de garantías laborales de carácter sustantiva y procedimental (se introduce límites la cadena de subcontrataciones; se obliga a los subcontratistas a contar con una plantilla fija en un porcentaje de aplicación progresiva, se garantizan derechos de información de los representantes de los trabajadores, etcétera)³².

(d) En lo que se refiere a las ETT, la incidencia de la reforma laboral pactada es mínima. A destacar la previsión de una reducción de cotizaciones empresariales a través de la modificación del art.110.9 de la LPGE para 2006. En tal sentido, se establece que “se igualará la cotización empresarial por desempleo de los contratos de duración determinada a tiempo completo celebrados por las ETT a la contratación de duración determinada *directa*, pasando del actual 7, 70% al 6, 70 % desde el 1 de julio de 2006”.

32 Vid.infra, apartado 9.



Es una reducción de un punto menos, como medida de apoyo económico-laboral a la actividad realizadas por la ETT.

5.2. Insuficiencias: La reforma laboral no ha resuelto varios problemas fundamentales en la gestión indirecta de mano de obra

Si se confronta la regulación actual de los mecanismos de gestión indirecta de la mano de obra con las innovaciones que pretende incorporar la reforma laboral pactada, se aprecian importantes insuficiencias de las mismas para resolver importantes problemas planteados en estas formas de gestión indirecta. Sin ánimo de exhaustividad podrían citarse, como mínimo, las siguientes:

- Concretar la coordinación de actividades empresariales en el trabajo en régimen de ETT. Atención preventiva a los riesgos profesionales. Porque el art. 24 LPRL parece estar montado más para los supuestos de subcontratación.

- Sería preciso replantear el modelo de vinculación jurídica entre la ETT y los trabajadores "cedidos" en misión: Se debería de pasar del temporal predominante al indefinido de prestación discontinúa. Este sería, desde luego, un modelo de vinculación iuslaboral más garantista. En general, es preciso limitar la utilización abusiva de la contratación temporal a través de las ETTs.

- Establecimiento de una negociación colectiva para la empresa-red de subcontratación. El marco legal vigente (artículos 87-88 de la LET) es insuficiente. La alternativa posible sería potenciar la negociación de "empresa-red" de subcontratación, la cual debería tener plena acogida y promoción en el modelo legal de negociación colectiva.

- No se ha reformado el supuesto de hecho ex art.42 LET en el sentido de su necesaria *ampliación* para abarcar efectivamente los nuevos supuestos de *subcontratación* (especialmente en el sector de servicios). En gran medida (a pesar de las posibilidades expansivas de la nueva rúbrica, "Subcontratación de obras o servicios") la delimitación del supuesto fáctico acotado por la norma se muestra notoriamente insuficiente y desfasado respecto a la *praxis real* del fenómeno de la subcontratación, que desborda con mucho el tradición supuesto del "trabajo en contratas o subcontratas")³³. En este sentido se puede decir que se ha producido, por el momento, una *opción implícita del política jurídica a favor del "vaciamiento" del ámbito de aplicación del art.42 LET*, que en su formulación actual (que el legislador rehusa modificar y actualizar a las nuevas prácticas de subcontratación, no sólo emergentes sino que ya también están plenamente operativas) deja fuera de su sistemas de garantías de protección y de control una multiplicidad ingente de supuestos

33 Para el estudio de ese desbordamiento institucional, véase, por todos, a MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Madrid, Ed. Ibidem, 1994; LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, La Ley, 1999, y MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004.



de hechos que materialmente, y por supuesto a través de vías *jurídicas* negociales distintas a la forma típica de la contrata y subcontrata, son constitutivamente entran de lleno en el fenómeno de la subcontratación tal como se manifiesta en la realidad contemporánea. En este sentido no hay propiamente “desregulación” a secas y sin adjetivos, sino “desregulación legalistativa parcial”, esto es, de parte del fenómeno de la subcontratación, y simétrico fomento implícito de otros *modelos de regulación extra-legislativa*, a saber: *las formas de autorregulación de los operadores jurídicos que operan sin un Derecho flexible legal en las prácticas de subcontratación situadas fuera del campo jurídico de aplicación del art.42 LET y normas concordantes de su grupo normativo*. Se debería clarificar el alcance del término contrata y sus límites y así mismo de otros instrumentos jurídicos que formalizan la subcontratación productiva y funcional, procediendo a la su inclusión en el supuesto fáctico acotado por la ordenación normativa ex art.42 LET. Y, señaladamente, se debería precisar la noción de “propia actividad” y sus limitaciones, en un sentido omnicompreensivo de actividades inherentes e indispensables para el desarrollo de la actividad empresarial.

– No se ha *clarificado y precisado* el supuesto de hecho del art.44 LET en el sentido de garantizar su aplicación (y las condiciones específica que es se efectúe) a los supuestos de cambio de titularidad en contratas y subcontratas. A fin de incorporar la doctrina del TJCE y la muy matizada que está aplicando ya nuestro propio Tribunal Supremo.

– Prohibición del uso de los contratos para obra o servicio determinado para la duración del encargo: El contrato de obra o servicio determinado vincula la temporalidad a la duración de la contrata (criterio admitido por la doctrina del Tribunal Supremo). Esta vinculación al encargo (objeto de la contrata) impide la efectividad de dos tipos de garantías: 1º) Consolidar la estabilidad en el empleo en la empresa contratista o subcontratista; 2º) Impide (desviadamente) la norma aplicación del principio legal y convencional de sucesión o subrogación empresarial en los supuestos de cambio de titularidad en contratas o subcontratas.

– Sería preciso clarificar la espinosa cuestión del régimen de responsabilidades empresariales prevista en el art.42 LET y sus interconexiones con otros sistemas legales de responsabilidad que pudieran ser concurrentes. Especialmente significativo es el supuesto de grupos empresariales estructurados a través de la forma “empresa red”.

II. EL SISTEMA DE CONTROL COLECTIVO DE LA SUBCONTRATACIÓN EMPRESARIAL

1. Introducción

El efecto derivado de la proliferación de supuestos de externalización productiva es que producen inmediatamente diferentes fórmulas de parcelación de las grandes estructuras



productivas organizadas unitariamente y su transformación en una nueva proliferación de estructuras empresariales como organizaciones formalmente diferentes y en todo caso de mayor especialización aunque seguramente ligadas entre sí por conexiones de distinta naturaleza horizontales o de subordinación. Pero además contribuyen –si es que no son la causa– a la fragmentación de plantillas, con lo que se dificulta la aplicación de los sistemas de representación de los trabajadores en la empresa y el consiguiente ejercicio del control y participación colectiva en la empresa. El marco legal disponible, art. 42 LET y disposiciones concordantes, ofrece una respuesta autorreflexiva del sistema jurídico en muchos aspectos insatisfactoria y obsoleta, que las últimas reformas legales sólo han contribuido a paliar de forma ciertamente significativa, pero no a resolver en cuestiones realmente fundamentales, como luego se indicará. El punto de partida, su presupuesto base, es la licitud del fenómeno de la subcontratación de actividades o servicios (cfr. art.38 CE y art.1588 del Código Civil). Lo que persigue es la introducción de garantías jurídicas protectoras y preventivas (“cautelares”, se podría decir metafóricamente) respecto de los trabajadores implicados en estos fenómenos de colaboración interempresarial³⁴.

Particularmente, la institución de la representación unitaria, que como sabemos necesita de un cierto número de trabajadores para su implantación. En este sentido, Romagnoli, con referencia a la realidad italiana, pero en afirmación extrapolable sin forzarlas a otras realidades nacionales –por ser un fenómeno derivado la globalización económica que está arrastrando en gran medida a la desnacionalización del derecho del trabajo otrora un “derecho de frontera”–, “a caballo de los años 60 y 70, el Derecho del Trabajo italiano entró en la fábrica para hacerla una institución más democrática y menos sacrificial, pero las fábricas se han vaciado. De improviso y bastante deprisa”³⁵.

Pese a esta realidad actual de organización de la producción fragmentada en un entramado de empresas *auxiliares* en la que la empresa principal descentraliza diversas partes de sus procesos productivos en largas cadenas que frecuentemente terminan en *microempresas* asindicadas y sin representación unitaria, el legislador ha ido incorporando cada vez mayores facultades y derechos de información, consulta y participación a los representantes –art. 64 ET fundamentalmente–, niveles de intervención que se han ido ampliando a través de sucesivas reformas estatutarias y mediante otros acontecimientos normativos que han significado un hito en esta materia como en la Ley 10/97 de 24 de abril sobre Derechos de Información y Consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria.

En el mismo sentido de ampliación y atribución de un catálogo de derechos ampliado se pronuncia la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales que dejando inalterados

34 Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Madrid, Ed. Ibídem, 1994; y del mismo autor en colaboración con ÁLVAREZ MONTERO, A.: *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Granada, Ed. Comares, 2002; RIVERO LAMAS, J. (Dir.) y VAL TENA, A.L.DE. (Coord.): *descentralización productiva y responsabilidades empresariales*, Pamplona, Aranzadi, 2003.

35 Vid. ROMAGOLI, U.: “Globalización y Derecho del Trabajo”, en *Rev.de Derecho Social* nº 5 (1999), pág. 10.



los contenidos estatutarios introdujo importantes y significativos derechos de información, consulta y participación a las representaciones colectivas específicas y a los trabajadores³⁶. Lo significativo de esta Ley es que tomó conciencia de la realidad de la empresa y obró en consecuencia al menos en esta materia atribuyendo los derechos de información directamente a los trabajadores asegurando con ello su ejercicio cuando no hay representantes

Una de las consecuencias que se extraen es en el momento actual no se puede obviar la necesidad de dotar de contenidos informativos a los trabajadores directamente – además de los propios de la función concreta y del puesto de trabajo a desempeñar– relacionados con la posición de la empresa en el mercado y muy especialmente con el mercado del empleo y la organización del factor humano en la empresa, puesto que en la actualidad es muy frecuente que la *cadena* de contratas de obras y servicios termine en una *microempresa* o en un trabajador formalmente autónomo en los que la presencia de representantes o no es posible jurídicamente o no tiene cabida en una dinámica de las relaciones laborales en la que no se representa la necesidad ni el interés de las mismas.

El estado de la cuestión referido a los derechos de información de los representantes en materia de contratas y subcontratas estuvo dominado por una legislación prácticamente inexistente, que había de deducirse implícita cuando el art. 64.1 imponía un deber genérico de información sobre la evolución de su “... programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa”, hasta la Ley 2/1991 sobre derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en materia de contratación que incorpora el deber de informar trimestralmente también de los “... supuestos de subcontratación”. Contenido que quedó reflejado en el ET (art. 64.1.1) de forma extremadamente lacónica, por su parquedad e indefinición.

Con lo cual se suscitaron numerosas interrogantes, hasta el punto de que no resolvía la duda de si el precepto exigía una información mínima y razonable justificación de las previsiones sobre esta materia o simplemente imponía el deber de comunicar los supuestos de subcontratación ya realizados. Además se entendió que en realidad no se introducía una novedad en la materia sino que se trataba de una “concreción integrativa”³⁷ del contenido estatutario anterior. Esta indeterminación, falta de novedad, y su cadencia trimestral proyectaban de forma implícita pero no velada una valoración de la misma como de *cuestión menor* a englobar dentro de la evolución general de la actividad económica de la empresa y de su política de contratación laboral. Por todo ello, esta regulación resultó insuficiente e inadecuada para dar respuesta de forma minimamente razonable a los cambios organizativos estructurales que en la realidad empresarial y concretamente en materia de contratas.

36 Vid. ÁLVAREZ MONTERO, A.: *El Delegado de Prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Granada, Ed. COMARES, 2001, págs. 163 y sigs.

37 Véase por todos MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, Editorial Ibidem, 1994, pág. 34.



Esta es la situación y las necesidades que preceden la Reforma de 2001 que viene a añadir tres apartados a la redacción anterior del art. 42 precisamente introduciendo contenidos informativos dirigidos a los trabajadores, representantes y a las instituciones que las empresas están obligadas a proporcionar con los que se pretende “reforzar las garantías” de los derechos de los trabajadores en todas las empresas implicadas, proporcionando una mayor transparencia y seguridad jurídica a las operaciones interempresariales.

Se trata de superar esta situación. Pero no sólo surgen importantes dudas técnicas y acerca de la suficiencia de las obligaciones informativas establecidas para superar el abultado déficit de control colectivo e incluso administrativo del amplio abanico de opciones empresariales de externalización de su proceso productivo y sobre todo para hacer viable y real la *co*-responsabilidad entre las diferentes empresas intervinientes en las operaciones de contrata. La pregunta es más radical, ¿Se han tratado de introducir facultades de intervención –siquiera a nivel de información– en materia de contrata o subcontratas?. La respuesta es que como todo el art. 42 –pese a que aquí el contenido de la reforma es más significativo al menos cuantitativamente– todo ha consistido en una pretendida operación de mejora de la imagen que da una primera impresión de innovación sustancial pero que se diluye en el primer análisis. Es decir, ¿el legislador ha modificado cualitativamente la situación anterior?. La respuesta que ya se ha anticipado con gran plasticidad en un lenguaje sindical que en cierta manera es reflejo de una justificada frustración es sí, “lo ha tocado, pero no por ninguno de sus lados”³⁸.

2. La función de la información en la empresa moderna

No está disponible, difícilmente se puede construir, un Derecho *general y unitario* a la información, pero sí se puede sostener que los “derechos de información” alcanzan a ámbitos extensos de la realidad social, dependiendo de los diversos *status* en que se sitúe al sujeto, de las concretas relaciones jurídicas en que el individuo pueda estar implicado –accionista de una sociedad, en la relación con la administración, como paciente–usuario en una institución sanitaria, como consumidor, como trabajador en una relación laboral, etc. Para cada una de las posiciones y situaciones en que se encuentre pueden señalarse espacios normativos en cada una de las ramas del Derecho –en el ámbito penal, administrativo, mercantil,... y por supuesto socio–laboral–. La *información* ejerce un influjo selectivo sobre las estructuras de la empresa como sistema organizativo y su flujo es susceptible de provocar en sí transformaciones. La información suscita diferencias ulteriores del sistema organizativo empresarial en la reorganización interna y externa, es decir, la diferencia entre el estado actual de la organización productiva y el esperado acaba por imponer numerosos ajustes en la estructura y su dinámica de funcionamiento, que se transforma de tal modo para percibir la información y responder a los dilemas regulativos de los distintos agentes implicados. Entonces, el flujo de información hace actuar diferencias ulteriores en el interior de la organización. La facilitación de

38 Vid. CGT: *Boletín Informativo Jurídico Sindical*, núm. 65, pág. 11.

informaciones, su comunicación, permite una readaptación autónoma de las propias estructuras empresariales y de las prácticas de los actores que responden según las propias formas de percepción del estímulo generado por la comunicación “interna” o “externa” a la empresa (centralizada o descentralizada) de que se trate. Los distintos agentes se sirven, de manera especialmente útil en condiciones de incertidumbre, de un conjunto de estímulos internos o externos precisamente para transformar su propia visión y el sentido de sus respuestas e iniciativas respecto a los dilemas planteados en la organización productiva. De ahí la importancia estructural y estratégica de la información y de sus modos de circulación dentro de las organizaciones complejas. Esto es lo que se percibe en las políticas del Derecho dirigidas a fomentar la creación de un *marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea*³⁹, en la convicción de que ello facilita la adopción de medidas preventivas y de que constituyen una condición previa para el éxito de los procesos *consensuados* de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por los mercados abiertos⁴⁰.

La información, en las relaciones laborales dentro de la empresa tiene un tratamiento complejo tanto en los elementos objetivos –contenidos– como la determinación y la implicación de la pluralidad de sujetos y sus diferentes posiciones respecto de la misma, tales como las empresas implicadas, el trabajador individualmente considerado, las representaciones de los trabajadores y las diferentes instituciones administrativas. Es obvio que el contenido y ejercicio de los derechos de información diferirán o estarán condicionados por el/los sujeto/s de la misma y por el contexto en que se ejercite aunque también es obvia la mutua interconexión entre los mismos.

En el contexto de una economía globalizada y fuertemente competitiva producto de la nueva fase de la tecnología adquiere una gran relevancia el *conocimiento y la información* como factores de creación de *valor* empresarial capaz de situar a la empresa en posición de ventaja en el mercado. En la empresa la información adquiere en los momentos actuales una importancia creciente y determinante por su volumen, por la renovación constante de los contenidos, por el carácter instrumental respecto de otros derechos participativos y, en definitiva como aspecto básico e insoslayable del nuevo sistema productivo y de la nueva empresa de gestión participada. en la gestión en una empresa moderna y participada en el sentido de que la información no solo es instrumento de una política reivindicativa dirigida a *salvar* los intereses de los trabajadores de las

39 Véase Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo 2002, del Consejo y Parlamento Europeo, que establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea; Directiva 91/533/CEE, de 14 octubre 1991, del Consejo, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral; Directiva 94/45/CE, de 22 septiembre 1994, del Consejo, sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria; Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre 2001, del Consejo, que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, etcétera.

40 Puede consultarse, por todos, BURAWOY, M.: *El consentimiento en la producción*, Madrid, MTSS, 1989, espec., págs.103 y sigs.



decisiones empresariales que pudieran afectarle sino para el “interesamiento” sindical en la misma gestión de la empresa⁴¹; es decir, en términos de “implicación” y de búsqueda de una gestión compartida desde la defensa de los intereses que le son propios.

En este sentido, el trabajador está abonando su posición de sujeto pasivo y ejecutor automático de órdenes, especificadoras de su obligación de trabajar para ocupar una posición activa en la que la comunicación se inscribe en una dinámica de interacción que sitúa a trabajadores y sus representantes como sujetos receptores y en muchos casos como emisores de información en múltiples direcciones en un proceso interactivo, de mutua influencia y en una dinámica de progreso y de mutuo enriquecimiento⁴².

Desde la perspectiva de las relaciones socio-profesionales, el derecho de información juega un papel destacado bien en su significado instrumental, en cuanto que técnica útil que se proyecta y tiene sus efectos en otros derechos participativos especialmente sobre el derecho de control⁴³, bien por su propio y autónomo valor participativo, aunque mínimo, pues la posesión de información aumenta necesariamente el poder de quien la posee por consiguiente, el aumento de la información en manos de los trabajadores –y sus representantes– revaloriza su posición colectiva y en definitiva su capacidad de decidir y actuar.

Desde el Derecho comunitario, como aprecia la práctica unanimidad de la doctrina, la materia laboral en su conjunto ha tenido un desarrollo bien limitado en comparación con otras materias más directamente relacionadas con el mercado, pero además, la dimensión colectiva de las relaciones laborales ha recibido un tratamiento aún más restrictivo. Aún así, el establecimiento de mecanismos colectivos de información y consulta está recibiendo un impulso excepcional en buena medida arrastrado por el proceso de formación del mercado único. Prescindiendo de otros antecedentes, es a partir del Consejo de 21 de julio de 1.986 donde se hace una declaración expresa de la necesidad de establecer procedimiento de información y consulta entre otras cosas para la introducción de nuevas tecnologías y, sobre todo, por la necesidad de reagrupación empresarial y las previsibles consecuencias en el empleo. En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se recoge como uno de los Derechos Fundamentales de los Europeos (art. 27).

En este contexto, el programa de aplicación de la Carta Comunitaria de derechos social, la Comisión se comprometió a presentar, entre otras una iniciativa para establecer procedimientos participativos en empresas de dimensión comunitaria, fruto de la cual es la Directiva. 94/45 de la CE de 22 de septiembre (transpuesta por Ley 10/1.997, de

41 Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Editorial Civitas, 1992, págs. 115–116. Se trata de la “participación en las decisiones de gestión” de una empresa con estructura cada vez más difusa y “des-materializada”.

42 Vid. BENÍTEZ MORENO, J.A. : “La comunicación en la empresa”, RT y SS, núm. 167 (1997), págs. 70–71.

43 Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información...*, op. cit., pág. 114: Entre todos los derechos participativos “existe una comunicabilidad” y una mutua “interferencia”.



24 de abril) con el objetivo de mejorar los derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas comunitarias informen y consulten⁴⁴. Sin duda esta iniciativa es consecuente con la especial incidencia que los derechos de información tienen en la empresa con estructuras compleja⁴⁵ (grupos de empresa), con el objetivo “ambicioso y novedoso” de permitir a los representantes el acceso directo a los reales centros de decisión de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria⁴⁶. Lo que supone una garantía de efectividad de los derechos participativos y de control reconocidos en cada uno de los estados miembros ya que la información se amplía al conjunto de la realidad empresarial⁴⁷.

En el ámbito comunitario se ha sentido la necesidad desde las diversas instituciones comunitarias de encontrar nuevos y eficaces instrumentos participativos hasta el punto de valorar esta búsqueda como una de las “principales señales de identidad [...] del modelo social europeo” aunque era evidente el alongamiento entre los objetivos comunitarios y “los efectivos logros normativos”. La Directiva 94/45 de 22 de septiembre trata de normalizar e institucionalizar jurídicamente mecanismos de organización y representación de la *identidad colectiva* en el ámbito de las empresa de estructura compleja de dimensión comunitaria⁴⁸.

En definitiva, los derechos de información de los representantes en la empresa tienen una gran relevancia tanto en su significado instrumental, en cuanto técnica básica para avanzar en la generación de otras vías de participación de trabajadores en el gobierno de la empresa más intensas de los, como por su propio valor participativo, aunque *menor*, entre el conjunto de instrumentos en que se puede manifestar la participación en la empresa. El derecho de información tiene tres “vertientes” como derecho de crédito, *ser informado*, como derecho de libertad *informar e informarse*.

En realidad, los derechos a recibir información de los representantes es un derecho de doble dirección que en sentido ascendente implica el derecho de ser informado y en su vertiente descendente como una “facultad-deber” que contiene una “*situación jurídico subjetiva compleja*” en la que convergen elementos activos y pasivos, poder para informar y deber básico de informar a sus representados⁴⁹.

44 Cfr. COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.: *Derechos Social Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 515. Se busca con la directiva encauzar de manera armoniosa el proceso de “transnacionalización” de las empresas comunitarias que se está intensificando con la realización del mercado interior.

45 Cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: *El Derecho nuevo de los Grupos de ...*, op. cit., pág. 212 ss.

46 Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información...*, op. cit., pág. 187.

47 Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Comentario al Artículo 64”, en VV.AA.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Monereo Pérez, J.L.(Dir.), Granada, Ed.Comares, 1998, pág. 743.

48 Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los Comités de Empresa Europeos”, en *Tribuna Social*, nonográfico, núm.99 (1998); MOLINA NAVARRETE, C.: “La regulación del Comité Europeo de Empresa: puntos críticos”, *T y SS*, núm. 188 (1998).

49 Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información...*, op. cit., págs. 100 y sigs., y 434-436.



Desde otra perspectiva, la gran masa de información que reciben los representantes tiene un carácter instrumental –además de como consituir un derecho de participación en sí mismo–: –*información para...* Una posterior profundidad y solvencia de las acciones de la consulta, control, eventual participación en las decisiones, para negociación... Por ello representan una condición inevitable para afrontar con suficiencia y garantía todos los demás derechos participativos. Una vez más, también en los derechos de información, se manifiesta el carácter equilibrador y compensador de la posición de una de las partes en la entera relación laboral. La carencia de información *necesaria* para activar sus demás derechos participativos y le sitúa en una posición de desventaja *real* frente al empresario.

Los derechos a recibir información es el substrato básico sobre el que puedan desarrollarse las demás manifestaciones –facultades– del ejercicio compartido del poder en la empresa⁵⁰ y en definitiva de superación del *desequilibrio estructural* en la relación de trabajo siquiera en el ámbito de tener una información suficiente para decidir y actuar. Con ello no queremos decir que la información en la empresa tenga primordialmente la función utilitarista y manipuladora de reducir la tensión en el conflicto capital trabajo sino la conquista de mayores espacios de libertad⁵¹. Repárese en que la empresa no es solo ni eminentemente lugar de cooperación de trabajadores y empresarios, es siempre sede permanente del conflicto social estructural⁵². En este sentido la información puede ser un medio de presión en sí mismo y no como mero medio para el ejercicio de otros derechos. La información puede cumplir simultáneamente diversas funciones: información para la negociación; para la vigilancia, control y denuncia, incluso en materias *extra o paralaborales*; para la cooperación en el marco de las nuevas formas de organización y nuevos métodos de prevención de riesgos.

3. El deber de informar de las previsiones en materia de contratación y subcontratación

El tratamiento en la norma laboral de los derechos de información obedece a necesidades y objetivos diversos, se realizan a través de distintos instrumentos, obligan a diferentes sujetos intervinientes y alcanzan resultados distintos según el nivel o la intensidad de la intervención en la información de trabajadores y representantes en los procesos y en los *flujos* informativos en la empresa. La información en la empresa tiene unos contornos amplios y abiertos, estrechamente ligada al modo de producción y al modo de ejercicio del poder en la empresa. Los contenidos informativos alcanzan al sector, a la propia empresa y no solo a las materias de organización de la actividad productiva,

50 Vid. ALDO CESSARI: "Diritto d'informazione e <<conocenza>>", en CESSARI, A. y DE LUCHA TAMAJO, R.: *Dal Garantismo al controllo*, Milano, Giuffrè, 1982, pág. 198.

51 Vid. ALDO CESSARI: "Diritto d'informazione e <<conocenza>>", ..., op. cit., pág. 200.

52 Vid. DEL REY GUANTER, S.: *La libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, Madrid, Ed. Civitas, 1.994.



también a las estrategias de futuro de la empresa⁵³ y muy significativamente en materia de descentralización productiva y en general de reorganización externa e interna de los procesos productivos motivados por el actual estadio de la tecnología y de transformación de la realidad productiva.

El sujeto protagonista en la empresa es sin duda el trabajador y hacia él se canalizan importantes flujos de información. El trabajador detenta derechos informativos directos frente al empresario en cumplimiento y adecuación al marco contractual de referencia sobre todo respecto a su puesto de trabajo. Además la norma laboral instrumentaliza un importante elenco de derechos de información directamente a los representantes. Que en un segundo momento pueden transmitir a su vez a los trabajadores como intermediario entre el empresario y el trabajador, aunque sólo una parte significativa de la información que reciben los representantes se transmite a los trabajadores (esencialmente, la necesaria para hacer efectivo su derecho de participación en la vida de la organización empresarial), o en forma de actuaciones colectivas.

Pero concretamente hasta la Ley 2/1991 de 7 de enero sobre derechos de información de los trabajadores en materia de contratación, –pese al valor de la información y la necesidad de la misma en la empresa– la legislación estatutaria no se ocupó de facilitar información en materia de contrata. Sólo indirectamente podría conocer los planes de la empresa al facilitar información de la “evolución probable del empleo en la empresa”⁵⁴. La mencionada Ley amplió el catálogo de derechos de los representantes en el art. 64.1.1º ET reconociendo un a posición acreedora frente una serie de informaciones que deberá facilitar el empresario sobre aspectos relacionados con el empleo y la organización de los procesos de producción de carácter pasivo, general y periódico: Derecho a ser informados sobre las previsiones de contratación laboral y en caso de subcontratación empresarial.

En primer lugar se ha de informar de las previsiones de aumento de plantilla y de las modalidades y tipos de contratos. Estas explicitaciones significaron una concreción integrativa de la redacción originaria de este artículo que refería la información trimestral a la “evolución probable del empleo en la empresa”.

Se trata de una información preventiva que permite un cierto control anticipado pero que no alcanza a cubrir las modalidades y criterios para la selección del personal. Interesa destacar que pese a la generalidad de los contenidos informativos y a que estos se refieran a la previsiones de aumento de plantilla pero no a las disminuciones de la misma o las que traen su origen en previas extinciones o de transformación de la relación contractual. De ahí, la necesidad de tener en cuenta las exigencias del principio de buena fe que obliga a realizar una mínima y razonable justificación de esas previsiones

53 Vid. ALDO CESSARI: “Diritto d’informazione e <<conocenza>>”, ALDO CESSARI – R. DE LUCA TAMAJO: *Dal Garantismo al controllo*, Milano, Giuffrè, 1982, pág.197.

54 Entiendo que el ET está diseñando la información partiendo de una concepción y de una realidad empresarial de tipo unitaria y de industria, con una producción integrada en todas sus fases y localizada en sus centros de trabajo propios.



y a transmitir una información verídica acomodada a las necesidades reales sin que ello comporte obligación de realizar las contrataciones inicialmente previstas⁵⁵.

En segundo lugar el art. 64 establece que la representación legal tendrá competencia para recibir información acerca de las “previsiones... en los supuestos de subcontratación”.

4. Insuficiencias del tratamiento normativo de la información en la empresa en materia de contratas y subcontratas ex art. 64 ET

El derecho de información ocupa un lugar “modesto” dentro de los derechos participativos tiene en contraste una dimensión “instrumental” para el resto de los derechos de participación y representación colectiva, pero, asimismo, es un derecho que autentifica el sistema de derechos de acción e influencia en el gobierno de la empresa, pues sin su soporte los demás no pueden realizarse de modo satisfactorio⁵⁶. En este sentido el derecho de información no tiene tanta relevancia como derecho participativo concreto cuanto “presupuesto para el control y la participación efectiva en los actos de gestión”⁵⁷.

Los derechos de información, tanto como *derecho de libertad* de informar de los representantes como en su vertiente de derecho a recibir información tienen en sí mismo su propia identidad pero adquiere mayor relevancia en cuanto instrumento básico para la realización de otros derechos participativos. Esta instrumentalidad de la información tiene un contenido complejo. Concretamente, el derecho del representante a ser informado adecuadamente, contribuye de un lado a generar un clima de *confianza* que contribuye a la implantación de un sistema de participación en la toma de decisiones formado e informado, más consciente –pues solo cuando se conoce la realidad caben decisiones coherentes y acertadas– siendo a la postre una condición importante para su aceptación colectiva y para su puesta en práctica. Pero no sólo cumple una *misión* en cuanto a la efectividad de otros derechos sino que puede constituir por sí misma un factor directo de promoción de comportamientos participativos más intensos. En este sentido, el derecho a recibir información puede inducir a los representantes de los trabajadores a iniciar un diálogo, plantear propuestas, realizar visitas y en general a promover actividades para *informarse* mejor, expresar su disconformidad con el contenido de la información a través de los medios habituales de presión sindical.

55 Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs.33–35.

56 Para la comprensión de ese carácter instrumental y “autentificador” del derecho de información, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...*, op.cit., espec., págs.114 a 126 (“El carácter instrumental de los derechos de información”); OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho sindical*, Madrid, Tecnos, 1988, pág.153.

57 Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Comentario al Artículo 64”, cit., pág. 724.



5. Los contenidos minimalistas de los deberes de información introducidos en la Reforma laboral de 2001

Pues bien, además de lo dicho debemos añadir para una correcta comprensión de los contenidos informativos en materia de contratos tras la reforma de 2001 que uno de los criterios de clasificación es el que atiende a la “dirección” de la misma. Si atendemos al criterio de la *dirección de la información* para la comprensión y estudio de la totalidad de las dimensiones que nuestro ordenamiento jurídico trata la actividad de información, esto es en atención al criterio de *dirección* en función de la posición del sujeto que tiene el deber o la facultad de emitirla hacia el sujeto que ostenta el derecho de recibirla o el deber de aceptarla. Así encontramos información que se dirige directamente del empresario a los trabajadores⁵⁸; del empresario a los representantes sobre las mismas materias señaladas en el párrafo anterior y sobre todas las materias como consecuencia inherente al mecanismo representativo⁵⁹; del empresario a las instituciones de Seguridad Social.

Otro criterio de clasificación de los derechos informativos es el que atiende a la actitud del representante frente a la misma. En este sentido el derecho de información en esta materia es marcadamente unidireccional en cuanto que se limita a recibir la información. Excluye esta reforma toda oportunidad de *Informarse* directamente y de emitir información (informes previos a la toma de decisiones o a la ejecución). Así podemos distinguir entre información *activa* e información *pasiva* para referirnos, en la primera, a la que tiene su origen en el trabajador o sus representantes y por destinatario al empresario. En el segundo, nos referimos al flujo informativo que tiene su fuente en la empresa y como destinatario final en unos casos o, medial en otros, al representante.

Pero en este caso la información se limita al derecho a recibir la información y documentación obtenida, preparada y transmitida por el empresario sin tener acceso directo a las fuentes y procedimientos para su obtención y difusión conformándose con una actitud *pasiva* en todo el proceso o, por el contrario. No se recoge en la reforma la facultad para pedir la extensión de los contenidos de la misma, o realizar actividades de indagación propia, capacidad para instruir un procedimiento informativo propio, directo y paralelo al que pueda realizar el empresario; en definitiva, actitud *activa*, dinámica y participativa respecto de la información que recibe.

Cuando hablamos de información “pasiva” nos referimos a toda la masa de información que tiene derecho a recibir y *exigir jurídicamente* el representante y a la que está obligado

58 Como mínimo el contenido del art. 42 de la LPRL.

59 Los trabajadores tienen el derecho de ser informados por sus representantes de cuantas materias “puedan tener repercusión en las relaciones laborales” (art. 64.1.12º ET), incluida lógicamente la contrata y subcontrata. Pero esta información no constituye un derecho subjetivo del trabajador por el que directamente pueda exigir toda la información que adquiera el representante sino que representa un derecho de la representación unitaria en el marco de su competencia para colaborar con la empresa y de sus deberes de representante para con los representados.



el empresario sin necesidad de previa indagación, solicitud o cualquier otra actividad primaria del trabajador o representante.

Como última reflexión entorno a los derechos de información contenidos en el art. 42 ET, la reforma ha operado el refuerzo cuantitativo de los derechos informativos en la empresa que se sitúa en el nuevo marco de *centralidad* de los problemas de empresa en los que sin abandonar esfuerzos para la implantación de sistemas de democracia industrial crece la preocupación de buscar soluciones a los problemas de desarrollo sólido de las estructuras productivas⁶⁰ principalmente respecto de la problemática proceso continuo de racionalización del proceso productivo de para cuya solución han “evidenciado su funcionalidad” los distintos niveles de derechos participativos⁶¹.

Por todo ello los derechos de información se sitúan en el espacio tradicional y continuista de los derechos de información pasiva aunque ahora especificados y concretados respecto a las genéricas informaciones contenidas en el art. 64.1.1º del ET pero en conjunto más que una ampliación cualitativa de los derechos de los trabajadores y representantes se trata más bien de una operación de integración de aspectos esenciales en toda relación contractual aunque se ha querido justificar con la apariencia de contribuir a una mayor transparencia de las operaciones de cooperación interempresarial cuando en realidad es sólo una operación de maquillaje de un sistema de control garantía de los derechos esenciales de los trabajadores en casos de contratas y subcontratas cuyo sistema de responsabilidad se ha mostrado inadecuado e inoperante. No se ha dado una nueva versión de los derechos de información sino que se ha limitado a especificar derechos de información formalizados y tasados de contratas y contratas.

En definitiva, que para nosotros la *Reforma laboral 2001* se nos muestra formalmente con objetivos ambiciosos de transparencia pero por poco que se ahonde en sus contenidos se observa que se ha querido levantar una cortina de humo para no querer mirar con disposición de cambiar a una realidad empresarial infinitamente más rica y compleja en matices y experiencias de colaboración entre empresas y que está necesitada de instrumentos jurídicos para la consulta y participación en todas las realidades de la empresa incluida la política o la dimensión laboral.

No se hace mención a información *para* la consulta y a la participación en las decisiones. Tan débiles son los contenidos informativos que no se plantea imponer ciertos límites porque la decisión ya ha sido tomada pese a ser un tema tan sensible no desde la perspectiva *social* sino desde la estrategia general de la empresa.

60 Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información ...*, op. cit., pág. 29.

61 *Ibidem*. pág. 31.



6. Los contenidos informativos: Extensión, dirección y finalidad de los contenidos

Conforme ase ha indicado antes el objetivo declarado de los contenidos que se añaden al art. 42 no es otro que infundir *transparencia* y *articular vías de control* anticipado respecto a las operaciones de subcontratación de obras y servicios correspondientes a su propia actividad entre empresas y contrarrestar así las acciones fraudulentas que con extensión de la *comunicación* de responsabilidades por salarios y Seguridad Social entre las empresas contratantes no se puede solucionar definitivamente.

El diferente contenido informativo y la pluralidad de destinatarios de la misma reúne unas características comunes predicable de todas ellas ⁶². Su enumeración nos servirá de base y orientación para el comentario de cada una de ellas. Se trata de una forma de participación en la empresa en *débil* (con ello nos referimos a que no estamos ante fórmulas *fuertes* de participación en la toma de decisiones democráticas (que pueden ir desde la autogestión a la consulta previa).

En este apartado vamos a analizar los contenidos y informativos que nacen siempre de la empresa –principal o contratista y como destino una triplete in formativa: individual, institucional y colectiva, en atención a los destinatarios de la misma: los representantes legales, los trabajadores de la empresa contratista y la Tesorería General de la Seguridad Social

– Respecto a la información que debe transmitir a la Tesorería General de la Seguridad Social, se ha querido que la institución tenga una información cruzada con los mismos contenidos que facilitará mejor el cumplimiento de sus fines y el control originario de la empresa. Así a el empresario principal deberá comprobar que la empresa contratista está al corriente en el pago de cuotas con lo que la Tesorería recibe información de la existencia de la empresa contratista y de la inminencia de la contrata. El contratista deberá comunicar paralelamente a la Tesorería la identidad de la empresa principal. Todo ello en los términos que reglamentariamente se determinen con lo que se pretende resolver algunos problemas de procedimiento dando uniformidad al mismo y concretando las condiciones de trasmisión de la información. Aunque entendemos que la no existencia de norma reglamentaria la obligación persiste siquiera en términos de simple y escueta comunicación. De otro lado, la importancia de estos informes y trascendencia que se ha querido dar a estos informes no se corresponde en el con una tipificación de su incumplimiento que se ha calificado de infracción leve (art. 21.4 de la LISOS).

– El empresario contratista tiene además el deber de informar a sus *trabajadores* una serie de datos para que estos puedan identificar a la empresa principal. Estamos ante una obligación de informar a los “trabajadores”, término que se refiere a cada uno de

62 Cuadro resumen de los contenidos informativos que se insertan en el art. 42 ET. en ANEXO I



los trabajadores puesto que la notificación se hará *personalmente*⁶³ a cada vez que inicie su actividad con un empresario diferente. Se trata, pues, de un *deber de información individualizado*.

Necesariamente en *forma* escrita –extremo hoy paradójicamente impreciso– puesto que deja indeterminada y en duda la validez de la notificación a través del correo electrónico. El propio contrato o el documento que se debe adjuntar informando de los elementos esenciales del contrato no consignados en el mismo pueden consituir medios adecuados, salvo necesidad de renovarla por cambio de empresario. Entendemos que todos los mecanismos de notificación recepticia que permitan prueben su notificación son válidos.

Previa al inicio de la actividad. Ello quiere decir que bien pudiera realizarse después de iniciada la actividad de la contrata pero antes de la incorporación del trabajador. A nuestro entender esta única información no añade contenidos novedosos a lo previsto en el art. 8.5 del ET y su desarrollo reglamentario en el RD 1659/1998, de 24 de julio siempre que se acepte la calificación como elemento esencial el conocimiento de la identidad de la empresa comitente en cada momento. A lo sumo viene a explicitar una de las informaciones debidas por el empresario⁶⁴.

Y sobre todo es una información *mínima* referida sólo a los datos identificativos de la personalidad jurídica de la empresa principal. Es por consiguiente *insuficiente* por más que se complemente con la prevista en el art. 8.5 del ET y de la prevista en el art. 18.1 en relación con el 24 de la LPRL que es a todas luces insuficiente frente al minucioso reparto de competencias preventivas entre la empresa usuaria y la ETT que se contiene en el art. 28 de la LPRL.

Estas deficiencias se podían superar o cuando menos paliar atribuyendo a los representantes de los trabajadores amplias facultades informativas. Esta reforma laboral de 2001 (como la de 2006) sin embargo ha sido en no poco cicatera tanto con los trabajadores como con los representantes puesto que –además de que como es sabido por todos nuestro sistema de producción está formado principalmente por *microempresas* (y empresas red) en esta materia la presencia de empresas pequeñas (en número de trabajadores) se acentúa de forma cuantitativamente significativa; y como se sabe en las empresas pequeñas o no es posible la presencia de representantes o no se crea la necesidad de dotarse de los mismos–, no se entiende como el legislador a sabiendas de esta situación no atribuyó

63 La norma concreta que la información facilitará “en cada momento”. Entiendo que es una aclaración innecesaria que no aporta nada a la tipificación de la conducta debida. Quizá se pretenda llamar la atención sobre el carácter dinámico de la misma.

64 Recuérdese a estos efectos que el art.2.2.c) del RD 1659/98 prevé que la información documental a facilitarse como complemento a la reflejada en el contrato incluirá: “ c) El domicilio social de la empresa o, en su caso, el domicilio del empresario y el centro de trabajo donde el trabajador preste sus servicios habitualmente. Cuando el trabajador preste sus servicios de forma habitual en diferentes centros de trabajo o en centros de trabajo móviles o itinerantes se harán constar estas circunstancias”.



el derecho a los trabajadores y allí donde hubiera representantes aquellos derechos o facultades se ejercieran por estos.

– Información debida del empresario principal y del empresario contratista a los *representantes legales* de sus trabajadores

El primer dato que sobresale respecto de la contenida en el art. 64 acerca de las previsiones sobre eventuales contrataciones es que ahora la información se facilita inmediatamente después a la celebración de cada contrato de prestación de obras y servicios. Las empresas obligadas a suministrar la información son tanto la comitente como la “contratista y la subcontratista” con unos contenidos prácticamente idénticos en ambos casos aunque la problemática suscitada tiene diferentes matices en uno y otro supuesto.

La información que tiene como destinatarios a los representantes se reconoce a estos en exclusiva, es decir no es un derecho de los trabajadores ejercitable por los representantes cuando exista representación como en el art. 18.1 de la LPRL, de manera que se eludirá en caso de falta de representantes en empresas pequeñas. En esta ley la mayoría de los derechos se atribuyen a los trabajadores y se “...facilitará a estos a través de los representantes”. Esta redacción introduce un importante elemento de complejidad planteando serias dudas acerca de dos cuestiones: si el empresario tiene una obligación informar individualmente a los trabajadores la vez que a los representantes. Y otra, determinar si los representantes se limitan a actuar como meros instrumentos de transmisión o si la Ley les confiere la titularidad directa del derecho. Pero esta cotitularidad o titularidad originaria de los trabajadores, tiene como vertiente positiva mantener y ejercitar el derecho cuando aquellos no existan. en ese caso serán los trabajadores los acreedores y receptores directos.

Obsérvese además que el concepto de subcontratación, como elemento estructural de la organización del sistema productivo puede referirse a “toda” descentralización exterior de la empresa que permite centralizar el núcleo del ciclo productivo y descentralizar las demás fases del ciclo productivo o actividades auxiliares o complementarias, no tiene una noción unívoca en el sistema normativo y es de *alcance diferenciado* en el art. 42 (apdos.3 a 5) y en el art. 64 del ET.

Cuando se refiere a la responsabilidad por contrata se limita a la subcontratación entre empresarios por obras y servicios correspondientes a la *propia actividad*. El art. 42 (de ámbito más restringido) sólo se refiere a una subespecie que no agota las posibilidades de un fenómeno plural de gestión indirecta de actividades productivas y aunque no se puede confundir e identificar *subcontratación* con todos los supuestos de descentralización productiva, la regulación en el art. 64 (de ámbito más genérico, conforme a la “ratio” de control previo –información sobre “los supuestos de subcontratación– más general de este precepto) menciona la *subcontratación* a secas sin hacer referencia a que lo sea de la “propia actividad” por lo que se puede deducir que se está refiriendo a la acepción amplia



del fenómeno de subcontratación⁶⁵. Ahora bien, como se deduce del propio art.42.4 del ET (“sin perjuicio de la información prevista en materia de subcontratación a la que se refiere el art.64.1.1º de esta Ley”), por razones lógico-jurídica y de plena efectividad en la garantía jurídica del derecho de información ambos preceptos y sus deberes informativos correspondientes *son interdependientes y se integran y complementan mutuamente* (es manifiesto que el art.42.4 *presupone funcionalmente* –y así lo declara expresamente– el cumplimiento puntual del deber informativo general que en materia de subcontratación impone el art.64.1.1º. Se propone garantizar la información relativa a toda subcontratación para facilitar el control colectivo de las decisiones empresariales sobre subcontratación que tengan incidencia en el volumen y en las relaciones de empleo.

Los derechos de información de los representantes de los apartados 4 y 5 no se condicionan a la concurrencia del requisito de *propia actividad* entre la comitente y la auxiliar. Podría admitirse que los deberes de información se atribuyen a los representantes sin tener en cuenta la naturaleza de la contrata en base a que el contenido del precepto no califica la contrata y que la reforma ha querido añadir contenido al precepto pero sin refundirlo con el contenido existente que sí está dominado por el principio de *propia actividad*. O por el contrario se puede entender que también estos contenidos informativos se limitan a los supuestos de contractuales referidas a la *propia actividad* puesto que tampoco la reforma ha pretendido redefinir el supuesto de hecho del precepto que ha de ser entendido en su unidad. Pero esta solución significaría una minoración de los campos de aplicación del art. 42 respecto del art. 64 que se limita a imponer la información a los “supuestos de subcontratación”. Restricción que se tornaría intolerable dado el alcance limitador de la doctrina y la jurisprudencia del concepto de propia actividad . amen de los problemas que plantea la calificación previa pro el empresario de lo que es o no propia actividad que tendría el efecto perverso de calificación negativa para evitar el deber de informar.

De otro lado, puede ser un buen motivo y apoyo para plantear una reconsideración de calificación restrictiva de los supuestos de propia actividad.

En materia de contratas, sin embargo, ni la norma contenida en el art. 64 ni la actual reforma del art. 42 han tenido en cuenta la realidad productiva actual en nuestro país y en el contexto europeo a las Pymes se le reconoce una importancia destacada tanto por el dato cuantitativo⁶⁶ en el modelo empresarial de nuestro entorno –con tendencia

65 Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit.,pág.44.

66 Con respecto a Italia véase, CARINCI, F.: “Piccole imprese e relazioni collettive”, DRI, núm. 2, 1.997, pág. 3: En Italia 3 de cada 5 empleos se dan en empresas de menos de 100 trabajadores, “dato cuantitativo que deviene cualitativo, cualificando de manera peculiar el modelo productivo italiano”. Para un cuadro sinóptico de la estructura empresarial en España medida por tamaño de las plantilla véase PRIETO, C.: “Políticas de mano de obra en las empresas españolas”, S del T , núm. 6 (1989), pág. 36.



creciente⁶⁷-, que a su vez, se constituye en el “modelo predominante en términos de empleo”⁶⁸ dominada por la presencia masiva de Pymes y de *microempresas* y no en empresas medianas y grandes en las que parece encajar mejor los deberes de información de los números 4 y 5 del mencionado art. 42 ET.

Bien es verdad que el tamaño de la empresa no se puede medir sólo en referencia al volumen de empleo de la misma y que sería aconsejable la utilización de otros parámetros tales como el volumen de negocio, solvencia financiera o tecnológica, dimensión de las instalaciones, etc. pero la práctica totalidad de las normas laborales el criterio más usado, si no exclusivo, en el ámbito laboral es el de volumen de empleo, tanto en las normas comunitarias⁶⁹ como en la mayoría de las normas nacionales que contemplan modalizaciones en la aplicación de la normativa laboral⁷⁰ (LOLS, LCEU y en ET). Ello supone que en las empresas de número inferior a los trabajadores necesarios para constituir representación legal o que no hayan procedido a su elección el empresario quedaría dispensado de dar esa información. Ello podría salvarse con la presencia de representación sindical, que en empresas de menos de 250 trabajadores no tendrían equiparación legal en competencias y facultades pero que en cualquier caso son representantes y tan legales unos como otros. De cualquier modo el problema del tamaño de la empresa no se plantea en un plano formal respecto de los derechos de información pasiva de los representantes y una interpretación finalista de la norma permitiría incluir a todos ellos, pero la realidad de la microempresa es la ausencia de representantes de los trabajadores unitarios y sindicales.

Uno de los problemas que plantea la expresión “contratista o subcontratista” respecto a los deberes de información de la empresa principal es si con ello se impone a esta una información a los representantes de todos los *eslabones* de la sucesión de empresas que subcontratan las obras o servicios. Es decir si el empresario comitente cumple su obligación informando acerca de la empresa con la que directamente contrató –y en ese caso cada empresario contratista actuaría de empresa principal si a su vez subcontrata

67 Esta línea de tendencia se observa en todos los países europeos motivada, sin duda, por la expansión de los fenómenos de descentralización productiva en el marco de un nuevo contexto económico que exige flexibilidad y mutaciones permanentes de la organización empresarial. Es un dato fáctico innegable que en España las “empresas pequeñas” (no equivalente siempre a empresas “débiles”) ocupan un lugar central en la actividad económica y en la absorción de la mayor parte de la población activa asalariada; y parece, más bien, que este fenómeno se acrecentará por la emergencia de nuevas formas de descentralización productiva y funcional (la “empresa red” y el surgimiento de una amplísima gama de fórmulas de externalización “económica” y/o de “gestión laboral”).

68 Vid. BIAGI, M.: “El Derecho del Trabajo en pequeñas y medianas empresas. ¿Flexibilidad o ajuste?, *REDT*, núm. 63 (1994), pág. 46.

69 Sin embargo, se han adoptado otros parámetros económicos como el volumen de negocios o el patrimonio de la empresa en las Directrices comunitarias ayudas estatales a pequeñas y medianas empresas (DOCE, C 213, 19 de agosto de 1.992).

70 Para un estudio de las manifestaciones normativas en el ordenamiento laboral que dan un tratamiento en la aplicación normativa en función del volumen de empleo, véase GARCÍA NINET, J.I. y OTROS: “La dimensión de la empresa en la Normativa Laboral”, *IS*, núm. 60 (1995), pág. 9.



parte de la obra o servicio– o si debe hacerlo también respecto de todas las empresas que subcontraten. O incluso si ambas actuaciones se deben dar⁷¹.

Sobre ese extremo, teniendo en cuenta las limitaciones y peligros de acudir a una interpretación literal de los términos en que se ha redactado el precepto, si la intención del legislador hubiera sido informar sobre toda la cadena de subcontratación se habrían planteado menos dudas si los dos términos se unieran con la copulativa “y”. De otro lado, esa solución tiene como presupuesto la previa intercomunicación entre las empresas implicadas que el legislador rechazó formalizar cuando desestimó una de las enmiendas propuestas en el trámite parlamentario de la Ley en el sentido de comunicar el deseo de subcontratar y pedir autorización a la empresa comitente⁷². Entendemos que el comitente principal cumple informando a los representantes legales en la comitente acerca de los datos sobre la identidad de la contratista: *Nombre, domicilio y NIF*. Esta solución puede diluir en la cadena de subcontratas la finalidad proteccionista que inspira todo el precepto sobre todo cuando sabemos que en los escalones inferiores encontramos empresas muy pequeñas que carecen de representación colectiva. Pero la Ley “implícitamente” considera al contratista como empresario principal respecto del subcontratista.

– La información incluye también la mención a la *duración* que lógicamente se expresará en términos aproximados. Más importante es la reflexión acerca del *objeto* que puede conducir a la convicción de que estamos ante una contrata sobre “la propia actividad” y por ello a aplicar y desplegar sobre la misma todas las medidas previstas en el art. 42. La información llega o no llega a los representantes cuando la empresa ya ha determinado la naturaleza de la contrata. Una vez más se echa de menos que los representantes no intervengan en el *proceso de gestión* de la opción empresarial a la que no se podrían poner reparos constitucionales en una empresa moderna y participada.

– El *lugar de ejecución de la contrata* es otra de las informaciones que han de recibir los representantes, puesto que la contratación intraempresarial regulada en el art. 42 hace referencia e incluye tanto a supuestos de realización de la contrata en el mismo lugar o centro de trabajo de la empresa principal y como a otros casos en los que el requisito de coincidencia locativa o “locacional” no se exige. Este contenido informativo y descrito en la letra e) que impone la información acerca de los trabajadores que serán ocupados en el mismo centro de trabajo de la comitente “en su caso”, desmonta la línea doctrinal y cierta jurisprudencia⁷³ anterior a la reforma en el sentido de que el supuesto de hecho del art. 42 incluye el elemento locativo como uno de sus requisitos. Si bien en la mayoría de las sentencias que estiman el elemento locativo se refieren a

71 Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Fenómenos interempresariales”, en AA.VV.: *La reforma Laboral de 2001*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2001, pág. 115.

72 Vid. La enmienda número 20 del Grupo Parlamentario socialista en la que se quería incluir el permiso del comitente para poder subcontratar (BOCG Serie A, Núm. 37–6 de 27 de abril de 2001).

73 Cfr. STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 1998 (AS 4690/1998).



supuestos de hecho en el que la contrata se concertó para su ejecución en los locales de la principal⁷⁴.

Corroborar la última afirmación, el hecho de que se exija también como contenido informativo mínimo “el número de trabajadores que [en su caso] serán ocupados de la contrata y subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal”. La condición “en su caso” para informar sobre el número significa *a sensu contrario* que también se puede subcontratar para realizar el trabajo en lugar diferente y en ese caso el supuesto será inaplicable. Una interpretación lógica del precepto no permite concluir la necesidad de exactitud de forma que puede ser contratar un número mayor sin tacha de validez de los contratos y no podrá exigirse el número fijado si se contrató a menos.

– Por último, exige que se comunique las medidas de *coordinación de actividades* para la prevención de riesgos laborales. Prácticamente la totalidad de su contenido concuerda con lo previsto en el art. 24 de la LPRL que establece un “mandato general y omnicompreensivo” dirigido a los empresarios cuyas actividades coincidan en un mismo centro de trabajo de establecer los medios de coordinación para la prevención de riesgos que deberán ser sobre todo de intercambio de información pero también con medidas conjuntas y compartidas⁷⁵.

La Ley fue consciente de las necesidades preventivas comunes (en el convencimiento previo de que el trabajo en subcontratas aumenta notablemente los riesgos). De ahí que haya previsto cautelas añadidas en la hipótesis de que en un mismo lugar de trabajo coincidan trabajadores de varias empresas, que lógicamente comparten potenciales riesgos a la par que se pueden beneficiar recíprocamente de las actividades preventivas que desarrollan las empresas y las respectivas representaciones de los trabajadores. En este sentido la realización de actividad en “un mismo centro de trabajo” elemento esencial del supuesto recogido en el art. 24 LPRL, en un *sitio*, en cuanto marco espacial, en el que coinciden trabajadores vinculados contractualmente a diferentes sujetos empresariales, que no tienen que coincidir como consecuencia de la contrata o subcontrata. La coincidencia puede obedecer a una mera coincidencia pero también puede ser fruto de un previo concierto de los empresarios que contraten o subcontrates.

La LPRL ignora las relaciones contractuales que puedan existir entre los sujetos empresariales por lo que la hipótesis contemplada abarca un campo más amplio que “relaciones interpersonales” y desde luego da un alcance mayor que los supuestos de contratas y subcontratas (la obligación general de coordinación se establece sin hacer referencia al título jurídico en virtud del cual las empresas llevan a cabo el trabajo en un centro de trabajo). El supuesto típico (que sirve de *tipo real normativo*) es el de la

74 Vid. SERRANO OLIVARES, R.: “El elemento locativo en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, *RL* núm. 18 (2000), págs. 51–52.

75 Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1.995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Ed. Trotta, 1996, págs. 162–163.



contrata, pero, como se ha advertido, caben otros supuestos como la “cesión de suelo industrial o comercial”⁷⁶.

Sin embargo, desde esta amplitud no desconoce enteramente y se dispone a regular consecuencias distintas diferenciando entre coincidencia meramente geográfica, caso de la existencia de *sitios* comunes con presencia de distintas empresas como los edificios de oficinas, y aquella que obedece a un pacto para ejercicio de actividades en un centro propio o sobre el que ejerza su disposición una de ellas. En este caso, las relaciones que se darían en la empresa no son enteramente horizontales como cuando no exista “vinculación jurídica entre ellas” o incluso de ciertas relaciones *interempresariales* de carácter vertical en las relaciones y en la distribución de las obligaciones de seguridad y salud de manera que uno a de ellas ocupa una posición dominante en cuanto que titular del centro de trabajo. Concretamente en el caso de contratas y subcontratas, la obligación de vigilar que los contratistas o subcontratistas cumplan la normativa sobre prevención de riesgos laborales se carga sobre el empresario principal.

La ordenación de la Reforma 2001 y la de la LPRL se están refiriendo a las obligaciones *interempresariales* de cooperación, información, instrucción y vigilancia (art. 24 LPRL). Pero mientras, el art. 42 ET remite la obligación informativa a los representantes legales, el art. 24 impone la obligación de información a los trabajadores bien es verdad que por el juego del art. 18.1 LPRL en relación con el art. 36 esta se facilitará a través de los representantes (en este caso específicos cuales son los Delegados de Prevención). No se ha previsto coordinación entre ambas normas lo que conducirá a la confusión una duplicidad innecesaria de informaciones.

De otro lado, con la exigencia mínima de informar a los representantes se produce una regresión respecto a lo previsto en el art. 39.3 de la LPRL que prevé la posibilidad de que las representaciones de ambas empresas participen en reuniones conjuntas para fijar las medidas de actuación coordinada.

Pero es que además, esta información tiene escasa relevancia –o si se quiere residual– porque los representantes deben conocer esas medidas de coordinación, porque aunque su adopción corresponda a las empresas deberán haber participado en su elaboración y puesta en práctica en el marco del los planes de prevención de la empresa (art. 39.1 de la LPRL).

La norma –apartado e)– del art. 42 ha entrado con notable desacierto en un terreno para que presenta una gran complejidad y para el que no estaba preparada ni era su intención

76 Véase GOERLICH PESET, J.M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales, AL, núm.8 (1997),pág. 128; MONEREO PÉREZ,J.L. y MOLINA NAVARRETE,C.: “Comentario al art.24 de la LPRL. Coordinación de actividades empresariales”, en VV.AA.: *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Monereo Pérez, J.L.,Molina Navarrete,C. y Moreno Vida, Mª.N.(Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2004, págs.231 y sigs.

–y además no aporta ni precisión ni claridad– por lo que dichos problemas le son en gran medida extraños.

Los mismos contenidos informativos se imponen al empresario contratista o subcontratista respecto de los representantes de sus trabajadores por lo que todo lo dicho en el comentario del art. 42.4 se puede reproducir para el número cinco. Parece que el legislador ha considerado superfluo reproducir ahora para los representantes la información que ya facilitó individualmente a cada trabajador (art. 42.3 ET).

Nada se dice en la reforma respecto de la forma en que se debe transmitir o comunicar la información. Obviamente por razones de prueba y certeza de la misma aconseja la forma escrita. Además deberá ser completa puesto de poco serviría una información genérica y común cuando la materia preventiva aconseja atender la particularidad, lo específico en cada situación.

7. Las consecuencias jurídicas de los incumplimientos de los deberes de información. Incorporación de nuevas reglas sancionadoras

La constitución de nuevas reglas sancionadoras como consecuencia de la introducción de nuevas reglas sustantivas es una técnica legislativa que olvidó el RD-L y que la Ley ha venido a remediar. La relevancia de esta información se ha llevado también al terreno de las infracciones y sorprende positivamente que se haya pasado de dar una escasa relevancia a los eventuales incumplimientos del deber documental que contengan información para los trabajadores –donde únicamente podrían incluirse estas conductas– que a lo sumo se califican como *infracción leve* en el art. 6.5 de la LISOS, a que la Ley califique como falta grave de los incumplimientos del deber de información a los trabajadores del art. 42.3 ET (art. 7.11 de la LISOS).

Después del análisis de los contenidos informativos propuestos en la Reforma de 2001, la impresión ya inicial, que además viene avalada por la propia dicción del apartado 4 cuando dice “Sin perjuicio de...” los contenidos del art. 64, de que vienen a completar o suplementar los derechos preexistentes se pone seriamente en entredicho puesto que ahora no se trata de información previa a la toma de decisiones. En el art. 64 la información tiene una finalidad profiláctica o de evitación de la eventual situación de fraude y abusos en la contratación evitando los mismos en el momento genético; pero, significativamente, permite asimismo un *control normalizado (desde el punto de vista jurídico e institucional) de las políticas de organización descentralizada de la actividad productiva*⁷⁷. El propio término “previsiones” hace referencia a actos de anticipación de hechos futuros. Por el contrario, en la reforma la información llega a los representantes

77 Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op. cit, pág. 39.



“cuando la empresa concierte” por lo que se trata de hacer frente a los hechos consumados de la contrata. Con todo, los representantes pueden hacer mejor una labor de seguimiento de las contratas de obras y servicios cuando conozcan como mínimo la identificación de la empresa algunos datos numéricos de la misma.

El aspecto más destacado de todo el entramado de informaciones que se establecen en la parte que se incorpora al artículo es la insuficiencia de los contenidos informativos para permitir una acción de control real y eficaz de los representantes de los trabajadores sobre las condiciones en que se ha realizado el concierto interempresarial y las condiciones de trabajo en la empresa contratista o subcontratista. Deficiencia que se detectaron y se pusieron de manifiesto en la tramitación parlamentaria pero que obviamente fueron rechazadas⁷⁸.

8. Limitaciones del alcance de la Reforma laboral de 2001

Se incorporan por tanto contenidos informativos extremadamente *incompletos* (con ello nos referimos a que no abarca a todo el desarrollo del supuesto fáctico de la actividad de subcontratación desde la gestación de la opción de descentralización hasta su finalización pasando por la puesta en práctica y el desarrollo de la ejecución. Se limita a dar información al inicio de la prestación); la información es, de otro lado, *puntual* (en el sentido de que abarca unos contenidos concretos, limitados. Obsérvese que respecto de los trabajadores y de la Tesorería se extiende sólo a “identidad de la empresa principal” y que no menciona en ningún momento las condiciones de trabajo que es por otra parte el aspecto que centra el interés de trabajadores y representantes); no tiene en cuenta a la *microempresa* cuando precisamente es frecuente que la cadena de contratas y subcontratas termine habitualmente en este tipo de empresas.; es una información *unidireccional* (en el sentido de que parte siempre el empresario sobre el que reposa la triple obligación de informar y tiene como destinatarios a los trabajadores , representantes y Tesorería); es, por último, una información *final* en el sentido de que formalmente se agota en sí misma, no tiene como vocación alcanzar otros estadios de la participación, aunque lógicamente los representantes de los trabajadores pueden ordenar mejor su intervención a partir de ella).

En las líneas gruesas de la reforma y en el pretendido intento de implantar un sistema de control colectivo para afrontar la aplicación fraudulenta de lo límites y cautelas o la dimensión “patológica” o “anormal” del en principio lícito recurso a la contrata atribuyendo derechos a los representantes pone de manifiesto las siguientes consecuencias o conclusiones que a modo de grandes ideas ideas–eje que informan y están presentes en todo el proceso:

78 Cfr. BOCG Serie A. núm. 37–6 de 27 de abril de 2001 Enmienda número 20 del Grupo Parlamentario Mixto que quiso introducir una nueva letra en el apartado 4 con el siguiente contenido “Condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa subcontratada durante la vigencia de la contrata”.



Una, que el sistema de responsabilidad impuesto entre las empresas que intervienen en la descentralización no es suficiente para superar con eficacia las situaciones de abuso y menoscabo de los derechos fundamentales de los trabajadores de la contratista con lo que se tiene la necesidad de recurrir al sistema de control colectivo que introduzca transparencia en las operaciones.

Otra, que también esta Ley mantiene y proyecta en el precepto, no tanto por lo que viene a reformar sino la consciente omisión en la reforma de las propuestas formuladas por la doctrina, la tendencia actual del Derecho del Trabajo que impulsa el repliegue del *principio de favor* del trabajador para priorizar o mantener el *principio de favor* de la empresa y la protección de sistema económico que subyace acentuada en las *Reformas* anteriores. Lo llamativo en esta materia es que el legislador puede que no tenga la necesidad como en otros casos de promocionar una reforma en este sentido puesto que la jurisprudencia está asumiendo de tal forma el cambio esencial en el Derecho del trabajo moderno que aún sin modificación legislativa está una posición en la mayoría de los elementos esenciales del precepto muy marcadamente restrictiva, ajena a los intereses de los trabajadores hasta el punto de plantear serias dudas sobre la naturaleza eminentemente proteccionista del precepto.

Tercero, la opción por una intervención minimalista de los trabajadores en las decisiones fundamentales que les afectan a través de una de las formas de participación más *débiles*, la “información” *pasiva*, con contenidos tasados y en el momento en que ya ha sido adoptada la decisión por la empresa.

El balance es, por tanto, sumamente crítico porque, además de lo dicho, el legislador no tomó en cuenta las propuestas que se realizaron durante el trámite parlamentario de la Ley que incorporaban en su conjunto las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia a lo largo de la *vida* del precepto⁷⁹. De lo que se deduce una opción de política legislativa clara y consciente de mantener la incertidumbre, la confusión, los aspectos oscuros del precepto y lo que más grave: contribuye decisivamente a mantener la dualidad de estatutos jurídicos de trabajadores de primera en la principal y trabajadores de *segunda* en la auxiliar.

9. Los nuevos mecanismos de control colectivo introducidos por la Reforma Laboral General de 2006 y la Reforma Específica Sectorial de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción

La reforma negociada y formalizada en el Acuerdo Tripartito para la Mejora del Crecimiento y del empleo, de mayo de 2006, entre el Gobierno, CCOO y UGT, CEOE y

⁷⁹ Véase, en este sentido, las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida en BOCG Serie A, Núm. 37-6 de 27 de abril de 2001.



CEPYME), pretende garantizar institucionalmente el *principio de transparencia* en los procesos de exteriorización de actividades productivas y servicios, y en particular en la subcontratación entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo⁸⁰. En esta dirección de política jurídica cabe decir que en el modelo normativo de regulación de las contrata y subcontratas se introduce una mejora significativa del sistema de garantías colectivas. Por otra parte, es especialmente importante la regulación innovadora, y socialmente necesaria, llevada a cabo por la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (BOE del 19).

9.1. Los nuevos instrumentos de garantía creados por la Reforma Laboral General de 2006

Los nuevos instrumentos de garantía creados por la Reforma Laboral de 2006 para el logro de sus fines específicos son básicamente los siguientes:

Uno. La primera garantía, concierne a la exigencia de crear un “*Libro de registro*” (por la empresa principal) de la cadena de contrata (“Cuando las empresas principal, contratista o subcontrata compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un Libro de Registro” en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores”; cfr. art.42.4 de la LET, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, convalidado y formalizado en Ley mediante la Ley 43/2006 de 29 de diciembre, con el mismo título). El Libro Registro puede ser un instrumento útil que llevar a cabo un control y una coordinación de la actividad sindical ante la creciente práctica de descentralización productiva. La elaboración del Libro de Registro corresponde a la empresa principal titular del centro trabajo o unidad organizativa en su condición de empresa que controla efectivamente el lugar de trabajo del personal. El Libro Registro deberá realizarse cuando concurren diversas empresas en régimen de subcontratación de forma continuada o habitual en un mismo lugar de trabajo, aunque la contrata o subcontrata sea de duración breve⁸¹. El Libro tiene una finalidad instrumental al servicio de la función de control, y por ello mismo deberá estar fácilmente disponible para

80 Significativamente, el cap. II de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE, núm.312, 30 diciembre 2006), lleva por título, “Modificación de la legislación laboral para mejorar (...) la *transparencia en la subcontratación* de obras o servicios y su delimitación respecto de la cesión ilegal de trabajadores”. Una exposición de conjunto sobre la reforma laboral de 2006 puede obtenerse en VALDÉS DAL-RE, F.: “Concertación social y mercado de trabajo (I y II)”, en *Relaciones Laborales*, núm.12 y 13 (2006); y MOLINA, O. y otros: “¿Nueva reforma laboral para la mejora del crecimiento económico y la calidad del empleo: ¿mucho ruido, pocas nueces?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm.280 (2006), y ampliamente en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Pamplona, Editorial Tromson-Aranzadi, 2006.

81 Véase SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Descentralización productiva: contrata y subcontratas, ETs y cesión de trabajadores”, en *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Pamplona, Editorial Tromson-Aranzadi, 2006, pág.153.



los representantes de los trabajadores. Es un derecho de acceso al Libro Registro que puede ejercitarse en todo momento por la representación de los trabajadores de todas las empresas implicadas en la operación de subcontratación. Siendo un derecho de información ese derecho le corresponderá también, en su caso, a los Delegados sindicales por aplicación del art.10.3.1º de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), conforme al cual los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán el derecho de “acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda”. Ese deber legal de sigilo es equiparable a un deber de discreción y utilización prudente y de buena fe de la información recibida u obtenida.

El art. 42.4 contiene las siguientes garantías: “Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el art.64 de esta Ley⁸², cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos: a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista. b) Objeto y duración de la contrata. c) Lugar de ejecución de la contrata. d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal. e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo...” (todo el texto del núm.4 del art.42 fue redactado por el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, y convalidado en los mismo términos por la Ley 43/2006). El incumplimiento de la obligación del “Libro de registro” y de sus contenidos preceptivos se tipifica como una específica infracción administrativa grave (art. 7.12 LISOS, RD.–Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social). Conforme a dicho precepto, se considera infracción grave el “No disponer la empresa principal del libro registro de las empresas contratistas o subcontratistas que compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo a que se refiere el art. 42.4 del ET”. Pero sólo “cuando ello comporte la ausencia de información a los representantes legales de los trabajadores”. No se olvide la función instrumental del Libro Registro respecto de la información concreta y detallada

82 El art.64.1.1º del ET incluye entre las competencias de los representantes de los trabajadores (unitarios y sindicales; cfr. art.10.3.1º de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical), “Recibir información, que le será facilitada trimestralmente, al menos, sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa, así como acerca de las previsiones del empresario sobre la celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos de contratos que será utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, de la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación” (Redacción dada por RD Ley 15/1998, de 27 de noviembre).



establecida en el art.42.4 LET⁸³. Cuestión distinta es entender que será necesario presumir (*iuris tantum* y con el peso de la carga de la prueba en el empresario principal en el sentido de que incumbe a este probar que se ha suministrado la información preceptiva por otros cauces) que la falta del Libro u omisión relevante de sus contenidos produce ese efecto. Y no será difícil demostrar que la información concreta ex art.42.4 LET se ha facilitado, por lo que, en tal caso, se entenderá que la omisión del Libro Registro no genera desinformación para los representantes (preocupación legal que es la que parece estar, ante todo, en la base subyacente del art.7.12 LISOS).

Dos. La segunda garantía, consiste en que “la empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de los trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 anterior⁸⁴ y las letras b) a e) del apartado 4” (art.42.5, en redacción de la Ley 12/2001, pero importante para comprender el engarce con la nueva reforma legislativa).

Tres. La tercera, es relativa a la representación “*mediatizada*” a través de las instancias representativas de la empresa. El nuevo apartado 6 del art. 42 de la LET dispone que “Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán *derecho a formular* a los representantes de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Lo dispuesto en este párrafo no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende” (Redactado por el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, convalidado por Ley 43/2006). Esta reforma acordada pretende favorecer que los trabajadores de la plantilla de las empresas contratistas y subcontratistas tengan una adecuada defensa colectiva, permitiendo, por otra parte, que pueda realizarse una acción colectiva más coordinada y eficiente. Es importante hacer notar que el art. 42.6 LET reconoce un *derecho individual* de petición y propuesta a los representantes de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas respecto a todas aquellas cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral (lo que de modo general delimita el alcance material del derecho de los trabajadores y la misma extensión de la esfera ex lege representativa respecto de ellos), mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación, y bajo la condición

83 En efecto, conforme al último inciso del art.42.4 LET “cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro *en el que se refleje la información anterior* respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores”.

84 Según el art.42.3 del ET, “Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen”.



legal de aplicación de que dichos trabajadores carezcan de representación legal propia y específica en sus respectivas empresas⁸⁵. La norma no ha querido yuxtaponer dos vías representativas acumulativas, sino alternativas, es decir, situándolas en relación de estricta suplencia o subsidiariedad. La solución legal es distinta, pues, a la prevista en el art.17 de la Ley 14/1994 para los trabajadores en misión en la empresa usuaria.

Cuatro. La cuarta media de garantía es de tipo colectivo, incide sobre el derecho de reunión para la coordinación de los representantes de los trabajadores. Al efecto, el nuevo apartado 7 del art. 42 de la LET (número 7 añadido por el Real Decreto Ley 6/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo) dispone que “Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando *compartan* de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el art. 81 ET. La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación”. Las diversas representaciones colectivas que comparten un mismo centro de trabajo tienen derecho a reunirse *conjuntamente* a efectos de coordinación de su actividad representativa. Por otra parte, la aplicación práctica de este derecho está vinculada a poder utilizar los locales en la empresa principal. Apunta el legislador a una capacidad de representación, ámbito de actuación específica para tales casos a determinar por la Ley y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación. Importa hacer notar la textura abierta de la norma hacia el poder de autorregulación colectiva, ya que, evidentemente dentro del respecto a la Ley, la autonomía colectiva negocial tiene la facultad o poder jurídico para concretar todo lo relativo a la materia vinculada a la capacidad de representación, ámbito de actuación de los representantes y a la cuestión relativa al crédito horario. El empresario principal tiene un deber de reconocimiento y facilitación del ejercicio del derecho de reunión *conjunta o plural*; no puede oponerse al ejercicio pacífico del derecho y para los fines previstos en la norma (es decir, tratar sobre todas aquellas cuestiones relacionadas con la “ejecución de la actividad laboral” en el marco de una unidad económico-social –o complejo empresarial heterogéneo– formado por las distintas empresas implicadas en el procesos de subcontratación de que se trate). El art.81 de la LET, en la redacción dada por la Ley 43/2006, precisa, no obstante, que “la representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales *en los términos que acuerden con la empresa*”, y las posibles discrepancias que se susciten se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la inspección de trabajo.

85 Desde esta perspectiva se puede hablar de una representación funcional subsidiaria asumida por los representantes de la empresa principal. En este sentido, expresamente, ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Subcontratación de obras y servicios”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (Dir.): *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006*, Murcia, Ed.Laborum, 2006, pág.135.



Cinco. La quinta garantía, hace referencia a los *locales para reuniones* de coordinación sindical. Se reforma en tal sentido el art. 81 de la LET para introducir esta carga de facilitación del uso de un local *adecuado*. En la nueva redacción del art.81 de la LET se dispone que “En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios”. A la garantía de estos derechos de carácter instrumental (local y tablón o tableros de anuncios) *para el desarrollo de eficiente de las funciones representativas* se añade, en virtud de la Ley 53/2006 (recogiendo lo establecido del Acuerdo político-social, *como negociación sociopolítica prelegislativa*) un nuevo párrafo a continuación, a cuyo tenor que “La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa. Este precepto contiene una *garantía legal de efectividad de la función representativa en los supuestos complejos de redes empresariales de subcontratación*⁸⁶. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo”. Es de señalar que existe en el precepto un llamamiento a un Acuerdo colectivo de empresa que determina las condiciones de utilización compartida o uso conjunto de los locales para celebrar reuniones internas entre las distintas representaciones legales de las empresas implicadas en el proceso de subcontratación. No hay inconveniente alguno en que en dicho acuerdo se prevea un régimen establece de tratamiento del derecho de reunión plural y se especifiquen algunas cuestiones atinentes al desenvolvimiento de las reuniones internas. El objetivo de la reunión *conjunta* no queda limitado legalmente al tratamiento de las materias relativas a la seguridad y salud en el trabajo (es ya significativo el que se realice una remisión expresa y sin límites al acuerdo colectivo de empresa), aunque sin duda la norma está pensando preferentemente en ellas, porque constituye una de las grandes preocupaciones de la política del Derecho reguladora de las operaciones de subcontratación y en general de exteriorización o externalización de actividades o servicios correspondientes a una empresa principal (preocupación principal que se comprueba en la conexión sistemática y funcional de este precepto respecto del más específico –y limitado a estos efectos– art.42.7 del mismo cuerpo legal). En caso de discrepancias éstas se resolverán por la autoridad laboral, pero llama la atención el que no se haya remitido expresamente a los procedimientos extrajudiciales autónomos, aunque la norma no parece impedirlo. La solución legal es de tipo “arbitral” y directa (ni siquiera con carácter supletorio respecto a la inexistencia de un procedimiento autónomo extrajudicial), y por ello encaja mal con el modelo de autocomposición colectiva que se postula en el sistema del Estatuto de los Trabajadores para supuestos de discrepancias colectivas (v.gr. art.85.1 LET) y con la *ratio iuris* que mueve al art.37.1 (derecho a la negociación colectiva) y 2 (derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo) de la propia Constitución. Efectivamente, la autoridad

86 Es una medida que se situaría en la dirección de la necesaria adaptación en cada momento de la legislación interna para imponer el deber de las empresas de proporcionar las facilidades *apropiadas* a fin de permitirles a los representantes de los trabajadores el desempeño rápido y eficaz de sus funciones representativas Cfr. art.2.1 del Convenio 135 de la OIT de 1971.



laboral asume aquí una función propia de arbitraje obligatorio, que conducirá a una decisión administrativa unilateral formalizada en un lado de obligado cumplimiento. No es esta desde luego la opción más conforme con un sistema democrático de relaciones laborales basado e más en la potenciación de los procedimientos de autónomos de composición colectiva (art.37, apartados 1 y 2 de la CE).

Seis. La reforma laboral de 2006 pretende también delimitar los supuestos de subcontratación de obras o servicios y los de cesión ilegal de trabajadores. Con ello en sí se instituye una garantía protectora encaminada a buscar la efectividad del grupo normativo regulador. Ese es el cometido, en particular, del art.43.2 LET. Continúa, por supuesto, la prohibición *general* del prestamismo laboral, esto es, contratar trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, salvo que se realice a través de la interposición lícita llevada a cabo por empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en legalmente establecidos (art.43.1 LET). El art.43.2 establece una serie de supuestos incluidos *ope legis* como de cesión ilegal con carácter abierto y no cerrado, indicando que “En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y establece, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherente a su condición de empresario”. De este modo, se incorporan explícitamente en la Ley criterios de apreciación jurisprudenciales ya consolidados sobre la delimitación entre las actividades lícitas de subcontratación y las actividades ilícitas de mera cesión o provisión de trabajadores⁸⁷. Pero esa enumeración *no agota* la fenomenología jurídico-laboral de comportamientos constitutivos de cesión ilegal de trabajadores, de manera que puede aportarse prueba de la existencia de otras circunstancias o elementos fácticos que evidencien indiciariamente que hay efectivamente una cesión ilegal. Cada una de estas circunstancias tiene la fuerza jurídico-normativa de describir un panorama de cesión ilegal fáctica o efectivamente existente. Una vez probada la existencia de tales “circunstancias” concurrentes no cabe otro pronunciamiento judicial que el de la calificación de cesión ilegal. La norma pretende garantizar (bajo la técnica de la “amenaza de sanción”) el principio de transparencia en la contratación laboral, de manera que quien sea realmente empresario en el sentido y en los propios términos del art.1 LET asuma también en el plano jurídico-formal dicha condición jurídica. En particular, por lo que aquí más interesa, el negocio jurídico de contrata de obra o servicios por empresas y entre empresas no puede ser utilizado disfuncional y fraudulentamente para encubrir una simple provisión de mano de obra.

87 Por ello se ha podido hablar al respecto de “presunción iuris et de iure” o de “asimilación conceptual”. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ETs y cesión de trabajadores”, en *La reforma laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Pamplona, Editorial Tromson-Aranzadi, 2006, pág.171. Sempere recoge la jurisprudencia delimitadora de la cesión ilegal, *Ibid.*, págs.170 y sigs.



9.2. La Reforma Específica–Sectorial de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, trata de hacer frente al gravísimo problema de la siniestralidad laboral en el sector de la construcción (en adelante, LSSC)⁸⁸. El sector se caracteriza por un proceso permanente de descentralización productiva típica que ha determinado la existencia de una multiplicidad de empresas pequeñas y trabajadores autónomos que realizan los trabajos o las tareas subcontratadas. En la subcontratación se valora la flexibilidad y ventajas de la especialización en el desarrollo de las actividades objeto de encargo. Pero la misma atomización de empresas jurídicamente autónomas plantea, sin embargo, una mayor vulnerabilidad de los trabajadores y en particular mayores dificultades (en términos de capacidad operativa gestora y de asunción de costes) de las empresas auxiliares para planificar adecuadamente las medidas de seguridad y salud en un tipo de actividad ya en sí peligrosa. Los datos de la evolución de la siniestralidad laboral así lo corroboran⁸⁹. Su finalidad, pues, es esencialmente monográfica, en el sentido de que su objetivo fundamental es mejorar preventivamente las condiciones de seguridad y salud en los supuestos de subcontratación en el sector de la construcción. En efecto, conforme al art.1 LSSC, la misma “tiene por objeto mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular”, acotando su ámbito de aplicación indicando que “será de aplicación a los contratos que se celebren en régimen de subcontratación para la ejecución de un amplio elenco de actividades (art.2)⁹⁰. Las previstas son garantías *adicionales* a las que ya están disponibles en el art.42 LET y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) y normas concordantes. No obstante, todo este conjunto de normas y de reglas están llamadas a formar parte del mismo *grupo o bloque normativo regulador, funcional y teleológicamente orientado*, de las garantías jurídicas del trabajo en la subcontratación de obras o servicios, entendiendo por subcontratación *en sentido amplio la práctica de contratación mercantil de organización productiva en virtud de la cual una empresa encarga para su gestión indirecta a otra, contratista o subcontratista, o trabajador autónomo una parte de la actividad necesaria para el funcionamiento del ciclo productivo o de la organización de los servicios, bajo condiciones contractuales prefijadas*⁹¹. Estas ordenaciones normativas no pueden analizarse de modo aislado,

88 Esta Ley, y no es baladí señalar esto ante el actual proceso constituyente autonómico, tiene *carácter básico*, esto es, se dicta al amparo de lo previsto en el art.149.1.7ª y en el art.149.1.18ª de la Constitución Española (Disp. Final 1ª LSSC).

89 Véase el cuadro de accidentes de trabajo en CES: *Observatorio de Relaciones Industriales*, Boletín elaborado por el Área de Estudios y Análisis, núm.94, Octubre 2006, pág.1. Esa preocupación se reflejó en el ANC–2005, prorrogado en el año 2006, por acuerdo entre las partes sociales de 26 de enero de 2006.

90 El art.2 enumera los siguientes trabajos o actividades: Excavación; movimiento de tierras, construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento.

91 La definición proporcionada por el art.3.h) de la Ley 32/2006 es *más restringida*, por tratarse de una definición estipulativa o funcional operante en las figuras típicas de subcontratación en el sector de la construcción.



porque aunque elaboradas por procedimientos formalmente independientes, luego vuelve a unirse para su aplicación e interpretación, formando un grupo normativo (conjunto normativo específico articulado que contempla explícita o implícitamente un mismo supuesto de hecho, homogéneo o heterogéneo, bajo una misma "ratio" reguladora tipificadora; es la finalidad normativa del grupo su principio regulativo, actuante, ésta, tanto en el momento de la elaboración como en el de su aplicación)⁹². La complejidad interna de este grupo normativo se verifica con la presencia de *microsistemas normativos para hacer frente a los problemas específicos (complejidad de lo real) planteados por la diversidad del fenómeno, y prácticas operativas, de la subcontratación*. Es ya un hecho bien significativo que se haya promulgado una *típica norma no general, sino "particular de sector" que evidencia las dificultades de resolver los problemas de la subcontratación –y muy singularmente el suscitado por la seguridad y salud laboral– a través de simples reglas o órdenes normativos de carácter general. Se trata de una ordenación jurídica del mercado de la subcontratación atendiendo a la especificidad de los problemas a resolver, creando al efecto, "micro-sistemas" de regulación jurídica e institucional. De manera que esa ordenación normativa del mercado de la subcontratación más que ser un estatuto unitario u homogéneo de normas aparece propiamente como una pluralidad de estatutos normativos adaptados (preordenados) funcionalmente a la solución de ciertos problemas suscitado en un determinado orden concreto*. La propia Ley 32/2006 se nos ofrece no como simplemente general y abstracta, pues no se limita a establecer reglas de juego, sino que refleja también una regulación detallada (reglas específicas para determinadas actividades) y una voluntad de dirección y de tutela de derechos e intereses específicos relevantes para el interés general. En este sentido la ley se inserta en el garantismo jurídico que determina una juridificación de las elecciones y de las facetas del fenómeno social, a través de la formación de los "micro-sistemas" de normas, esto es, conjunto de normas especiales o mejor específicas que se promulgan para ámbitos concretos, pero que enlazan con las reglas y principios comunes de regulación jurídica del fenómeno de la subcontratación. Ello supone la emergencia de una *lógica de sector* –que se sitúa en el centro de la experiencia jurídica contemporánea–, con la adopción de criterios y formas de regulación congruentes con la materia objeto de regulación; y con ello el carácter "poli-sistémico" y no "mono-sistémico" del modelo de regulación laboral de la subcontratación. En esta Ley 32/2006 –que exigirá, dato significativo para lo anterior, un importante desarrollo y concreción reglamentaria⁹³– parece que el Ordenamiento estatal pretende recuperar la iniciativa, aunque desde posiciones predominantemente defensivas, para domesticar el mundo de la subcontratación, controlándolo y ordenándolo, evitando que la racionalidad jurídica se sencillamente absorbida –colonizada– por la lógica interna del sistema productivo, fundado en el principio de eficiencia y en la alianza entre empresa y sistema tecno-científico.

92 Sobre la noción instrumental de grupo normativo, véase VILLAR PALASI, J.L.: *Curso de Derecho Administrativo* t. I, Madrid, Servicio de Publicaciones Universidad de Madrid, 1972, espec., págs.171 y sigs.; ID.: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, págs.56 y sigs.

93 La disposición final 2ª de la Ley 32/2006, contiene una habilitación reglamentaria, autorizando al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de esta Ley.



Esta Ley 32/2006, es nuevamente una *ley negociada* entre el Gobierno y las organizaciones profesionales más representativas, que quedó fuera –al menos formalmente– de la reforma laboral general también negociada (Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, suscrito el 9 de mayo de 2006 por el Gobierno, UGT, CCOO, CEOE y CEPYME), que se formalizó finalmente en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. El punto de partida de esta nueva regulación legal sectorial es el respeto al principio de libertad empresa en su expresión como libertad de organización del sistema productivo (art.38 CE), pero también su corrección, e incluso limitación, para evitar que la decisión legítima de subcontratación entrañe perjuicios excesivos y desproporcionados para los trabajadores afectados por el encadenamiento sucesivo de subcontrataciones, a menudo injustificadas en sí desde la misma racionalidad técnico-organizativa del proceso productivo. Su eje es la mayor transparencia en el mercado de la subcontratación del sector de la construcción y reforzar el principio preventivo, es decir, de garantía reforzada de los mecanismos de seguridad y salud laboral. Tiene, así, una finalidad principalmente preventiva, estableciéndose al efecto un sistema de limitaciones y controles a la subcontratación en el sector de la construcción⁹⁴. Comenzando ya con una novedosa definición legal de la *forma más tradicional* de subcontratación en nuestro ordenamiento jurídico, a saber: “la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado” (art.3.h) LSSC)⁹⁵. Lo que se produce en la subcontratación es una conexión negocial o coligación de negocios jurídicos contractuales funcional y finalísticamente anudados en el marco de una misma operación jurídico-negocial. Técnicamente estaríamos ante los llamados “contratos coligados”: existe una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando atienda a la realización de una operación económico-jurídica unitaria y compleja. De manera que la conexión contractual supone que los diversos contratos coligados conservan su individualidad y fisonomía jurídica propia, pero las vicisitudes que afectan a uno de ellos puede repercutir efectivamente sobre el otro o sobre los otros⁹⁶. Es constatable en el sistema jurídico que en la subcontratación *como técnica jurídico-económica de articulación de descentralización productiva o funcional existe, pues, una interdependencia funcional recíproca y dinámica entre los contratos formalizados que instrumentan la gestión indirecta y que ligan y comprometen jurídicamente a los distintos sujetos o entidades vinculados en el proceso de subcontratación.*

94 Véase MERINO SEGOVIA, A.: “Comentarios a la Ley Reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción”, en CCOO-FECOMA.: *Comentarios la a Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Madrid, Edita Federación Estatal de Construcción, Madera y Afines de CCOO, 2006, pág.69.

95 Esta definición está muy apegada a la figura encadenada del arrendamiento de obras o servicios muy extendida en el sector de la construcción y que, en este contexto, implica un nexo contractual encadenado entre empresas y eventualmente trabajadores autónomos. Según el art.1544 Cc., “En el arrendamiento de obras y servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

96 Véase GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, trad. F.de P. Blasco y L.Prats, Valencia, Tirant lo blanch, 1992, págs.114 y sigs.

Se establecen una serie de garantías jurídicas encaminadas a evitar que la falta de control en la subcontratación como forma lícita de organización descentralizada de la producción ocasionen situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. En primer lugar se establecen los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas en el sector de la construcción, recogiendo los criterios jurisprudenciales ya acreditados. Estos requisitos actúan en un doble sentido: 1) Requisitos para que una empresa pueda intervenir en un proceso de subcontratación (poseer una organización propia dotada de los medios necesarios; con garantías de para asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial; autonomía organizativa y directiva del trabajo). Interesa destacar aquí que se exige ciertos porcentajes de contratación laboral *indefinida* a la empresa contratista o subcontratista: “Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas *habitualmente* para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados con carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive” (art.4.4 LSSC). El supuesto de hecho de este último precepto viene acotado con la exigencia del carácter *habitual* de la práctica de la subcontratación por dichas empresas auxiliares, aunque la Ley no proporciona criterios de especificación de este concepto jurídico indeterminado, es de esperar que el Reglamento de desarrollo los establezca al menos con carácter indicativo en aras de una mayor seguridad jurídica y de economía preventiva de conflictos jurídicos que ello puede plantear. En todo caso, es una medida importante porque tiende a garantizar la contratación laboral indefinida al menos respecto de las contrataciones y subcontratas “habituales”, es decir, dotadas de una cierta continuidad o estabilidad, porque se realizan de manera constante o frecuente. La expresión legal parece oponerse a contrataciones interempresariales (o con trabajadores autónomos contratistas) actuales, episódicas y puntuales, realizadas tan sólo en un momento concreto o determinado. 2) Requisitos vinculados con las garantías de prevención de riesgos laborales (disponibilidad de recursos humanos y organizativos adecuados a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales). Por otra parte, se introducen ciertas *limitaciones legales (haciendo compatible la libertad de empresa con la protección de los trabajadores más débiles*⁹⁷) a las prácticas contractuales de subcontratación, como forma de organización productiva. Dichas cautelas se dirigen en una cuádruple dirección finalista de política del Derecho:

97 El Derecho Social como protección garantista del “más débil”, que incorpora a la racionalidad formal una racionalidad sustancial inherente a las garantías jurídico-sociales, las cuales imponen vínculos por parte de los poderes públicos. Véase, en general, FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid, Trotta, 1999, y también, y con particular referencia a los derechos sociales, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.



En primer lugar, exigiendo el cumplimiento de determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación⁹⁸ respondan a *causas objetivas vinculadas en sí mismas con la "racionalidad" del sistema productivo*, con el fin de prevenir prácticas que pudieran derivar en riesgos para la seguridad y salud en el trabajo. En segundo lugar, imponiendo una serie de requisitos de *calidad o solvencia* a las empresas que vayan a actuar en este sector, y reforzando estas garantías en relación con la acreditación de la formación en *prevención* de riesgos laborales de sus recursos humanos⁹⁹, con la acreditación de la organización preventiva de la propia empresa y con la *calidad del empleo precisando unas mínimas condiciones de estabilidad* en el conjunto de la empresa (arts.4 y 5 LSSC). En tercer lugar, introduciendo los adecuados mecanismos de *transparencia* en las obras de construcción, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra (básicamente, arts.6, 7 y 8 LSSC). Por último, y en relación con todo lo anterior, estableciendo un sistema de control y un régimen de responsabilidades específicas para

98 Se entiende por nivel de subcontratación "cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista promotor" [art.3.i)].

99 En este sentido se debe acreditar la formación preventiva de los trabajadores. Al efecto, el art. 10 LSSC establece que tres previsiones que en vía de Derecho *refuerzan acumulativamente las obligaciones preventivas generales establecidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales)*: En primer lugar, que las empresas deberán de velar por que todos los trabajadores que presten servicios en las obras tengan la formación necesaria y adecuada a su puesto de trabajo o función en materia de prevención de riesgos laborales, de forma que conozcan los riesgos y las medidas para prevenirlos. En segundo lugar, se habilita a la negociación colectiva para establecer "programas formativos" y contenido específicos de carácter sectorial y para los trabajos de cada especialidad. Por último, se prevé la regulación de "sistemas de acreditación de la formación" preventiva recibida por el trabajador. La forma de la acreditación se regulará por dos posibles vías (que pueden ser alternativas): reglamentariamente o a través de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal (es de realzar nuevamente la apuesta legislativa por este nivel superior de negociación). En todo caso, ese sistema de acreditación (regulado reglamentaria o colectivamente), que podrá consistir en la expedición de una cartilla o carné profesional para cada trabajador, será único y tendrá validez en el conjunto del sector, pudiendo atribuirse su diseño, ejecución y expedición a organismos paritarios creados en el ámbito de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, en coordinación con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Interesa recordar los establecido en el art.19 de la LPRL, relativo a la formación de los trabajadores. En el se establece, por un lado, que "en cumplimiento del deber de protección (y formando precisamente parte de este), el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. La formación ha de ser *funcionizada individualmente y adecuada*, toda vez que debe estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario. Por otra parte, dicha información se ha de impartir, siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo o, en su defecto, en otras horas pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en la misma. Podrá se impartida por la empresa a través de medios propios o concertándola con servicios ajenos, y su coste no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores. Un excelente comentario a este art.19, en RIVERO LAMAS,J.y DE VAL TENA,A.L.: "Comentario al art.19. Formación de los trabajadores", en VV.AA.: *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Monereo Pérez,J.L.,Molina Navarrete,C. y Moreno Vida, M^a.N.(Dirs.), Granada, Ed.Comares, 2004, págs.174 y sigs.



reforzar el cumplimiento efectivo de las obligaciones empresariales introducidas por la Ley 32/2006 (arts. 5, 6, 9, 11, Disp. Adicional 1ª y normas concordantes).

Interesa realzar especialmente que se prohíbe al tercer subcontratista subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo; se prohíbe, en términos absolutos y con independencia del nivel de subcontratación en la cadena de subcontratación, que el trabajador autónomo pueda subcontratar los trabajos a él encomendados ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos; y, por último, que prohibiendo subcontratar a los subcontratistas, cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra. No obstante con carácter excepcional y justificado se prevé la posibilidad de acordar un nivel adicional en la cadena de subcontratación (art.5, números 2 y 3 LSSC).

Se establecen, por otra parte, distintas medidas de *transparencia, control público y colectivo y de responsabilidad empresarial específica* de la práctica de subcontratación. Son básicamente las siguientes:

– En primer lugar, se ha de reparar en el dato normativo de que la transparencia y seguridad jurídica que proporciona la Ley 32/2006 se obtiene ya en un primer momento a través de las pertinentes definiciones legales de *carácter estipulativo y funcional* (“A efectos de esta Ley...”, dice el art.3 LSSC). Se definen la obra de construcción (“cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil”), las figuras del promotor (“cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”), la dirección facultativa (“el técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la dirección y del control de la ejecución de la obra”), coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la contrata (“el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas establecidas para este coordinador en la reglamentación de seguridad y salud en las obras de construcción”), y, sobre todo por su relevancia a tales efectos, se definen las figuras del contratista o empresario principal (“la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato. Cuando el promotor realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de esta Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute”), del subcontratista (“la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto



por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer contratista –subcontratista cuyo comitente es el contratista–, segundo subcontratista –subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista–, y así sucesivamente”), trabajador autónomo (“la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”) y el mismo fenómeno jurídico-económico de la subcontratación en el sector de la construcción (“la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado”) y sus niveles específicos en dicho sector de actividad económica (“cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor”). La extraordinaria complejidad de la subcontratación en el sector de la construcción, la confluencia de diversos empresarios, personal responsable y distintos niveles de subcontratación hacen particularmente necesaria esa cuidada definición legal de carácter instrumental.

– Creación de un “Registro de Empresas Acreditadas”, donde se hará figurar las diferentes empresas implicadas en el proceso de subcontratación. Este registro dependerá de la autoridad laboral competente, entendiéndose por tal la correspondiente al territorio de la Comunidad Autónoma donde radique el domicilio social de la empresa contratista o subcontratista. El Registro es *público*, siendo sus datos de acceso público con la salvedad de los relativos a la intimidad de las personas (arts.5 y 6 LSSC).

– Establecimiento obligatorio de un *Libro de Subcontratación* (adicional en el ámbito del sector de la construcción al Libro Registro previsto con carácter general para la “subcontratación de obras o servicios” en sentido amplio en el art.42.4 LET), donde se incluirá los datos *específicos* de la subcontratación¹⁰⁰, reflejando todas las subcontrataciones efectuadas. Dicho Libro deberá disponerse por cada contratista en toda obra de construcción, incluida en el ámbito de aplicación de esta Ley, y deberá permanecer en todo momento en la obra, para su utilización dinámica y su consulta. En cuanto al *contenido* del mismo: deberá reflejar, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, su nivel de subcontratación y empresa comitente o principal, el objeto de su contrato mercantil, la identificación de la persona que ejerce efectivamente las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y, en su caso, de los representantes de los trabajadores

100 En él no se incluyen, evidentemente, los documentos independientes (del Libro de Subcontratación) relativos a la empresa ni la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que se utiliza, y, en general, toda la documentación que sea exigible por las disposiciones legales vigentes.

de la misma, y las respectivas fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresas subcontratista y trabajador autónomo, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud para marcar la dinámica y desarrollo del procedimiento de coordinación establecido, y las anotaciones efectuadas por la dirección facultativa sobre la aprobación de cada subcontratación excepcional de las previstas en el art.5.3¹⁰¹. El acceso al Libro se limita a los sujetos directamente interesados en su contenido (la publicidad es, pues, restringida subjetivamente): el promotor, la dirección facultativa, el coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución de la obra, las empresas y trabajadores autónomos intervinientes en la obra, los técnicos de prevención, la autoridad laboral y los representantes de los trabajadores *de las diferentes empresas* que intervengan en la ejecución de la obra.

– *Atribución de derechos a los representantes de los trabajadores.* En el sistema legal se instituye un conjunto de *garantías específicas de información y, en general, de participación de la representación de los trabajadores unitaria o sindical*. Por un lado, se establece que los representantes de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la ejecución de la contrata *deberán ser informados* de las contrataciones y subcontrataciones que se hagan en la misma. La información a facilitar a cada una de la distintas representaciones de los trabajadores (todas las representaciones de las empresas contratistas o subcontratistas) es la concerniente a *toda la cadena o niveles de subcontratación* (conforme al art.3.i) de la LSSC, se entiende por nivel de subcontratación cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor). Este es el único modo de *recomponer la visibilidad* de la esencial unidad económico-social de la organización del proceso productivo en régimen descentralizado, la identidad colectiva del personal en su conjunto; y sobre todo, y en relación a ello, es la única forma de *dotar de efectividad al derecho de información de los representantes de los trabajadores*. Hay que tener también en cuenta la *coexistencia y confluencia* de las reglas de *general aplicación* (y, por tanto, también en la subcontratación en la construcción) del art.42, números 3, 4 y 5 de la LET¹⁰². No

101 Dice el art.5.3 LSSC: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, *excepcionalmente* se podrá extender la subcontratación establecida en el apartado anterior en un *nivel adicional*, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y la causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el art.7 de la esta Ley. No se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista en el párrafo anterior en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del apartado anterior, salvo que la circunstancia motivadora sea la de fuerza mayor”.

102 Conforme al art.42.2 “Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal par ala cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitar antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresas principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen”.



obstante, la norma ex art.9.1 LSSC, adicional pero no sustitutiva de la regulación general estatutaria, puede plantear algún problema interpretativa ya que hace referencia a que “deberán ser informados de las contrataciones y subcontrataciones que se hagan en la misma” *obra*. Más concretamente, el contratista deberá poner en conocimiento de los representantes de los trabajadores (también del coordinador de seguridad y salud) de las diferentes empresas incluidas en el ámbito de ejecución de su contrato que figuren relacionados en el Libro de Subcontratación la subcontratación excepcional en un nivel adicional por *causas objetivas justificadas* previsto en el art.5.3 (cfr. arts.5, números 3 y 4 y 9). Por otra parte, se habilita al convenio colectivo sectorial de ámbito estatal (con exclusión de esta competencia regulativa para los convenios de ámbito inferior al estatal del sector) para establecer *cauces de participación más reforzados*, pudiendo alcanzar a la implantación de sistemas de tipo “cogestional” o de codecisión; a saber: por convenio colectivo sectorial de ámbito estatal podrán establecerse sistemas o procedimientos de representación de los trabajadores a través de representantes *sindicales o de carácter bipartito entre organizaciones empresariales y sindicales*, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción del correspondiente territorio.

Se atribuye también a la autonomía colectiva la búsqueda de iniciativas para garantizar la estabilidad en el empleo. Así, “con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de *ámbito estatal del sector de la construcción* (nótese la preferencia legislativas por este nivel de negociación colectiva, quizás por su eficacia potencialmente racionalizadora y homogeneizadora en todo el sector) podrá adaptar la modalidad contractual del contrato para obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación (Disp. Adicional 3ª). Parece que esta Disposición Adicional 3ª desea fomentar la extensión de la figura del “trabajador fijo de obra” en el sector de la construcción, pero puede ir más lejos en su capacidad de innovación creadora. No obstante, sin perjuicio de la utilidad innegable de una regulación colectiva a ese

Por su parte, en el art.42.4 LET se establece que “Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el art.64 de esta Ley, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos: a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista. b) Objeto y duración de la contrata. c) Lugar de ejecución de la contrata. d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal. e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prestación de riesgos laborales. Cuando la empresa principal, contratista o subcontratista *comparta* de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores”. Por último, en el art.42.5 se dispone que “La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 anterior y las letras b) a e) del apartado 4”.

y otros efectos, el legislador debería ya haber introducido ciertos límites respecto a la utilización de esa modalidad contractual en los procesos de subcontratación (y no sólo en el sector de la construcción, que aquí centra nuestra atención), precisamente para evitar su utilización abusiva y disfuncional más allá del poder de negociación y de las posibilidades de un consenso bilateral entre los actores sociales, no siempre fácil de conseguir. Existen responsabilidades legislativas que no deberían ser diferidas sin más a la negociación colectiva.

– Se establece un deber de vigilancia empresarial. En cuanto a la imposición legal del deber en sí, se indica que las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en las obras de construcción deberán vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley por las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos con que contraten; en particular, en lo que se refiere a las obligaciones de acreditación y registro reguladas en el art.4.2 y al régimen de la subcontratación que se regula en el art.5. A tales efectos, las empresas subcontratistas deberán comunicar o trasladar al contratista, a través de sus respectivas empresas comitentes en caso de ser distintas de aquél, toda información o documentación que afecte a las obligaciones legales (art.7 LSSC).

– Se establece un régimen específico de responsabilidades compartidas derivadas de su incumplimiento de las obligaciones empresariales de naturaleza laboral y de Seguridad Social. Es un ámbito de responsabilidad compatible y *adicional* respecto al régimen ya establecido en la legislación social de carácter general¹⁰³. En tal sentido, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el art.4.2, o del régimen de subcontratación establecido en el art.5, determinará la responsabilidad *solidaria* del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas. Estamos ante un supuesto típico de *solidaridad legal pura* y se *prescinde formalmente de toda mención al requisito de “propia actividad”* (a diferencia, en esto último, de la delimitación del supuesto de hecho del art.42.1 LET) y no se hace referencia expresa a ningún supuesto de exoneración de responsabilidades una vez que se actualiza el presupuesto de aplicación de la norma (el incumplimiento por la empresa subcontratista). Pero no se olvide que por razones lógico-jurídicas inherente al diseño del propio sistema normativo se han excluido del ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 aquellos supuestos de subcontratación que no se acomoden a la definición funcional estipulativa del art.3.h) LSSC, y sin perjuicio de la posible aplicación de otros órdenes normativos sociolaborales o externos a ellos.

Por otra parte, el modelo legal se cierra con un régimen específico de Derecho administrativo sancionador, para reforzar el cumplimiento de las obligaciones legales.

¹⁰³ Señaladamente, la prevista en los artículos 42 y 43 y normas concordantes. Lo recuerda, oportunamente, el art.7, números 2 y 3 de la Ley 32/2006.



Según el art.11 (“Infracciones y sanciones”), las infracciones a lo establecido en la Ley serán sancionadas con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Texto Refundido aprobado por RD.-Leg. 5/2000, de 4 de agosto, el cual se ve acompañado de la introducción importantes modificaciones en dicha Ley sancionadora realizadas a este fin por la propia Ley 32/2006 (Disposición Adicional 1ª. “Modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por RD.-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”).

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ



PRECARIEDAD Y SEGURIDAD SOCIAL. EL TRABAJO ATÍPICO Y SUS RELACIONES CON LA PROTECCIÓN SOCIAL

Sobre La Situación Laboral en España y Andalucía.

Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.

Juan López Gandía

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Politécnica de Valencia

I. EL MODELO DE SEGURIDAD SOCIAL BASADO EN EL TRABAJO TÍPICO, CONTINUADO Y ESTABLE

La Seguridad Social se ha construido históricamente sobre la base de los conceptos de trabajo y actividad, de acuerdo con los valores imperantes de la llamada sociedad del trabajo, que no vendría a alterar sino a reproducir. Se ha construido sobre las formas de trabajo, su evolución y diversidad, adaptándose con mayor o menor fortuna a los diversos tipos de trabajos o actividades (trabajo por cuenta ajena o asimilado, por cuenta propia, trabajos atípicos¹, a tiempo parcial, realización de varios trabajos o actividades simultáneamente, etc.) y en un modelo de tipo contributivo, en el que adquiere gran importancia la situación laboral o profesional del trabajador, y las vicisitudes de su empleo y/o actividad (situaciones suspensivas y extintivas, periodos de no trabajo o actividad, realización sucesiva a lo largo de su carrera de seguro de diversas actividades, etc.).

Así pues la protección social parte y exige un trabajador con cierta continuidad y que trabaje habitualmente a lo largo de su vida, lo que dificulta el acceso a las prestaciones cuando a lo largo de su carrera laboral hay numerosos periodos de vacío de cotización. De ahí que haya que distinguir dentro en esta vinculación al modelo profesional entre precariedad inicial y precariedad sobrevenida (tras trabajo a tiempo completo, trabajos a tiempo parcial, comunes o en el programa de jubilación parcial, situaciones de paro parcial o reducción de jornada por causas económicas, etc, reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares, tras modificación de contrato, la reducción de jornada permanente, etc.). Y también entre totalidad y parcialidad que a veces pueden coincidir con la temporalidad con lo que se produce un doble concepto de precariedad laboral que

1 Véase AAVV, "La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas" Madrid, 2003, ed. MTAS.



influye en la protección social: uno ligado a la temporalidad y a la discontinuidad y otro a la parcialidad vertical u horizontal.

Los modelos contributivos ligados a periodos de trabajo o de seguro, sin embargo, han tenido que evolucionar hacia un cierto alejamiento o distanciamiento del concepto de actividad tal como se ha entendido tradicionalmente incluso dentro del modelo contributivo hasta su alejamiento total en el no contributivo donde se prescinde prácticamente de la idea de profesionalidad y de carrera asegurativa para atender a la situación de necesidad sin más. Y así han debido abordar las situaciones de inactividad o actividad parcial o discontinua mediante diversas fórmulas que afectan de manera transversal a las diversas instituciones del sistema (alta y situaciones asimiladas, cotización, y cálculo de las prestaciones).

II. TRABAJO ATÍPICO Y PRECARIO Y ÁMBITO SUBJETIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. INCLUSIÓN COMPLETA O INCOMPLETA

La Seguridad Social desde siempre y ahora en los arts. 7, 9, 10 y 11 de la LGSS al delimitar el campo de aplicación de los sujetos incluidos dentro del sistema contempló al trabajador por cuenta ajena fuera cual fuera el tipo de contrato. Y así en cuanto al campo de aplicación el art. 7 incluye dentro del mismo a todos los españoles cualesquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, que residan y ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos dentro de los apartados siguientes: trabajadores por cuenta ajena en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun discontinuos, trabajadores a domicilio y con independencia de la categoría profesional del trabajador y de la forma y cuantía de la remuneración, y de la naturaleza común o especial de su relación laboral. Pero en este encuadramiento no se contempló si, una vez producida la inclusión la acción protectora, podían permitirse diferencias de tratamiento, entre otras cosas porque se elaboró en los años sesenta y setenta. Sin embargo, una vez aprobada la Constitución cabía someter al juicio de igualdad derivado del art. 14 de la Constitución las diferencias de tratamiento, entre otros aspectos, en función del tipo de contrato y de los regímenes en que estuviera incluido el trabajador.

Tampoco se trazaba la frontera entre precariedad y marginalidad en orden a merecer o no la propia inclusión del colectivo en la acción protectora de la Seguridad Social teniendo en cuenta que el propio marco constitucional, el art.41 de la Constitución no hace diferencias y parece extender la protección a cualquier actividad, si bien hay que tener en cuenta la necesidad de traducción legislativa del propio marco de la protección social . Téngase en cuenta que en el periodo preconstitucional el modelo contributivo de Seguridad Social español, si bien era de corte profesional, no tomaba nota de la precariedad ni de la retribución efectiva al configurar la cotización durante los años sesenta y setenta sobre bases mínimas, tarifadas no sobre salarios reales, independientemente de la jornada.



Incluso en algunos sectores laborales mediante cuotas fijas que no tenían en cuenta el nivel salarial (trabajadores agrarios por cuenta ajena), ni el tiempo de trabajo (cuota fija para periodos no trabajados), aunque sí exigían un número mínimo de horas al mes (empleados de hogar).

La propia concepción, anclada en los años sesenta del trabajo marginal como una excepción, en la LGSS que todavía se observa en la actual redacción del art. 7.6 de la LGSS, cuando se refiere a aquellas personas cuyo trabajo en atención a su jornada y retribución se considere marginal y no constituya medio fundamental de vida, probablemente dados los cambios del modelo de trabajo estándar hacia los trabajos atípicos habría quedado ya desfasada. Y prolongaba sus efectos más allá del encuadramiento pues en algunas prestaciones cabía la posibilidad de compatibilizarlas con el desempeño de tales actividades marginales no constitutivas de medio fundamental de vida. Así en incapacidad permanente absoluta o en jubilación, en especial en algunos regímenes especiales (como el REASS que concreta en un trimestre al año o no más de seis días de trabajo continuados). Probablemente ya no se justifique en la actualidad tal exclusión una vez se cuenta con una regulación del trabajo a tiempo parcial, incluso en ocasiones bajo la forma marginal, o con figuras nuevas como la jubilación parcial y flexible. Y, especialmente, una vez ha quedado atrás la situación de infraprotección de los contratos a tiempo parcial reducidos (que no alcanzaran las 12 horas a la semana o las 48 al mes), aunque no el lastre de la infraprotección de los periodos en que estuvo vigente tal normativa.

Más compleja resulta la cuestión en caso de trabajadores por cuenta propia o autónomos en razón del concepto de habitualidad y medio fundamental de vida y que se ha trasladado a algunos trabajadores por cuenta ajena, como los empleados de hogar, como se verá más abajo. Aunque no es posible detenernos en este punto de la manera que requeriría la importancia de la cuestión, sí cabe recordar que la normativa reguladora no consciente o ignorante de las nuevas formas de trabajo precario ni siquiera procedía a definir tales conceptos. La jurisprudencia interpreta que, no como regla general sino en algunos colectivos concretos, cuando no existan otros datos un indicio puede ser alcanzar unos rendimientos mínimos de al menos el SMI² como frontera entre precariedad y marginalidad.

También hay que destacar la incidencia de la precariedad y del trabajo atípico en el régimen jurídico de la protección. Son observables en este punto dos tendencias: la

2 STS-4ª- de 29 de octubre de 1997 y 16 de mayo de 2001, 29 y 30 de abril, 3,8 y 14 de mayo, 10,12,24 y 25 de junio de 2002 y 8 y 24 de octubre de 2003, que recogen criterios del TS de los años ochenta (STS 21 de diciembre de 1987, 2 de diciembre de 1988) en subagente de seguros. El criterio del nivel de ingresos se ha extendido, no obstante, a otras actividades por cuenta propia (STSJ Extremadura de 5 de noviembre de 1998, Andalucía 17 de abril de 2001, Ar.2630, Cataluña de 26 de septiembre de 2000, Ar.4592, aunque no lo hacen en cambio STSJ Castilla-León/Valladolid de 27 de marzo de 2000, y Cataluña de 26 de febrero de 2002) pero no a los agentes de seguros pues la propia ley 9/1992 define al agente como quien desarrolla una actividad de forma continuada o estable (STS de 14 de mayo, 12 de junio, 28 de junio, 4 de julio de 2001, 14 de febrero y 10 de julio de 2002).



tendencia a la igualdad de tratamiento y la tendencia hacia la diferencia en relación con el trabajo típico en los aspectos claves de la regulación: cotizaciones, cálculo de los periodos cotizados y determinación de la base reguladora de las prestaciones y de su duración, especialmente cuando se trata de subsidios (IT, desempleo), aunque también en pensiones.

Incluso en ciertos contratos atípicos, por su propia naturaleza ya se producen o contemplan ciertas especialidades, como en los formativos, como si prevaleciera una visión o consideración "preprofesional. Así, en cuanto al alcance de la acción protectora cabe destacar el personal investigador, en el que hay que distinguir los en formación mediante becas de investigación, de los investigadores ya formados, en cuya fase se lleva a cabo un contrato laboral. Por esta configuración los contratos para la formación presentan especialidades, no sólo desde el punto de vista de la cotización, sino también del hecho que según los arts. 11 y 12 del ET y la LGSS (dispos. ad. 6ª y 7ª) no gozan del mismo alcance protector que los demás contratos laborales. Así, el contrato de formación es un contrato infraprotegido si bien de manera atenuada tras la reforma laboral de 1997, pues no incluye la prestación de desempleo³. Incluso prevalece esta visión cuando se trata no ya de contratos formativos, sino de actividades laborales, no ya formativas, sino comunes, llevadas a cabo por estudiantes extranjeros con autorización laboral, pues no se les reconoce la protección por desempleo. Al prevalecer la condición de estudiantes sobre la propiamente laboral se acaba generando una situación de desigualdad difícilmente admisible, ya que además se ha contemplado no por la ley sino por Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería⁴, cuando la ley no preveía tal desigualdad de tratamiento. Tal exclusión acarrea también efectos indirectos sobre la propia prolongación de la autorización que se generaría de percibir prestaciones de desempleo (art.38 de la LOE).

El contrato de formación presenta, además, algunas peculiaridades en algunas prestaciones de dudosa legalidad, como en Incapacidad temporal una vez extinguido el contrato de trabajo, periodo durante el cual seguirá percibiendo la prestación y será objeto de exámenes médicos. También y sin mucho fundamento legal, aunque admitido por la doctrina judicial, la base reguladora de las prestaciones, no sólo de la IT, es inferior a la normal⁵.

Los trabajadores eventuales del régimen especial agrario, gozaban de una protección inferior a efectos de desempleo, pues a igualdad de requisitos de carencia su duración es inferior a la de los demás trabajadores y no incluye los subsidios asistenciales, tras la reforma de la prestación por la Ley 45/2002, que preveía su extensión a todos los

3 RD Ley 8/1997 de 16 de mayo dispos. trans. 4ª y ley 63/1997 de 26 de diciembre). La protección social se regula por el RD 488/1998 de 27 de marzo (arts. 13-16).

4 Disposición adicional 3ª del RD 2393/2004 de 30 de diciembre. Vide LOPEZ GANDIA, J., "El acceso al empleo de los extranjeros" en AAVV, SERRANO GARCIA, J, y MENDOZA NAVAS, N (coord.), "Estudios sobre extranjería", Albacete, 2005, ed. Bomarzo, p.121-122

5 Un 75% según el art. 16 del RD 488/1998 de 17 de marzo.



eventuales agrarios, cuya situación se caracteriza precisamente por el trabajo estacional y por amplios periodos de inactividad.

La reforma de la protección por desempleo de 2002 creó por primera vez el derecho a una prestación básica de desempleo para los eventuales agrarios de todas las Comunidades Autónomas mediante. La prestación parece configurarse al servicio de la movilidad geográfica e intersectorial de los trabajadores eventuales agrícolas.

El derecho se regula por los arts. 3 y 4 de la Ley 45/2002 y en todos los aspectos contemplados en el apartado 1 del art. 4 (especialidades) por las reglas comunes establecidas en el Título III de la LGSS y con las importantes modificaciones introducidas por el RD 864/2006, de 14 de julio.

Para hacer frente a esta nueva prestación se establece una nueva cotización por desempleo para las jornadas agrarias reales, por tanto inferiores a los salarios reales, que será de aplicación gradual (art. 4 de la Ley 45/2002). Los tipos serán los propios de los trabajadores con contratos de duración determinada a tiempo completo, salvo cuando corresponda otro tipo de cotización específico.

Este nuevo derecho se caracterizaba en el momento de su creación por ser una prestación puramente contributiva a diferencia de la protección de eventuales de Andalucía y Extremadura. Pero sobre todo por ser una regulación diferenciada con los trabajadores eventuales de otras actividades, poco realista, además de probablemente discriminatoria, no sólo en cuanto a los requisitos de acceso, sino también en la propia acción protectora al establecer una duración diferente a la de los demás trabajadores, esto es la escala que figura en el primer párrafo del apartado 1.2.b) del artículo cuarto de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

En efecto, caso de eventuales agrarios se exigía la misma cotización que en el régimen general, salvo que el trabajador de forma inmediatamente anterior hubiese figurado en alta en la Seguridad Social como trabajador autónomo o por cuenta propia, pues en ese caso el periodo mínimo de cotización será de 720 días. Sin embargo, la duración de la prestación era sensiblemente inferior, de un tercio aproximadamente, correspondiendo a 360 días cotizados 90 días de prestación y así sucesivamente. La duración de la prestación queda por otra parte en relación con este colectivo totalmente "gubernamentalizada" pues el RDL 5/2002 y luego la Ley 45/2002 facultaba al Gobierno para modificar la escala que fija la duración de la prestación contributiva. En todo caso hay que tener en cuenta que opera el cómputo recíproco de periodos de ocupación cotizada con otros regímenes que tengan previsto cotizar por desempleo para la obtención de la prestación. El régimen en que se tengan más cuotas determinará el régimen jurídico de la prestación (Título III de la LGSS) y por tanto, no sólo respecto de la prestación, sino también de los subsidios. Las reformas de la prestación de 2006 han procedido a eliminar esta diferencia de tratamiento de difícil justificación.



En efecto, después del RD 864/2006, de 14 de julio, en su Disposición adicional tercera, utilizando la autorización contemplada por el artículo 4.3 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que faculta al Gobierno para modificar la escala que fija la duración de la prestación contributiva de los trabajadores eventuales agrarios, procede a modificar la escala establecida en dicho artículo y la iguala a la del resto de los trabajadores de otros regímenes, lo que mejora la duración de las prestaciones de esos trabajadores y la equipara a la del resto de los colectivos. El RD 864/2006 complementariamente también establece el cálculo del período de ocupación cotizada incorporando las partes proporcionales de descanso semanal, festivo y vacaciones⁶.

Los trabajadores eventuales del régimen especial agrario de Andalucía y Extremadura a través del AEPSA históricamente han gozado de un régimen propio, que el Tribunal Constitucional justificó en razón de la mayor incidencia del desempleo agrícola en estas Comunidades⁷. Este régimen tras la reforma del desempleo de 2002 con sus características propias ha quedado congelado para nuevos ingresos y para los que no hayan estado en el mismo en alguno de los últimos tres años anteriores. También en cuanto a los eventuales agrarios de todas las Comunidades Autónomas la protección de desempleo introducida por la reforma de 2002 era claramente discriminatoria en relación con los eventuales de otros regímenes, aunque tras la reforma de 2006 se ha producido una equiparación.

Otro colectivo caracterizado por la precariedad laboral que presenta peculiaridades en la acción protectora de difícil justificación, pues están excluidos de algunas prestaciones, es la de los empleados de hogar en la medida en que se considera trabajo temporal anual y la cotización es baja y de cuota fija, y además a veces a cargo sólo del propio empleado de hogar cuando son a tiempo parcial o discontinuos. Dos cuestiones encontramos en este régimen especial. De un lado, la propia configuración de la frontera entre marginalidad y profesionalidad. Y de otro el alcance de la acción protectora, al no contemplar, por ejemplo, la protección por riesgos profesionales y al discriminar gravemente la protección en IT en relación con trabajadores comunes y en la exclusión de la prestación por desempleo⁸.

En cuanto al primer aspecto la normativa reguladora distingue el empleado de hogar continuo o en exclusiva para un amo de casa de los a tiempo parcial o discontinuos que prestan sus servicios a tiempo parcial para uno o más cabezas de familia, sea con carácter indefinido, fijo o periódico, como si lo es fijo discontinuo o de duración determinada. El parámetro para establecer lo que se considera prestación de servicios a tiempo parcial es mensual, y comprende a aquellos cuyo tiempo de trabajo efectivo sea

6 Véase LOPEZ GANDIA, J., "La protección de desempleo de los trabajadores agrarios tras las reformas de 2006" Albacete, 2006, ed. Bomarzo

7 STC 90/1989 de 11 de mayo

8 Por todos, LUJAN ALCARAZ, J., "El régimen especial de la Seguridad Social de los empelados de hogar" Navarra, 2000, ed. Aranzadi y LOPEZ GANDIA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D., "Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma" Albacete, 2006, Bomarzo.



inferior a 80 horas al mes, siempre que superen el mínimo que establezca al respecto el Ministerio de Trabajo. Las Resoluciones de 9 de septiembre de 1971, 5 de noviembre de 1985 y 25 de noviembre de 1986 establecieron dicho mínimo en 72 horas al mes y en un número de jornadas no inferior a 12 días introduciendo el concepto de habitualidad y profesionalidad.

De tal modo, se considera prestación de servicios a tiempo parcial aquella cuya jornada laboral esté comprendida entre las 72 y las 80 horas mensuales realizadas al menos en 12 jornadas. Así lo entiende hoy la TGSS, sin perjuicio de que el mínimo de 72 horas pueda ser objeto de modificación. Tiene cierta lógica defender la frontera de las 72 horas al no haber en este régimen especial cotización a tiempo parcial o por horas propiamente. Sin embargo, como veremos a continuación, entendemos que en la actualidad no se debe aplicar al ser discutible un distinto tratamiento y menos en virtud de resoluciones sin fuerza jurídica alguna⁹, aunque sí es seguido el criterio de las resoluciones por alguna doctrina judicial¹⁰.

Precisamente por ello, otras sentencias, más recientes¹¹, mantienen que dicho criterio no ha de seguirse ya en la actualidad. En primer lugar, porque aun cuando la frontera de las 80 horas de trabajo efectivo mensual que establece el citado art. 49 del RD 84/1996 parece primordialmente destinada a marcar la diferencia entre los servicios a tiempo parcial y los que no lo son, es indudable que se remite a un mínimo ministerialmente fijado para determinar tal encuadramiento por servicios a tiempo parcial. Sin que pueda defenderse, por tanto, que la Resolución de 9 de septiembre de 1971 sea ya interpretativa del precepto legal en vigor, en razón de la fecha en que se fijaron tales criterios y a la par, según el propio principio de jerarquía normativa.

En efecto, si la legislación de Seguridad Social históricamente a señalado límites a la cobertura del trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial (el trabajo a tiempo parcial marginal) actualmente ya no fija tales límites. Por lo cual no parece razonable mantener el término divisorio de las 72 horas, especialmente considerando que, en cualquier caso, la expulsión del sistema de Seguridad Social de determinados colectivos de trabajadores es una facultad exclusiva del propio Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo, no pudiendo llevarse a cabo por una mera Resolución¹².

Sin embargo, de mantenerse el referido límite, a nuestro juicio, sería únicamente a efectos de determinar la exclusión del propio Régimen Especial de Empleados de Hogar, pero nunca del sistema con base en el art. 7.6 de la LGSS como ya se señaló más arriba. Por ello, entendemos que aquellos empleados del hogar que tuvieran una jornada mensual inferior a 72 horas no estarían excluidos del sistema, sino del propio Régimen

9 STSJ C. Valenciana de 17 de junio de 1992 Ar.2931 y sentencias del TCT de los años ochenta citadas en ésta.

10 STSJ Cataluña de 23 de diciembre de 1992 Ar.6408, entre otras.

11 STSJ. de Cataluña de 25-10-2001 A.S. 4135.

12 STSJ de Castilla-La Mancha de 16-5-2005 A.S. 192275.



Especial, constituyendo en cambio un supuesto de trabajo a tiempo parcial normal o reducido, siempre que reúna las notas de ajenidad y dependencia, en el Régimen General de la Seguridad Social.

III. LA CRISIS DEL MODELO Y LAS FÓRMULAS PARA ABORDAR LAS RUPTURAS CONTRIBUTIVAS. LAS INTERRUPCIONES E INCIDENCIAS EN LA CARRERA ASEGURATIVA

Pese a la inclusión en la Seguridad Social de los trabajos antes mencionados, con desigualdades de cobertura, fuera de las prestaciones de las que están excluidos en los supuestos citados, no obstante, no por ello se eliminan las dificultades del trabajo precario ante los modelos de Seguridad Social de tipo contributivo. Los cambios que se han producido en el mercado de trabajo, la conversión en normal de algo que era visto antes como excepcional como es la rotación de mano de obra, el desempleo recurrente, la alternancia de periodos de trabajo y periodos de inactividad, la consiguiente discontinuidad de las carreras de seguro, la pérdida de la hegemonía política y cultural de estabilidad en el empleo, en el caso de los trabajadores, no en el de los empleados públicos, y la generalización del trabajador precario, móvil y disponible, no pueden dejar de tener consecuencias en la evolución de la protección social.

En primer lugar la propia existencia de prestaciones no contributivas que desde su previsión en la ley 26/1990 han venido a cubrir los vacíos o la desprotección generada por el modelo contributivo de base profesional, al no alcanzar los periodos de carencia o cotización previa.

Por otra parte, los requisitos para el acceso y para el propio cálculo de ciertas prestaciones van cambiando también en función del mercado de trabajo y de la edad del trabajador. Así se observa en Jubilación y desde luego en desempleo donde se va variando de acuerdo con los propios procesos de rotación laboral, precariedad y desempleo recurrente, como se verá más abajo. Así en relación con requisitos relacionados con la actividad, como el alta se prescinde de ella en ciertas prestaciones si se reúne un mínimo de cotización, como en las tres grandes pensiones (Jubilación, Incapacidad permanente y Muerte y Supervivencia). Igualmente previendo que las carreras de seguro no se van a generar de la misma manera que antes por los cambios en el mercado de trabajo para el cálculo de la pensión de jubilación se ha tomado nota de este proceso y se adopta el parámetro de un trabajador estándar que habrá sufrido cierta discontinuidad laboral derivada de los cambios en el mercado de trabajo y calcula que alcanzará un 80 % con una media de 25 años cotizados en el futuro tras la reforma de 1997. No así, en cambio, en la jubilación anticipada nueva, ni para el disfrute de las bonificaciones de cotización por prolongación de la edad de jubilación que se inspiran en el modelo tradicional de carreras asegurativas largas y exigen 30 y 35 años cotizados respectivamente tras la ley 35/2002. Tampoco en la jubilación parcial tras los Acuerdos de reforma de la Seguridad Social de 15 de julio de 2006, al asimilarla en este punto a la anticipada. No parece realista con



los nuevos datos de mercado de trabajo exigir tales carreras asegurativas, sin computar además días-cuota, por lo que más bien parece que se intenta de este modo restringir la propia utilización de la institución. Por eso en el citado Acuerdo de 15 de julio de 2006 para tomar en cuenta las nuevas carreras profesionales derivadas de la edad de ingreso en el trabajo estable y de su discontinuidad derivada de la precariedad laboral ya no se exigen los 35 años cotizados para acceder a las bonificaciones por retraso en la edad de jubilación, sino que cabe acceder a los beneficios por el mero hecho de retrasar la jubilación, pues en tal caso la política en materia de jubilación tiene por objeto primordial incentiva el retraso, no el adelantamiento para hacer frente en el futuro a los problemas demográficos de la Seguridad Social.

También la forma de computar o prever los periodos de no actividad y los vacíos de cotización recurriendo a las llamadas situaciones asimiladas al alta, especialmente la Incapacidad temporal Técnica, el periodo de vacaciones a que se refiere el art. 209. 3 de la LGSS, los periodos de inactividad entre campaña y campaña de los trabajadores de temporada, el desempleo involuntario total y subsidiado, el paro involuntario que subsista una vez agotadas las prestaciones, o porque no se haya accedido a las mismas o por estar excluido de las mismas siempre que se mantenga la inscripción como desempleado, la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social. En todas ellas se trata de abordar las situaciones de inactividad que se genera por la extinción de los contratos y adquieren especial importancia cuando se trata de contratos temporales o fijos discontinuos, o de temporada para abordar los periodos de inactividad desde el punto de vista de la protección social.

Puede advertirse que la protección social y su normativa reguladora desde este punto de vista no interviene ni condiciona el mercado de trabajo sino que partiendo del mismo más bien sufre sus consecuencias e intenta atenuar o paliar sus efectos, tanto por lo que se refiere a la protección de la propia situación de inactividad mediante prestaciones que se vinieran disfrutando (Incapacidad Temporal) o mediante prestaciones ad hoc, como las de desempleo, temporal o definitivo, como para crear mecanismos que permitan cierta continuidad a la carrera asegurativa del trabajador derivad, permitiendo cubrir vacíos de cotización mediante convenio especial ingresando a su cargo o a cargo de otros sujetos, en función del tipo de convenio especial, y de sus diversas manifestaciones¹³.

Otra técnica utilizada es la aplicación de la teoría del paréntesis y su relación con el régimen de integración de lagunas y el otorgamiento de cotizaciones presuntas o ficticias. También hay un cómputo específico de cotizaciones presuntas a efectos de la pensión de jubilación en caso de fijos discontinuos perceptores de subsidios de desempleo (art. 218 de la LGSS).

13 Véase LOPEZ GANDIA, J. "La nueva regulación del convenio especial de Seguridad Social" Valencia, 2003, ed. Tirant.



En cambio, en otros aspectos se produce un endurecimiento de los requisitos ligados de manera estrecha a la actividad, al trabajo efectivo. Siempre ha sido así en caso de la prestación por desempleo que siempre ha exigido “ocupación cotizada”, pero a ello se suma, aunque no son supuestos exactamente iguales, la pensión de jubilación tras el Acuerdo de julio de 2006, al suprimir la llamada tesis de los días-cuota que exige cotización “efectiva”, no presunta. En efecto, se produce de este modo un endurecimiento de los requisitos de carencia al suprimir innecesariamente la tesis de los días cuota: serán necesarios 15 años de cotización efectiva lo que supone un aumento: de los 13 años efectivos a 15, dos años más. Esta medida, puede afectar a carreras discontinuas o con amplios periodos de inactividad y estadísticamente de manera especial a mujeres, por lo que podría constituir una discriminación indirecta de acuerdo con la jurisprudencia del tribunal Constitucional construida a partir del contrato a tiempo parcial y el cómputo de la cotización que se da en el mismo, como se verá más abajo. En cambio, en el Acuerdo citado no se aborda el requisito de carencia específica instituida por la reforma de 1985 y que probablemente carezca ya de sentido y debería desaparecer para evitar la desprotección que puede darse en algún supuesto en que no quepa acudir a la teoría del paréntesis.

IV. ANÁLISIS ESPECIAL DE LA PRECARIEDAD DERIVADA DE LA PARCIALIDAD. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y REDUCCIÓN DE JORNADA ENTRE IGUALDAD Y DIFERENCIA. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Los contratos a tiempo parcial presentan especialidades a la hora de calcular los periodos de cotización exigidos, el plazo en que hay que reunirlos, las bases reguladoras de las prestaciones (sean contributivas o asistenciales como en desempleo). El legislador parte de un déficit de tutela en el terreno de la protección social en razón de las especiales dificultades que tienen para acceder a las principales prestaciones de tipo contributivo al estar directamente vinculadas al trabajo prestado en todos sus aspectos (cotización previa, cuantía y cálculo, duración, etc.) al trabajar un tiempo inferior al completo y muchas veces con distribución irregular o discontinua. Se trata, además, de un trabajo precario fundamentalmente femenino (el 75 % de los contratados son mujeres), por lo que se añaden al tema aspectos de discriminación indirecta o la necesidad de medidas específicas de discriminación positiva. La evolución legislativa se ha movido entre la igualdad de tratamiento según rígidos esquemas contributivos y la diferenciación derivada del fomento de esta modalidad contractual.

La regulación vigente intenta fomentar esta modalidad de contratación haciendo compatibles el principio de contributividad propio del sistema de Seguridad Social,



mediante correcciones que se introducen en el puro juego sin paliativos del principio de proporcionalidad, con los de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial, esto es mediante el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo¹⁴.

Como medida singular destaca la de facilitar el acceso a las prestaciones, a cuyo fin, para acreditar los períodos de cotización necesarios, se computarán las horas trabajadas, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización¹⁵. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por 5, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales¹⁶. A estos efectos no se computarán como horas efectivamente trabajadas las correspondientes a los tiempos de descanso computables como de trabajo, que corresponden al descanso semanal y festivos en el contrato a tiempo parcial común, ya que al dividir por 5 ya incluiría las citadas partes proporcionales por lo que no cabría que se añadieran ulteriormente para determinar los días teóricos de cotización resultantes. Sí se computarán en cambio en fijos discontinuos en los que no cabe hacer un cómputo anual y porque ya que se contemplan en la regulación de los sistemas especiales, de un 1'33 o 1'66, que según la doctrina judicial debe seguir manteniéndose. En los sistemas especiales se computarán los días de cotización acreditados a los efectos de días teóricos, salvo que contemplen coeficientes para el cómputo de los periodos a efectos de cotizaciones en cuyo caso se tomarán éstos.

De acuerdo con la normativa vigente una vez determinado lo cotizado, de acuerdo con los criterios anteriores, en las pensiones de Jubilación e Incapacidad permanente se aplica un coeficiente multiplicador corrector de las negativas consecuencias que tenía el puro juego del tiempo trabajado en el cómputo de los periodos de carencia o cotización previa para acceder a las prestaciones y, en su caso, para el cálculo de la misma. Así, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1'5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo. El tiempo de cotización que resulte así acreditado se computará para determinar el número de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. En ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

14 La regulación está constituida por la disposición adicional 7ª de la LGSS tras el RDL 15/1998 de 27 de noviembre, la ley 45/2002 y el RD 1131/2002 de 31 de octubre. En primer lugar, hay que destacar que el RDL 15/1998 regula el régimen jurídico de las prestaciones, con la excepción del desempleo que seguirá rigiéndose por sus propias normas. Así se establece en el art. 2.2 del RD 1131/2002 que dice que «en materia de protección por desempleo será de aplicación su normativa específica». Por tanto, en las prestaciones de desempleo sigue vigente el RD 625/1985 y algunas de sus peculiaridades, como la tesis de que día trabajado, aun a jornada inferior, se computa como día trabajado a efectos de los periodos de carencia que se requieran para tener derecho a las prestaciones de la Seguridad Social.

15 Art. 3 del RD 1131/2002

16 Dando nueva redacción al art. 65 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre



No obstante, precisamente por afectar a un colectivo de género la regulación que se acaba de mencionar ha resultado alterada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 253/2004 de 22 de diciembre y 49/2005 de 14 de marzo, que declaran inconstitucional los art. 12.4 del ET, idéntico a la disposición adicional 7ª de la LGSS, y 12.3 respectivamente cuando establece que “para determinar los periodos de cotización y el cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo se computarán exclusivamente las horas trabajadas”. La sentencia de acuerdo con el principio de igualdad entiende que es una exigencia desproporcionada computar sólo las horas, y, además, supone una discriminación por razón de género, por lo que incluso la regulación actual, pese a haberse matizado el cómputo con la bonificación citada del 1'5 en algunas prestaciones, puede entenderse afectada por los criterios sentados en la sentencia. Se trata de recursos de amparo, que aunque afectan a resoluciones judiciales concretas sobre prestaciones, indudablemente son una base para la aplicación a futuras controversias judiciales para hacer efectivo el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución. En la STC 253/2004 se planteaba lo siguiente en relación con el art.12.4 del ET, regla que se contiene también en se contiene asimismo en la disposición adicional séptima de la Ley general de Seguridad Social (LGSS). Detengámonos en el comentario a estas sentencia y en la doble argumentación que se producía desde dos principios claves en la materia: el de contributividad y estricta proporcionalidad y el de la discriminación de este trabajo precario llevado a cabo fundamentalmente por mujeres¹⁷.

Dos son los motivos por los que el órgano judicial que planteó la cuestión dudaba acerca de la constitucionalidad del precepto legal citado. De un lado, porque rompe el principio de proporcionalidad y, de otro, por su efecto discriminatorio sexista, vulnerándose en ambos casos lo dispuesto en el art. 14 CE. En cuanto al principio de proporcionalidad, que “es uno de los aspectos de la igualdad” (STC 177/1993, de 31 de mayo), considera el Juzgado que este principio justifica que la menor jornada de los trabajadores a tiempo parcial repercuta no sólo en una menor retribución que la percibida por trabajadores a tiempo completo, sino asimismo en una menor base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social. Pero si influyese además en el cálculo del período de carencia, se produciría una “doble penalización” consistente en que un trabajador a tiempo parcial a media jornada, como era el caso, necesitaría trabajar el doble de tiempo que un trabajador a tiempo completo para cubrir el tiempo de carencia exigida y, en el supuesto de que lo cumplierse y llegase a él, su base reguladora sería la mitad que la del trabajador a tiempo completo, en la misma actividad y categoría profesional. En efecto, la evidencia estadística, de que los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente del sexo femenino permite afirmar la existencia de un impacto adverso que, al no aparecer justificado por circunstancias objetivas no relacionadas con el sexo, conduce

17 Según INE en 1997 del total de la población ocupada a tiempo parcial en ese mismo trimestre (938.900 personas), las mujeres constituían el 75,16 por 100. Según “Mujeres en cifras” del Instituto de la Mujer correspondiente al año en curso (2004), resulta que, según la estadística elaborada a partir de datos de la encuesta de población activa correspondiente al primer trimestre del año 2004 (Instituto Nacional de Estadística), del total de la población ocupada asalariada a tiempo parcial en dicho trimestre (1.242.300 personas), las mujeres representan el 81,94 por 100.



a concluir que la norma legal incurre en discriminación indirecta por razón de sexo, noción definida por la STC 145/1991, de 1 de julio o la STC 22/1994, de 27 de enero. A ello hay que añadir que se ha admitido que las normas del Derecho comunitario sirven para integrar las normas constitucionales internas sobre derechos fundamentales (art. 10.2 CE), por lo que procede recordar la definición de discriminación indirecta por razón de sexo contenida en el art. 2.2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, que se apoya en una consolidada doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. También considera el Juzgado que procede traer a colación la prohibición de discriminación de los trabajadores a tiempo parcial que inspira la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, si bien es cierto que esta Directiva no contempla los aspectos de Seguridad Social.

A la postre la cuestión es dilucidar si la finalidad de exigir una carencia como medio de comprobar la vinculación del solicitante de prestaciones sociales al mercado de trabajo queda o no cumplida, para los trabajadores a tiempo parcial, exigiendo, como ocurre con los trabajadores a tiempo completo, el tiempo que se especifique para cada prestación o, por el contrario, el mayor que se derive del cómputo por horas, como se deduce el art. 12.4 II LET.

En contra cabía alegar –como hizo el abogado del Estado– el carácter contributivo del sistema de Seguridad Social y la libertad de configuración del legislador y su correlativa autonomía para definir las situaciones de necesidad y establecer las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, máxime en caso de prestaciones como la solicitada que responden al principio contributivo, consecuencia de la forma de financiación del Sistema y preciso para garantizar su equilibrio económico¹⁸ por lo que sólo podría entenderse inconstitucional la actuación del legislador en el supuesto excepcional de que la diferencia de trato de situaciones comparables careciera absolutamente de razonabilidad y objetividad¹⁹. Esta vulneración constitucional no se produciría en el presente caso pues ni siquiera es válido el término de comparación, toda vez que son realidades diferentes la protección social del trabajador contratado a tiempo completo y la del contratado a tiempo parcial, con diferentes modelos a su vez de tiempo de prestación laboral. La retribución del trabajador guarda proporción con el tiempo de prestación y que de la misma manera su protección social (tanto para el cálculo de la base reguladora como de los períodos de carencia), esto es, en función de la contribución del trabajador según su remuneración y computando el tiempo en que efectivamente ha prestado sus servicios. Este sistema garantiza también la proporcionalidad entre cotización-prestación en el seno del régimen jurídico de la contratación a tiempo parcial, que permite un amplio abanico de duración de la jornada laboral. Por otra parte la repercusión de la duración de la jornada laboral en la determinación del período de carencia sería una consecuencia que se deriva del carácter contributivo de las prestaciones no asistenciales de la Seguridad Social. Por lo que se refiere al régimen de protección social de este tipo de contratos,

18 STC 77/1995, de 22 de mayo

19 SSTC 76/1990 y 177/1993



el propósito del legislador fue evitar el resultado desproporcionado al que conduciría el criterio de establecer un régimen igualitario para el cómputo de los períodos de cotización entre ambos tipos de prestación laboral: bastaría con una prestación de escasa duración en relación con la jornada completa para obtener una pensión, aunque fuese mínima, en demérito del mayor esfuerzo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo completo. En un sistema contributivo como el propio de la prestación de invalidez, lo razonable es discriminar la jornada completa de la parcial, atribuyendo diferentes efectos a cada una de ellas. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que debe ser un objetivo del legislador mejorar progresivamente la protección social del trabajador a tiempo parcial dentro de las posibilidades que ofrece el Sistema de Seguridad Social, como de hecho viene sucediendo en las sucesivas reformas legislativas introducidas en relación con la protección social de los contratos a tiempo parcial.

En cuanto a si el sistema instaurado impone al trabajador a tiempo parcial la obligación de trabajar más tiempo que a un trabajador a tiempo completo para cubrir el periodo de carencia se concluye que, aunque se le exija más tiempo cronológico, no se le exige más tiempo real trabajado para cubrir la carencia. Simplemente se instaura en ambos tipos de contrato de trabajo un sistema distinto de cómputo temporal que no conlleva trato desigual.

Para la sentencia del TCO de 2004 no resulta contrario al art. 14 CE, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora.

Ahora bien, la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones, según la sentencia, conduce a un resultado claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia. De este modo no sólo se obtiene una pensión de cuantía inferior cuando en la vida laboral existen períodos de trabajo a tiempo parcial (lo cual, se insiste, es constitucionalmente legítimo por responder al menor esfuerzo contributivo realizado), sino que se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el periodo de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados, como sucede con la prestación de invalidez que se discute en el



proceso de origen de la presente cuestión. No en vano el propio legislador ha venido a reconocer implícitamente el resultado desproporcionado a que conducía en muchos casos la aplicación de la regla contenida en la norma cuestionada, párrafo 2 del art. 12.4 LET, al introducir, como ha quedado expuesto en el FJ 3 de esta Sentencia, una nueva regulación en la materia, inspirada en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad, pero atenuada mediante diversas reglas correctoras, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de la Seguridad Social.

Las conclusiones que anteceden llevan, según las sentencias, a declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada por lesión del principio de igualdad en la Ley (art. 14 CE), desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Se ven reforzadas, en forma decisiva al abordar la vulneración del art. 14 CE desde la perspectiva de la posible discriminación indirecta por razón de sexo, que se produce cuando la medida se dirige a un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial –STJCE de 27 de junio de 1990–, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo –STJCE de 9 de febrero de 1999–, trabajadores con menos fuerza física –STC 149/1991–, etc.). Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*; de 20 de marzo de 2003, asunto *Jorgensen*, y de 11 de septiembre de 2003, asunto *Steinicke*).

Esta jurisprudencia podría ser aplicable a otra situación de precariedad sobrevenida, aunque no se trate propiamente de un contrato a tiempo parcial, ligada a la parcialidad que se produce con ocasión del pase a reducción de jornada del art. 37 del ET para cuidado de hijos o familiares y a cómo se calcula en tal caso, de producirse, la prestación por desempleo. Solo se contemplan como situaciones precarias protegidas por desempleo la reducción temporal de jornada de, al menos, un tercio (art. 203.3 LGSS)²⁰ por causas económicas, técnicas, u organizativas, no por cuidado de hijos o familiares. No se contempla, además, la reducción de jornada definitiva²¹, aunque sí se admitía por alguna doctrina judicial y también por el Tribunal Supremo²² con la argumentación finalista de proteger al trabajador tanto si la reducción es temporal como definitiva, más allá de la expresión «temporalmente» de la LGSS. Ello lleva a que se acabe recurriendo a la extinción previa de un contrato a tiempo completo y se suscriba con posterioridad y sin solución de continuidad un contrato a tiempo parcial, no es un supuesto de reducción de

20 STS u.d. de 14 de julio de 1997

21 La ley 66/1997 de 30 de diciembre en su art. 40 excluye expresamente el supuesto de «reducción definitiva de la jornada»

22 SSTS u.d. 24 de febrero, 13 de mayo y 14 de julio de 1997. No se considera tampoco reducción de jornada la derivada de la pérdida por la empresa de una contrata de limpieza (STS 7 de abril y 20 de noviembre de 2000, que lo considera no un despido, sino una modificación definitiva).



jornada definitiva, por lo que cabe disfrutar de la prestación, con deducción en la misma de lo percibido en el nuevo trabajo en virtud del art.221.1 de al LGSS²³.

La situación de reducción de jornada definitiva partiendo de un trabajo a tiempo completo, por tanto, no acaba de asumirse como riesgo en sí mismo, por el problema del riesgo moral y la dificultad de controlar las novaciones contractuales De ahí que se exija, además, por el art. 208 de la LGSS y por el RD 43/1996 que la reducción temporal haya sido autorizada mediante expediente de regulación de empleo, por causas económicas, tecnológicas o fuerza mayor²⁴. Y lo mismo cabe decir, como se verá más abajo, respecto del desempleo parcial.²⁵ No cabe utilizar, por tanto, la vía de la modificación sustancial de condiciones del art. 41 del ET, en la que ha desaparecido la autorización de la autoridad laboral, sino que es necesario el expediente de regulación de empleo; ni siquiera para modificaciones individuales²⁶.

En cuanto a la reducción de jornada por cuidado de hijos, la ley 39/1999 se ha limitado a extender el art. 37. 5 del ET al cuidado de familiares. La situación de reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares no ha sido objeto de medidas específicas en materia de Seguridad Social por parte del legislador, pese al influjo de los nuevos planteamientos ideológicos de la ley 39/1999 y del mandato de la Directiva 96/34/CEE. Sigue, al igual que la normativa anterior, sin establecer previsiones en materia de Seguridad Social, más allá de aquellas que afectan a los costes empresariales de Seguridad Social. Así, a efectos de cotización la reducción de jornada se equipara a trabajo a tiempo parcial (art. 65 del RGCL 2064/1995 y anualmente la correspondiente Orden de cotización). En cambio, a efectos sobre las prestaciones de Seguridad Social la reducción de jornada no se configura como situación legal de desempleo, por su carácter voluntario, pero lo más grave es que en caso de extinción del contrato estando en esa situación, el trabajador, normalmente trabajadora corre el riesgo de la parcialidad al aplicar estrictamente una regulación sólo pensada para un trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial, como se vio más arriba sobre la aplicación de la proporcionalidad, pero no para esta situación peculiar. En efecto, el art. 211.1 dice sin más distinciones que “la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días”. La cuestión que se ha planteado en materia de protección social, cuando el contrato se extingue, es si a la hora de calcular las prestaciones por desempleo son aplicables los mismos criterios, esto es, si la determinación de la base reguladora debe asumir estos planteamientos en cuanto a la acción protectora de la Seguridad Social.

23 STS de 5 de mayo de 2004

24 Par socios de cooperativas de trabajo asociado véase el RD 42/1996.

25 A partir de la ley 66/ 1997 de 30 de diciembre (art. 40), que los contempla expresamente ya que no lo hacía el art. 208.3 de la LGSS, sino el RD 43/1996 sin suficiente cobertura legal, y el 42/1996 para las Cooperativas.

26 No se sostendría ya la doctrina establecida por la STS de 22 de octubre de 1997.



Por esa razón, ante el vacío legal explícito y ante la inadecuación de la normativa reguladora de desempleo y en general de Seguridad Social la doctrina judicial y la jurisprudencia del Tribunal Supremo se han ocupado del tema a la hora de fijar la base reguladora de la prestación por desempleo, especialmente por las SSTS de 6 de abril de 2004 y de 2 y 23 de noviembre de 2004 en unificación de doctrina con ocasión de la solicitud de prestaciones por desempleo tras la extinción del contrato. Ya antes la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo tuvo que abordar algunos problemas específicamente laborales relacionado con esta cuestión. Así, desde el punto de vista laboral la forma de cálculo de las indemnizaciones en caso de despido, si se produce durante la situación de jornada reducida, se ha distinguido claramente del trabajo a tiempo parcial, al tratarse de una situación transitoria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado un concepto finalista de la parcialidad en estos casos y ha configurado una excepción a la regla general de la proporcionalidad en el supuesto de reducción de jornada por cuidado de hijos²⁷, pues la reducción de jornada no supone sino una mera alteración transitoria de la relación, que antes y después tiene carácter de trabajo a jornada completa, con las consecuencias inherentes a la misma.

En una primera lectura parecería que el tenor literal del art. 211 .1 de la LGSS que con carácter general y sin distinguir situaciones establece que la base reguladora ha de tomar en cuenta la base de cotización de los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo impide tal interpretación. Y este argumento legalista, pegado estrictamente al tenor literal de la norma, cuya redacción ha permanecido siempre invariable desde la normativa histórica hasta la refundición de la LGSS de 1994, es el que defiende la tesis favorable a su aplicación también en supuestos de reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares, sin que proceda a una nueva interpretación para adecuarla a los nuevos valores introducidos tras la Ley 39/1999 y la Directiva 96/34. Entienden que el principio de legalidad y la seguridad jurídica no darían base a otra interpretación, pues de otro modo el juez estaría sustituyendo la labor del legislador. Estas dificultades derivadas del tenor literal del art. 211.1 de la LGSS y del incumplimiento del Estado español de trasponer la Directiva 96/34 han llevado a otros pronunciamientos a plantear cuestión prejudicial ante el TJCE²⁸, en lugar de proceder a una interpretación finalista, teleológica, creadora.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo inicialmente en la de 6 de abril de 2004 procedió directamente a una interpretación finalista y teleológica del precepto aplicable más allá de su tenor literal. haciendo una interpretación del art., 211.1 de la LGSS más conforme a la Constitución. Aunque limitada a la prestación de desempleo esta doctrina judicial resultaba perfectamente extensible a las demás prestaciones de Seguridad Social. Todos los esfuerzos desplegados por esta línea jurisprudencial han quedado reducidos a nada, pues sentencias posteriores- apenas unos meses después- del propio

27 STS 28 de septiembre de 1985 (Ar.4389), 14 de marzo de 1988 (Ar.1919), 9 de octubre de 1989 (Ar.7133). STS de 24 de julio y 29 de septiembre de 1989 (Ar.5909 y 6551). STS de 15 de octubre de 1990 (Ar.7685), STS 20 de julio de 2000 (Ar.7209) y 11 de diciembre de 2001 (Ar.2025

28 Auto del Juzgado de lo Social de la Comunidad de Madrid n. 33 de 8 de julio de 2003 (As.1982).



Tribunal Supremo de 2 de noviembre (Rec.5013/2003 y 5502/2003) y 23 de noviembre de 2004 (Rec.166/2004) han procedido a corregir la línea iniciada por la STS de 6 de abril de 2004 y entienden que el cálculo de la base reguladora de desempleo establecido por el art.211.1 de al LGSS para supuestos de reducción de jornada es aplicable a la reducción de jornada por cuidado de hijos, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, pues afectaría también a los hombres que con tal motivo hubieran solicitado la reducción de jornada del art.37.5 del ET y sin que resulte tampoco aplicable el art.39.1 de la Constitución por tratarse de un precepto programático. En definitiva el Tribunal Supremo alega motivos de seguridad jurídica y de respeto al principio de legalidad para negar una interpretación innovadora que suponga una recreación del derecho²⁹.

Otra situación a tener en cuenta es la forma en que aborda por las prestaciones por desempleo los periodos de inactividad entre campaña y campaña por parte de los trabajadores fijos discontinuos. A efectos de las prestaciones de desempleo, la protección ha contemplado tradicionalmente tanto las vicisitudes durante la campaña o temporada como los periodos de inactividad entre campaña y campaña. En cuanto a los trabajadores fijos discontinuos el art. 208.4 LGSS establece que se encontrarán en situación legal de desempleo de acuerdo con lo que se disponga en desarrollo de esta norma en los periodos de inactividad productiva. A veces se han planteado dudas en cuanto situación protegida por desempleo por tratarse de una suspensión del contrato de trabajo. De ahí que se mencione de nuevo claramente por la reforma laboral de 2006, por el RDL 5/2006, cuyo art. 15 vuelve a recordar y a reafirmar la situación legal de desempleo en el art. 208 de la LGSS.

Sin embargo, las diferencias se encuentran en el segundo nivel de protección, en el acceso a los subsidios. Este subsidio se otorgará a los trabajadores fijos discontinuos que hubieran agotado una prestación por desempleo o que no hubieran podido acceder a ella por no haber cubierto el periodo mínimo de cotización necesario, siempre que cumplieran las condiciones exigidas para el *subsidio por cargas familiares*, el subsidio sin cargas familiares para desempleados mayores de 45 años de edad , y el subsidio contributivo (art. 216.5 de la LGSS).

De tal enumeración se deduce la exclusión expresa de estos trabajadores de los *subsidios para emigrantes retornados*, para liberados de prisión o de centros de internamiento, para inválidos recuperados y para mayores de 52 años. La duración del subsidio será equivalente al número de meses cotizados en el año inmediatamente anterior al momento de la solicitud del derecho (art. 216.5 de la LGSS).

29 Sobre esta evolución jurisprudencial véase LOPEZ GANDIA, J., "Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral : reducción de jornada y excedencia" Aranzadi Social n. 15/2003, pp.45-61 y "Desempleo y reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares (Comentario a las STS sala 4ª de 2 y 23 de noviembre de 2004)" RDS n.28/2004 pp.157-175.



Este tratamiento desigual para estos trabajadores ha sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad³⁰ de que ha sido resuelta en sentido negativo por la STC 53/2004 de 15 de abril. Tal tratamiento diferenciado, en razón de la condición de trabajadores fijos discontinuos, según la sentencia, resulta razonable a la luz de nuestra doctrina constitucional sobre el principio de igualdad por tener su fundamento objetivo en un hecho o elemento diferencial relevante al respecto. Según el Tribunal Constitucional es la diferente modalidad de la relación contractual el factor determinante para excluir a los trabajadores fijos discontinuos como beneficiarios del subsidio asistencial por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, subsidio que, al orientarse a asistir a los desempleados de cierta edad en su tránsito hacia la jubilación, permite que queden excluidos de su cobertura quienes son empleados, aun cuando sea con carácter discontinuo. Esta consideración justifica, a su juicio, lo que no necesariamente hay que compartir, también que la duración del subsidio contributivo se limite “al número de meses cotizados en el año inmediatamente anterior” (art. 216.3 LGSS), pues se entiende que, de otro modo, se estaría fomentando la no reanudación de la ejecución del contrato. La falta de ocupación efectiva entre los periodos de actividad no sería desde este punto de vista técnicamente una situación de desempleo pues no se produce en ella la pérdida de un empleo preexistente. Sentado lo anterior se acaba justificando que un trabajador fijo discontinuo, mientras mantenga dicha condición, no es (en rigor) un desempleado, aun cuando la interrupción de su actividad de temporada sea considerada por la ley como situación legal de desempleo, sino una persona vinculada por un contrato laboral vigente que se encuentra en situación de seguir causando derecho a nuevos periodos de cobertura en el nivel contributivo hasta la definitiva e integral extinción de su relación laboral. Por ello el Tribunal constitucional concluye que no cabría apreciar la existencia de un adecuado y válido término de comparación, pues la cuestión en él planteada pretende equiparar la situación de los que pierden definitivamente su empleo con la de aquellos otros que mantienen vigente (si bien, claro es, en los términos específicos que la caracterizan) su relación laboral.

Además no puede excluirse que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las consideraciones de interés general que tome en consideración.

Esta sentencia, en definitiva, se mueve en los planteamientos anteriores del propio Tribunal Constitucional contenidos en los Autos 1109/1987 y 15/1988 y convierte al subsidio en especial, distinto de los demás. No se trata, según la doctrina judicial³¹, de una mera diferencia de duración, de manera que si bien es cierto que el trabajador cuando pierde la condición de fijo discontinuo, porque el contrato se extinga, les resultará de aplicación el régimen común³², no por eso recupera la duración común ampliándose

30 STSJ Castilla-La Mancha de 12 de mayo de 1995

31 STSJ Andalucía de 11 de enero de 2001.

32 STSJ Murcia de 13 de mayo de 1995, 12 de enero y 16 de abril de 1996, Andalucía de 14 de diciembre de 1994, Baleares de 3 de abril de 1992.



en su caso, sino que tendrá que agotarla o en su caso solicitar una nueva prestación. Se trata de una interpretación discutible que va más allá de lo que razonablemente exigen las diferencia entre el fijo discontinuo y los demás, al atenerse a un concepto muy estricto de la situación legal de desempleo, que choca con la idea del subsidio como situación diferida en el tiempo que puede ser objeto de vicisitudes en cuanto a los requisitos, tal como se configura en el art.219.2 segundo párrafo de la LGSS, de aplicación común a todos los subsidios, en cuanto a los requisitos de carencia de rentas, que es lo verdaderamente decisivo. Volver a exigir en fijos discontinuos una nueva situación legal de desempleo no parece conforme con el nuevo espíritu y concepción de los requisitos del subsidio que presiden el artículo citado.

Quizás para compensar la falta de disfrute de este subsidio, en especial el de prejubilación, se ha contemplado un cómputo específico de cotizaciones presuntas a efectos de la pensión de jubilación. Así lo establece el artículo 218 de la LGSS que afirma que en los casos de percepción de subsidio por desempleo cuando se trata de trabajadores fijos discontinuos: Si son menores de cincuenta y dos años y el beneficiario haya acreditado, a efectos del reconocimiento del subsidio un periodo de ocupación cotizada de ciento ochenta o más días, la entidad gestora ingresará también las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a la contingencia de jubilación durante un período de sesenta días, a partir de la fecha en que nazca el derecho al subsidio. Si son mayores de cincuenta y dos años, la entidad gestora ingresará también las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a la contingencia de jubilación durante toda la percepción del subsidio, a que tuvieran derecho, una vez cumplida la edad indicada³³.

Para el acceso al subsidio de mayores de 45 años que hayan agotado una prestación contributiva de cualquier duración se exige que los fijos discontinuos hayan cotizado como tales un mínimo de nueve años a lo largo de su vida laboral (art. 215.1.4. de la LGSS)³⁴. No se precisa si se refiere a años efectivos o a años de llamamiento.

Las reglas comunes de suspensión del derecho encuentran una especialidad en este caso, pues cabe la solicitud de reanudación del derecho al subsidio anterior que no se hubiera extinguido, aunque se genere por el nuevo trabajo, de manera continuada o acumulativa de cotización en temporadas sucesivas, un nuevo derecho a prestación básica por desempleo, todo ello sin perjuicio de poder optar por el nuevo derecho generado. Además, otra regla especial es que cuando el trabajador fijo discontinuo hubiera optado por reanudar el derecho suspendido las cotizaciones tenidas en cuenta para la prestación por la que no se hubiera optado no se pierden sino que podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior.

El régimen propio diferente a los demás trabajadores hace que resulte como en el trabajo a tiempo parcial resolver la cuestión de la realización de trabajos fijos discontinuos

33 Supuesto incluido por la ley 30/2005 de 29 de diciembre (LPE para 2006).

34 Tras el RDL 5/2006 de 9 de junio para la mejora del crecimiento y del empleo.



combinados sucesivamente con trabajos distintos o cotizaciones de diferente procedencia a la hora de precisar el régimen jurídico aplicable a la duración. Y por lo mismo la cuestión de si la realización de trabajos fijos discontinuos por perceptores comunes supone un cambio de su régimen jurídico. En cuanto a la primera cuestión cabrá aplicar criterios similares a los del trabajo a tiempo parcial y aplicar el régimen jurídico que corresponda a la mayoría de las cotizaciones computadas a efectos de desempleo³⁵. En cuanto a la segunda cuestión, esto es si la realización por parte de un perceptor de un subsidio de desempleo común de un trabajo fijo discontinuo le supone un cambio del régimen de su subsidio, la respuesta es negativa mientras no suponga una causa de extinción del mismo por aplicación de las reglas comunes del art. 219.2 de la LGSS de suspensión y extinción³⁶.

V. PRECARIEDAD, FOMENTO DEL EMPLEO Y PRESTACIONES POR DESEMPLEO

1. La Seguridad Social y el fomento de la contratación estable

La Seguridad Social a través de las bonificaciones de cotización ha jugado un papel importante en la precariedad laboral. Aunque también hay que decir que más que incidir o condicionar el mercado de trabajo y conseguir efectivamente orientar la contratación precaria hacia la estable, la Seguridad Social ha sufrido las propias presiones derivadas de la precariedad laboral tanto por lo que se refiere al gasto, como especialmente por la posible instrumentalización de las prestaciones como amortizador social del ciclo económico y de las tensiones del mercado de trabajo a través de dos prestaciones muy ligadas directamente a la actividad: el desempleo y la incapacidad temporal.

Los sucesivos programas de fomento del empleo desde hace años, por mandato del propio art. 17.3 del ET tras la reforma de 1994 han intentado de un lado bonificar la contratación indefinida inicial, pero también la conversión de contratación temporal en indefinida, ya sea común o a través de figuras nuevas como la creada por la reforma de 1997, y ampliada por la de 2001, el contrato de fomento de la contratación indefinida. La reforma operada por el RDL 5/2006 no es una excepción, aunque parece ser más restrictiva en cuanto a las medidas de transformación³⁷. No se trata aquí de hacer un análisis de la reforma laboral de 2006 y es todavía muy pronto para hacer un balance global y completo

35 Si son de otros trabajos no se aplicará el régimen de los fijos discontinuos: STSJ Castilla-La Mancha de 10 de octubre de 2000. Y viceversa si los trabajos que no sean fijos discontinuos son de menor duración no puede provocar una desviación de su régimen aplicable en cuanto a la duración (STSJ Navarra de 31 de julio de 1998, 16 de abril de 1999, Castilla-León de 10 de noviembre de 1992).

36 STSJ Cataluña de 2 de noviembre de 2001.

37 Véase sobre las bonificaciones en esta norma el análisis de GONZALEZ ORTEGA, S., "Incentivos para la contratación indefinida y para la conversión de empleo temporal en fijo" en AAVV, CRUZ VILLALÓN, J. J., "La reforma laboral de 2006 (Real Decreto Ley 5/2006 de 9 de junio)" Valladolid, Ed. Lex Nova, 2006, pp.229 y ss.



sobre su alcance y sobre si supondrá aun viraje real, no virtual o engañoso de esta tendencia presente en el mercado de trabajo desde la precariedad hacia la estabilidad en el empleo. Por lo pronto los datos de contratación nos indican que gran parte de estos contratos lo son por transformación de previos contratos temporales, apurándose así el plazo de “regularización” que tienen las empresas, el 31 de diciembre de 2006, para convertir esas necesidades “temporales” en permanentes mediante bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social. Tal conversión puede además ir acompañada de que la modalidad del contrato indefinido en que se transforman sea el de fomento, esto es, el que permite llevar a cabo despidos “económicos”, en el doble sentido, en cuanto a las causas alegadas, económicas, pero también objetivas, pero sobre todo en el sentido del coste de los despidos, aun siendo improcedentes, es mucho menor que el de los despidos de los contratos indefinidos comunes.

Un primer análisis, aun provisional, indicaría ya que probablemente muchos de estos contratos son consecuencia de relaciones encadenadas, de contratos temporales sucesivos. Habría que tener más datos para verificar este extremo. En todo caso la transformación no obedecería tanto al hecho de que pudieran ser afectados por los nuevos límites de encadenamiento introducidos por la reforma, pues no afecta a los contratos anteriores, sino probablemente por el temor de que siguieran realizándose después de la reforma por el hábito adquirido, como una especie de profilaxis preventiva. Pero también jugarían otros factores, como la posibilidad del INEM de solicitar a las empresas el reintegro de prestaciones de desempleo que se hubieran generado en la rotación, entre periodos de trabajo y de empleo, esto es, el llamado “desempleo recurrente”.

En efecto otra medida más reciente contemplada por la normativa de protección social para luchar contra la precariedad se refiere al acceso a las prestaciones de desempleo desde la “falsa precariedad”. Así la ley 45/2002 (que introduce en su art. 6.2. un nuevo art. 145 bis LPL) reconoce la posibilidad de la entidad gestora de presentar una demanda ante la jurisdicción social cuando aprecie la percepción de prestaciones derivadas de extinción de contratos temporales en fraude de ley con una misma empresa en los últimos cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones por desempleo para que declare la responsabilidad de la empresa en el pago de las mismas, prestaciones que no tendrán, sin embargo la consideración de debidas al trabajador.

Ya la propia reforma de las prestaciones de desempleo de 1992 tuvo como objetivo evitar el fácil acceso a las prestaciones mediante contratos de fomento del empleo no causales y con una cotización de sólo seis meses, esto es , consistió en un blindaje



de las prestaciones por desempleo ante la cultura de la precariedad, mediante un endurecimiento de los requisitos de acceso, un recorte de la cuantía y duración de las prestaciones y una asistencialización de la prestación³⁸.

Si a ello se añade el cálculo del coste futuro de las cotizaciones a la Seguridad Social, menor en empleos de poca cualificación y bajos salarios, que es donde el trabajador es más fácilmente intercambiable y sustituible por otro, y la ventaja de costes de despido, no es difícil concluir que era mejor un cambio de tendencia y de costumbres que seguir con los viejos hábitos.

Así pues el “favor” hacia la contratación indefinida auspiciada por el propio gobierno no derivaría tanto de la convicción, sino del interés y el cálculo. En lugar de . abordar una redefinición de los supuestos de la contratación temporal, sino que se ha acabado por “socializar el riesgo de empresa”. No se carga ya sólo sobre el trabajador, mediante el abaratamiento de los costes de despido, sino sobre toda la sociedad en su conjunto a través de las bonificaciones en la cotización que se financian con los excedentes, amplios, de las cuotas de desempleo que no van al Fondo de Reserva, ni a mejorar las prestaciones de Seguridad, apenas modificadas desde la reforma de principios de los noventa en época de crisis económica. Tampoco que las cotizaciones no dejan de ser o salario diferido o un impuesto indirecto que, por lo tanto, no es progresivo.

En todo caso se podría pensar que es preferible que con el dinero de todos se consiga más estabilidad en el empleo que seguir con contratos temporales de corta o larga duración, que se renuevan innumerables veces, con alternancia con prestaciones de desempleo, otro amortizador social que socializa el riesgo de empresa. Pero también cabría interrogarse, vista la experiencia de las reforma anteriores, en especial la de 1997 y 2001, si el empleo estable que se crea lo es verdaderamente o es sólo virtual, esto es, si no sigue siendo un trabajo precario disfrazado o enmascarado bajo la apariencia de contratos indefinidos. No tiene por qué ser así en todos los casos. Pero en más de la mitad de ellos de la reforma anterior se demostró según los datos del Informe de la Comisión de expertos que la tasa de supervivencia de los contratos indefinidos transformados en virtud de los incentivos ya contemplados entonces (bonificaciones y costes de despido por el nuevo contrato de fomento creado en 1997) no superaba el 50 %. Es decir, una vez las empresas dejaban de tener bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social se acudía al despido económico, de manera que el mismo ahorro de cotizaciones se utilizaba para hacer frente a los costes de despido, y más aun cuando eran más baratos, sobre todo en empresas de menos de 25 trabajadores.

38 Una valoración de este proceso a la altura del año 2002 puede verse en LOPEZ GANDIA. J. “Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo” Laboratorio de la Fundación Alternativas, Documento XX/2003. Sobre el alcance ideológico de las reformas de 2002 véase: RODRÍGUEZ- PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “La nueva dimensión de la protección por desempleo RL nn. 13 y 14/2002, MONEREO PEREZ, J. L., “Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico” Valencia, 2003, ed. Tirant y VALDES DAL RE, F., “Reforma de la protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia” RL nn.15/16 y 17/2002.



Además, se deducía de tal cantidad el ahorro de la indemnización de ocho días por año en los contratos temporales más abusivamente utilizados, así como algún punto de cotización en desempleo, que se hubiera tenido que pagar de seguir con la temporalidad. Es decir, en muchos casos no supuso un cambio real en la cultura de la temporalidad. Como tampoco vino a incidir en la costumbre de no contratar de manera indefinida sin que el trabajador hubiera pasado antes por contratos temporales, que suelen hacer las veces de periodos de prueba alargados, con mayor sometimiento y sujeción del trabajador. Menos aun, si la política de fomento de empleo era luego condescendiente con bonificar año tras año las transformaciones. La política de transformación se configura de nuevo como un "plan extraordinario", pero habrá que ver si no hay que repetirlo dentro de unos años. El aumento del número de años de las bonificaciones que se ha introducido la reforma de 2006 tiene precisamente por objetivo alargar algo la contratación indefinida, ya que no se exigen obligaciones de mantenimiento del empleo a cambio de las citadas ayudas, y evitar que la mortalidad de muchos de los nuevos contratos indefinidos no se produzca a los dos o tres años, sino al menos a los cuatro años. ya había empezado a producirse una presión sobre el gasto de desempleo tras los contratos bonificados indefinidos en que se produce el despido tras la bonificación de dos años, como si a tales efectos fueran contratos temporales "encubiertos".

Así pues, no es seguro que se produzca un cambio de tendencia real en el mercado de trabajo salvo que el camino pedagógico adoptado por la ley, persuasivo, y de ayuda, socializando los riesgos y los costes de despido, cambien de verdad los hábitos empresariales, sin afectar por otra parte a los que se siguen en el empleo público. En cambio, se corre el riesgo de que en el futuro ya no se conciba la estabilidad si no es con rebaja de costes y pagada por todos los ciudadanos, esto es, a través de una socialización generalizada del riesgo de empresa, que parece que es la única que crea riqueza.

2. El régimen jurídico de las prestaciones por desempleo y la precariedad laboral

Ya se señaló cómo la propia reforma de las prestaciones de desempleo de 1992 tuvo como objetivo evitar el fácil acceso a las prestaciones mediante contratos de fomento del empleo no causales y con una cotización de sólo seis meses, esto es, consistió en un blindaje de las prestaciones por desempleo ante la cultura de la precariedad, mediante un endurecimiento de los requisitos de acceso, un recorte de la cuantía y duración de las prestaciones y una asistencialización de la prestación. Y así se ha mantenido intacta tras las reformas de 2002 y la reforma laboral y de Seguridad Social de 2002 y 2006.

En cuanto al régimen de las prestaciones por desempleo, además del juego con los requisitos de cotización previa que se han señalado, relacionados con la propia contratación temporal, el régimen jurídico de las causas de suspensión y extinción de la prestación es donde se observa la presencia de elementos más relacionados con



las políticas activas de empleo y donde surgen ciertas cuestiones relacionadas con la precariedad laboral.

En primer lugar al declarar incompatible las prestaciones de desempleo con el trabajo a tiempo parcial que se deduce de las mismas. Las prestaciones como regla general, salvo en ciertos programas de fomento del empleo, son incompatibles **con el trabajo por cuenta ajena**, excepto con trabajo a tiempo parcial sobrevenido, en cuyo caso se deducirá de la prestación la parte proporcional (art. 221.1 de la LGSS). Las relaciones entre **prestaciones y trabajo a tiempo parcial** presentan especialidades en materia de desempleo cuando se produce la pérdida de un trabajo a tiempo pleno o parcial y obtención de otro a tiempo parcial (art. 221.1 de la LGSS y art. 15 del RPD). Sólo es claramente compatible la prestación por desempleo por pérdida de trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo parcial originario, pero no sobrevenido (art. 15.2 del RPD, si se compara con el art. 15.4). Ambos contratos a tiempo parcial simultáneos son autónomos a estos efectos. En caso de pérdida posterior del trabajo a tiempo parcial subsistente, también es autónomo a la hora de calcular la prestación (ocupación cotizada, base reguladora, etc.).

En el caso de subsidios hay reglas propias de incompatibilidad. La reforma de 2002 ha introducido en este sentido medidas de activación que permiten **compatibilizar la prestación de desempleo con el trabajo por cuenta ajena** (art. 228. 4 LGSS y disposición transitoria 5ª de la Ley 45/2002). Se trata de un programa destinado a trabajadores de más de 52 años, cuya participación es voluntaria, perceptores de cualquiera de los subsidios del art. 215 LGSS, incluso eventuales agrarios perceptores mayores de dicha edad. Salvo en este último colectivo, donde rigen reglas especiales, la empresa puede realizar contratos a tiempo completo, indefinidos o temporales, salvo de inserción, de al menos tres meses de duración. No cabe la modalidad de trabajo a tiempo parcial, no considerándose a estos efectos como tal por analogía con lo que se suele establecer en los programas de fomento del empleo los trabajadores fijos discontinuos. También la reforma de 2002 contempla programas para sustituir a trabajadores en formación continua mediante perceptores de desempleo compatibilizando prestaciones y salario por la diferencia en los términos mencionados antes (disposición transitoria 6ª Ley 45/2002) y con una serie de requisitos.

Lo importante y que hay que destacar aquí es que se trata de un programa de compatibilidad que permite la contratación temporal dadas las dificultades de este colectivo para reinsertarse en el mercado de trabajo, por lo que la precariedad en tal caso no se ve como algo negativo sino como una posibilidad que hay que impulsar.



En segundo lugar la incidencia que puede tener la precariedad laboral en orden a las obligaciones de los perceptores de aceptar una colocación adecuada y a la definición del concepto. Así en cuanto al **lugar de ubicación del empleo la normativa** concreta los supuestos de traslados o desplazamientos que puede suponer una oferta de empleo en otra localidad (art. 231, 2 y 3 LGSS). Así en cuanto al tipo de contrato de trabajo se considera adecuada cuando se ofrezca en otra localidad situada en un radio inferior a 30 Km. de la localidad de residencia habitual, salvo que el trabajador acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento de ida y vuelta supera el 25 % de la duración de la jornada ordinaria de trabajo o que el coste del mismo suponga un gasto superior al 20 por 100 del salario mensual (no se distingue si bruto o neto) o cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo³⁹. La colocación que se ofrezca al trabajador que suponga desplazamiento se entenderá adecuada teniendo en cuenta la duración del trabajo, indefinida o temporal, o de la jornada de trabajo, a tiempo completo o a tiempo parcial. Deberá implicar un salario equivalente al aplicable al nuevo puesto de trabajo que se ofrezca, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho el trabajador o aunque se trate de trabajos de colaboración social. El salario correspondiente a la colocación para que esta sea adecuada no podrá en ningún caso ser inferior al SMI⁴⁰ una vez descontados de aquél los gastos de desplazamiento. En este caso la combinación del lugar de trabajo en el que se ofrece la colocación con la precariedad ligada a la parcialidad sí se toma en cuenta en relación con la prestación por desempleo.

La ley permite, por tanto, valorarla adecuación de las ofertas de empleo en función de la jornada y del tipo de contrato, por ejemplo, a tiempo parcial cuando suponga desplazamiento pues, además, al correr con los gastos del mismo los trabajadores y aunque no exceda del 20 % mensual, puede en ciertos casos ser excesivamente gravoso para el trabajador. No se garantiza, además, que descontando los gastos de desplazamiento se deba percibir al menos el SMI o la parte proporcional correspondiente.

El art. 212 de la LGSS establece las causas de suspensión de la prestación que como e verá no acaban de incentivar la realización de trabajos precarios durante la prestación por los efectos negativos que pueden tener sobre la valoración de periodos cotizados. Así, por una parte se incentiva la realización por parte del titular del derecho de un trabajo, por cuenta ajena de duración inferior a doce meses o 359 días⁴¹ o por cuenta propia⁴² de duración no superior a 24 meses, pues es causa de suspensión de la prestación tras la cual cabe la reanudación. Ahora bien si se trata de la realización de un trabajo de duración igual o superior a 12 meses, hay que distinguir si no genera derecho a nueva

39 No sabemos si se refiere a cuando se ofrezca en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros o también cuando excede de los citados kilómetros y que suponga un cambio de residencia, dado el requisito de alojamiento adecuado, o a los dos supuestos.

40 Se mantiene la referencia al SMI tras el RDL 3/2004 de 25 de junio.

41 Circular del INEM de 5 de mayo de 1992

42 STS de 24 de marzo de 1998, que aplicaba el anterior de los doce meses, tanto para trabajos por cuenta ajena, como por cuenta propia.



prestación o si lo genera. En el primer caso si el trabajo no genera una nueva situación legal de desempleo, porque la actividad no está protegida por esta contingencia (p. ej.: trabajo como empleado de hogar, como trabajador autónomo) y, por tanto, no da lugar a ninguna opción, ante el silencio legal debe concluirse con la jurisprudencia⁴³ que no es entonces una causa de extinción, ya que no incentivaría la realización por el trabajador de tales trabajos, sino una mera causa de suspensión del derecho con posterior reanudación del mismo. Se creaba así una suspensión "sine die" de la prestación. No obstante, la ley 45/2002 (art. primero 6 que modifica el art. 213.1 letra d) de la LGSS) corrige este extremo y establece claramente que la realización de trabajo por cuenta propia⁴⁴ que no dé lugar a la apertura de nuevos periodos de prestación de desempleo es una causa de suspensión, pero limita la duración de la suspensión hasta dos años, alcanzados o transcurridos los cuales se produciría la extinción del derecho, al no hacer remisión, como en el trabajo por cuenta ajena del apartado 3 del art.210 de la LGSS.

No es necesario que se trate un trabajo que dure ininterrumpidamente doce meses, pudiendo alcanzarse con varios y sucesivos trabajos y computando estas cotizaciones intercurrentes, aun cuando no alcancen los 360 días, para la apertura de nuevo período según la interpretación jurisprudencial del art. 213.1 de la LGSS que remite al art. 210.3⁴⁵, no habiendo precepto, además, que prohíba la acumulación de periodos de trabajo efectivo cotizados inferiores a doce meses para abrir una nueva prestación.

Ahora bien si el trabajador hubiera optado por reabrir o retornar al derecho anterior por lo que restara, al ser más favorable (art. 3.2 del RD 625/1985 y art. 210.3 de la LGSS), de una parte la base reguladora es la del derecho anterior no la del trabajo que interrumpió la prestación⁴⁶. Y además las cotizaciones correspondientes a periodos de trabajo intercurrentes por los que no se hubiera optado al generar el reconocimiento de un derecho nuevo no computan a efectos de futuros derechos a prestaciones por desempleo, pese a tratarse de cuotas no «utilizadas» a que alude el art. 210.2 LGSS. Y al revés, si se hubiera optado por abrir un nuevo derecho las cuotas no utilizadas teóricamente del derecho anterior, al no haberlo agotado, tampoco se guardan para futuros derechos. Siendo así que es frecuente la interconurrencia de trabajos con prestaciones de desempleo habría que modificar este extremo para que no perjudique las cotizaciones de periodos intercurrentes en ningún caso y no desincentiven la actividad del trabajador que se encuentra en desempleo, uno de los objetivos claves de la reforma de la prestación de 2002.

43 SSTs de 18 y 24 de marzo, 24 de junio de 1998, 21 de septiembre de 1999

44 Nada dice de trabajos por cuenta ajena que no den lugar a prestación (vgr. empleados de hogar), pero por analogía habrá que estimarlos también. Creemos que al no hablar de RETA cabe incluir otros trabajos por cuenta propia en el sentido no ya laboral sino del encuadramiento en la Seguridad Social (vgr. Cooperativa que opta por el régimen de trabajadores por cuenta propia), o incluso fuera de ella, en su caso.

45 STS de 17 de febrero de 1999, 30 de marzo de 2000, aunque el art.213 y el 212 de la LGSS hablen de realización de *un trabajo*. De exigirse doce meses ininterrumpidos, se haría ilusorio en esos casos el derecho de opción del art. 210.3 LGSS.

46 STS de 8 de junio de 1994 y art. 70 .1.2. del RD 2064/1995.



VI. BALANCE Y CONCLUSIONES

La forma en que aborda la protección social la cuestión de la precariedad exige definir previamente el concepto. Lo hemos ligado a las ideas de temporalidad, discontinuidad, parcialidad y periodos de inactividad.

A lo largo del presente estudio se ha tomado en cuenta a forma en que la seguridad social se ha construido, sobre un modelo de contratación y de continuidad de las carreras de seguro que ya no esta vigente y se ha analizado cómo ha tenido que ir alterando sus instituciones para adaptarse a las nuevas formas de trabajo, no abandonando sus esquemas asegurativos, pero sí flexibilizando los principios contributivos mediante figuras nuevas (asimilaciones al alta, teoría del paréntesis, integración de lagunas, cómputo de periodos de cotización ficticios, etc.).

Sin embargo, en supuestos de precariedad derivados de la contratación temporal hay prestaciones especialmente sensibles como son las relacionadas directamente con la actividad como la IT y el desempleo y de ahí los problemas de encaje de la precariedad derivada de contratos temporales, trabajos a tiempo parcial y reducción de jornada y fijos discontinuos y sus dificultades entre los principios de proporcionalidad y los de diferencia y fomento. De ahí que sea dificultoso establecer reglas para la protección de esas situaciones en un sistema contributivo. En otras prestaciones la valoración de las carreras de seguro puede tenerse en cuenta bien de manera favorable para exigir un número de años que pueden conseguirse en promedio para el cálculo de la pensión de jubilación y otras menos favorables si no se mantienen ciertos beneficios de cotizaciones ficticias (días-cuota) que puede dificultar el acceso a la prestación de algunos colectivo, con discontinuidad.

A lo largo del estudio se ha ido analizando como se abordan por el régimen jurídico vigente de la Seguridad social las situaciones de precariedad directamente en cuanto al campo de aplicación y d manera indirecta en cuanto al control de la contratación para el régimen de responsabilidad de prestaciones en supuestos de encadenamiento de contratos y de desempleo recurrente. En este sentido se ha procedido a analizar a la incidencia ya directa de la política de Seguridad Social mediante la técnica de las bonificaciones y de la regulación de la prestación por desempleo en la forma de abordar la precariedad y sus posibilidades reales para incidir en los hábitos, costumbres e inercias de la contratación laboral seguida en estos años basada en la precariedad. En este sentido se analizan las reformas laborales recientes de 2006 y las llevadas a cabo en la protección por desempleo par luchar contra la precariedad laboral y los numerosos interrogantes que abre vista la experiencia de las reformas anteriores especialmente la de 1997 y 2002.

JUAN LÓPEZ GANDIA



EMPLEO TEMPORAL Y VENTAJAS COMPETITIVAS

**Jornadas Técnicas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía.
Sevilla, 25 y 26 de septiembre de 2006.**

Manuel Alcaide Castro

Catedrático de Organización de Empresas

El empleo temporal ha sido durante la última década en España objeto de un intenso interés por parte de los poderes públicos, de los empresarios, de los sindicatos y del mundo académico. Se puede afirmar que la motivación fundamental de las reformas laborales que se han producido desde 1994 ha tenido como objetivo prioritario la reducción de una temporalidad en el empleo que ha sido considerada, de forma casi unánime, excesivamente elevada. A pesar de los esfuerzos desarrollados en los últimos 12 años, la tasa de temporalidad contractual se sitúa en la actualidad en España (tercer trimestre de 2006) en torno al 35 por ciento; de cada 100 asalariados, 35 tienen un contrato temporal, un porcentaje muy cercano al máximo histórico que se alcanzó en 1995. Es todavía pronto para hacer un balance acerca del impacto de la última reforma, llevada a cabo en 2006.

El objetivo fundamental de estas páginas consiste en profundizar en la lógica que guía al empresario cuando recurre al empleo temporal y, para ello, se van a abordar las siguientes cuestiones:

- En primer lugar, se diferencia entre dos acepciones del concepto de empleo temporal.
- En segundo lugar, se explica por qué resulta importante en la actualidad profundizar en la lógica que guía al empresario cuando utiliza el empleo temporal.
- En tercer lugar, se comenta cómo se ha justificado tradicionalmente, desde el campo de estudio de la Dirección de Empresas, el recurso del empresario al empleo temporal.
- En cuarto lugar, se profundiza en las aportaciones más recientes sobre el empleo temporal relacionadas con la Teoría de los Recursos y Capacidades y con el Análisis de la Empresa basado en el Conocimiento.
- Finalmente, se presentan una serie de conclusiones generales.



¿Qué se entiende por empleo temporal? En los artículos académicos el concepto de empleo temporal se utiliza para hacer referencia a dos realidades relacionadas pero distintas:

– De una parte, en sentido estricto, se utiliza para hacer referencia a todas aquellas personas que trabajando por cuenta ajena tienen un contrato temporal, un contrato que no es por tiempo indefinido y que, por ello, fija límites de tiempo en la duración de la relación laboral. Se trata de una perspectiva jurídica, muy precisa a la hora de delimitar el concepto, pero que plantea problemas al realizar comparaciones internacionales y que, a veces, resulta engañosa desde la óptica de la gestión, ya que existen trabajadores que en la práctica pueden considerarse fijos aunque tengan contratos temporales, al igual que existen trabajadores con contratos indefinidos con una reducida seguridad o estabilidad en el empleo.

– De otra parte, en sentido amplio, se utiliza para hacer referencia a las personas que prestan servicios en la empresa con carácter temporal, con independencia del vínculo jurídico que mantengan con ella. Desde esta perspectiva se incluye en el concepto de empleo temporal no sólo a los asalariados con contratos temporales, sino también a los trabajadores de empresas de trabajo temporal, a los trabajadores de contrata y subcontratas, a los autónomos, a ciertas modalidades de empleo a tiempo parcial, etc., siempre, claro está, que estos servicios se presten en la empresa y, además, se presten con carácter realmente temporal. Aunque se trata de un concepto mucho menos nítido que el anterior, tiene la ventaja de facilitar la comparación internacional. Este concepto de empleo temporal en sentido amplio se aproxima a lo que en otros países se denomina empleo atípico, no estándar o contingente, concepto que se encuentra en la actualidad en el centro de un intenso debate debido al crecimiento que está experimentando en la mayoría de los países industrializados.

¿Por qué resulta importante en la actualidad profundizar en la lógica que guía al empresario cuando recurre al empleo temporal? Tratar de comprender y profundizar en las razones por las que el empresario recurre al empleo temporal resulta particularmente importante en la actualidad por, al menos, dos razones:

– Primero, porque flota en el ambiente la convicción de la superioridad del empleo estable frente al temporal en el terreno de la competitividad de la empresa y se corre el riesgo de que si los empresarios no ajustan su conducta a este punto de vista, se llegue a afirmar que no saben lo que hacen, que toman decisiones contrarias a sus intereses, que su conducta está impulsada por una visión a corto plazo perjudicial, hasta llegar, incluso, a considerar que se encuentran necesitados de ayuda y tutela. Aunque no se crea en la infalibilidad instintiva de nadie, tampoco en la de los empresarios, es necesaria la máxima cautela a este respecto. Cuando los agentes económicos de forma masiva adoptan una determinada conducta, como ocurre con el recurso de los empresarios al empleo temporal, es improbable que lo hagan en perjuicio de sus intereses. Otra cuestión bien distinta serán los intereses de los trabajadores o incluso los de la sociedad en su



conjunto. Esto se relaciona con lo que algunos autores han denominado las externalidades negativas de la temporalidad, problemática esta que no va a ser abordada¹.

- Segundo, porque en general se tiende a asociar, y en España más, empleo temporal con precariedad, con trabajo poco cualificado e incluso con prácticas irregulares. Aunque esta asociación pueda ser parcialmente cierta, también es cierto que en la actualidad, en la mayoría de los países industrializados, se está produciendo un crecimiento muy intenso en términos relativos del empleo temporal entre los ocupados con mayores niveles de cualificación. No se puede pasar por alto el hecho de que en España, de acuerdo con la información del último censo de 2001, la tasa de temporalidad de los asalariados con el nivel más elevado de cualificación posible, los técnicos y profesionales, científicos e intelectuales, era ya del 24,38 por ciento. A pesar de esta realidad, el estereotipo del trabajador atípico como una persona que tiene un nivel de cualificación y de conocimientos inferiores a los trabajadores típicos se encuentra todavía ampliamente extendido.

¿Cómo se ha justificado tradicionalmente desde el campo de estudio de la Dirección de Empresas el recurso del empresario al empleo temporal? La respuesta es inmediata, esta justificación se ha situado en el terreno de los costes y de la flexibilidad, ambos en íntima conexión. No obstante, estas justificaciones se pueden dividir en dos grandes grupos: las que tienen un carácter general y las que son de aplicación a países, casos o circunstancias concretas.

Las que tiene un carácter general son fundamentalmente dos:

- De una parte, se afirma que el empleo temporal permite una gestión más eficiente de la capacidad productiva de la empresa. Las empresas utilizan a trabajadores temporales en actividades en las que existen fluctuaciones de entidad en la demanda de los productos o servicios suministrados. Incluso la investigación a este respecto muestra que en aquellas empresas que sufren fluctuaciones cíclicas en su cartera de pedidos, el sentimiento de seguridad en el empleo que experimentan los trabajadores fijos se encuentra relacionado con la existencia de un cierto porcentaje de empleo temporal.

- De otra parte, el empleo temporal constituye una fuente importante de flexibilidad. Si una empresa desea abandonar o limitar el alcance de una actividad, pero ello comporta una reducción en el nivel de empleo, esta reducción suele llevar aparejada en la práctica importantes costes para el empresario. Tales costes pueden ser reducidos o incluso evitados si la empresa utiliza trabajadores temporales para llevar a cabo estas actividades.

1 Bendapudi, V., Mangum, S.L., Tansky, J., W., Fischer, M.,M., (2003), "Nonstandard Employment Arrangements: a proposed typology and Policy Planning Framework", Human Resource Planning, 26, 1, pp: 24-40.



A estos dos argumentos se suelen unir otros que pueden tener su importancia en países, circunstancias o casos concretos, pero que carecen de la contundencia de los anteriores:

– En primer lugar, se señala que el empleo temporal se utiliza como una **herramienta de motivación**, al conectarlo con la generación de expectativas de continuidad del trabajador en la empresa. La contratación temporal proporciona al empresario una herramienta de motivación simple, elemental, transitoria, pero en muchos casos más efectiva y más fácil de introducir y gestionar que otras técnicas más sofisticadas. Se trata de lo que se denomina en teoría de la motivación un estímulo negativo, porque se basa en el temor a que el contrato temporal no sea renovado o no se convierta en fijo, pero que cristaliza en conductas que sintonizan con los objetivos de los empresarios de mayor disponibilidad y mayor esfuerzo laboral. No obstante, hay que aclarar que esta interpretación de la contratación temporal como herramienta de motivación se encuentra supeditada a que el trabajador albergue esperanzas de continuidad en la relación con el empresario, lo que no se produce en todos los casos. En España existen indicios acerca de la importancia que han adquirido ciertas prácticas relacionadas con la temporalidad que mantienen al trabajador expectante acerca de una futura relación laboral con la empresa, lo que supone un fuerte estímulo al rendimiento. Las empresas consultoras en materia de recursos humanos y los gabinetes de selección indican que las bases de datos de antiguos trabajadores temporales que poseen las empresas constituyen, en muchos casos, una fuente importante de reclutamiento. Por su parte, una investigación reciente, publicada en 2004, y desarrollada en Holanda por Nicole Torka², muestra cómo una de las razones por las que no se encuentran diferencias significativas entre los trabajadores típicos y atípicos, en el compromiso que desarrollan con las diversas facetas del trabajo, radica en que los empresarios generan en los trabajadores atípicos, a través de muy diversos mecanismos, expectativas de una relación a más largo plazo con la empresa. Entre estos mecanismos se encuentran pedir a las Empresas de Trabajo Temporal un trabajador concreto, anunciar que serán convocados a un proceso de selección en la misma empresa, generar expectativas sobre la posibilidad de ocupar un empleo estándar o típico, etc.

Además, frecuentemente se critica la importancia que ha adquirido en España el encadenamiento de los contratos, práctica que mantiene al trabajador igualmente expectante acerca del futuro de su relación laboral con la empresa.

En el primer trimestre de 2005 la Encuesta de Población Activa, midiendo la antigüedad en el empleo actual y el tiempo transcurrido desde el comienzo o la renovación del contrato temporal por tramos de tiempo (menos de tres meses, de tres a cinco meses, etc.) mostraba que cerca del 40 por ciento de los trabajadores temporales tenían una

2 Torka, N., (2004), "Atypical Employment Relationships and Commitment: Wishful Thinking or HR Challenge?", *Management Revue*, 15, 3, pp: 324–343.



antigüedad en su empleo actual superior al tiempo transcurrido desde el comienzo o la renovación del contrato temporal.

Por su parte, la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo detectaron en 2001 contratos temporales fraudulentos en la mitad de las empresas que investigaron dentro de una operación especial, que afectó a 5.500 empresas. La operación tenía como objetivo detectar los contratos temporales irregulares que encubrían, con prórrogas y renovaciones, relaciones laborales de carácter indefinido.

– En segundo lugar, también se apunta que el empleo temporal permite reducir los costes de reclutamiento y selección. La razón es que la selección no tiene por qué ser tan rigurosa y exhaustiva como en el caso del empleo indefinido. Aunque se plantea la duda de si la frecuencia con que el empleo temporal obliga a incurrir en este tipo de costes compensa o no su menor cuantía. La contratación temporal también permite reducir los costes de selección de los trabajadores fijos, convirtiéndose en un instrumento de selección particularmente seguro y barato. Ante la falta de capacidades organizativas y ante el coste que supone el recurso a los gabinetes de selección, sobre todo en el caso de las pequeñas y medianas empresas y, en general, ante la desconfianza que surge en torno a la fiabilidad y validez de las diversas herramientas y técnicas de selección de personal, la contratación temporal desempeña la función de convertirse en un instrumento de selección particularmente seguro. La única herramienta de selección que puede ser asimilable en cuanto a su lógica a la contratación temporal es el periodo de prueba. Sin embargo, la mayoría de las empresas gestionan este periodo de forma ritual y burocrática. Además, la contratación temporal constituye en muchas empresas un primer paso, o incluso un segundo paso, el primero es el de becario, en la carrera profesional del trabajador que el empresario utiliza para la gestión de la misma. El empresario contrata inicialmente al trabajador inspirado por la filosofía de “de momento temporal y, luego, ya veremos” lo cual, además, se ha visto favorecido durante muchos años en España por los incentivos a la conversión de los contratos temporales en indefinidos.

– En tercer lugar, el empleo temporal puede también dar lugar a una reducción de los **costes salariales explícitos**. En España, por ejemplo, si se recurre a la Encuesta de Estructura Salarial del Instituto Nacional de Estadística, se observa que en todas las Comunidades Autónomas, para uno y otro sexo, para todos los tipos de ocupación, para los diversos niveles de instrucción, para todas las ramas de actividad contempladas, para casi todos los tramos de edad e incluso para un mismo nivel de antigüedad, los asalariados con contratos temporales tienen ingresos salariales anuales brutos menores que los asalariados con contratos indefinidos. En un entorno altamente competitivo los márgenes de beneficio disminuyen, y el control sobre los costes y especialmente sobre los costes laborales adquiere una gran importancia para aquellas empresas con menores grados de libertad con respecto al mercado. Una manera simple de reducir estos costes en España ha sido el recurso a la contratación temporal. Además, la competencia en precios sigue siendo muy importante en muchos sectores de actividad y la necesidad de reducir costes se convierte en una necesidad.



Las explicaciones tradicionales complementan estos argumentos, que abundan con más o menos solidez en la reducción de costes, con dos cautelas de extracción teórica diferente, pero relacionadas con el menor compromiso de los trabajadores temporales en comparación con los fijos y con el eventual impacto negativo de este menor compromiso sobre los costes laborales unitarios:

– La primera, que tiene relación con la teoría de los **Costes de Transacción**, advierte que si el empleo temporal se utiliza para dar cobertura a puestos de trabajo en los que la medida del rendimiento es difícil a corto plazo, se corre el riesgo de que prevalezca el comportamiento oportunista del trabajador. Desde esta óptica se estima que el empleo temporal comporta menos riesgos para el empresario cuando se utiliza en puestos de trabajo en los que el rendimiento del trabajador se puede medir sin ambigüedad a corto plazo, es decir, se puede controlar con rigor a corto plazo³.

– La segunda, que nace de la **Teoría del Intercambio Social y de las Normas de Reciprocidad**, considera que el compromiso del trabajador no es más que una respuesta al compromiso del empresario, y que la manifestación fundamental de este último es la estabilidad en el empleo. Desde esta perspectiva se considera que el compromiso del trabajador se materializa a través de un contrato psicológico de tipo relacional, en el que el horizonte de la relación entre empleado y empresario es el largo plazo. Convicción que se encuentra muy presente en el enfoque de las **Prácticas de Dirección de Alta Implicación** que se postula desde la Dirección Estratégica de los Recursos Humanos⁴.

La idea de que la temporalidad constituye en la actualidad un obstáculo insalvable para lograr el compromiso de los trabajadores, al menos de los trabajadores jóvenes, no es en muchos casos más que el fruto de un prejuicio generacional. Prejuicio que tiene su origen en la socialización de varias generaciones en las reglas de lo que después de la Segunda Guerra Mundial se ha venido considerando una relación de empleo equilibrada.

Los jóvenes se han adaptado ya, por la fuerza de las cosas, a un contrato psicológico de tipo transaccional, a corto plazo, y que supone un nuevo tipo de intercambio: el trabajador aporta compromiso, que resulta más necesario que nunca, es cierto, pero la empresa aporta ahora una nueva forma de seguridad a la que se denomina empleabilidad.

No se trata de lo que tradicionalmente se ha entendido por seguridad en el empleo, sino que se trata ahora de la seguridad que proporciona al trabajador la actualización y el incremento de su capital humano a través de la experiencia laboral, y que le permite eliminar o al menos reducir al mínimo los períodos en los que se está sin trabajo.

3 Bendapudi, V., Mangum, S.L., Tansky, J., W., Fischer, M.,M., (2003), Op. cit. pp: 31 y 32.

4 Pfeffer, J. (1998), "Seven Practices of Successful Organizations", California Management Review, Vol. 40, N. 2, Winter, pp: 96– 124.



Además, lo que con frecuencia no se tiene presente es que la empleabilidad constituye una poderosa fuente de motivación y compromiso. La empresa, al ofrecer un empleo, aunque sea temporal, ofrece una oportunidad, pero la empleabilidad sólo la consigue el trabajador con esfuerzo y rendimiento. Un investigador novel tiene una oportunidad única de aumentar su capital humano trabajando junto a un investigador experimentado. Pero este incremento de capital humano no se logra por contagio u ósmosis, sino que solo puede ser el resultado del esfuerzo y rendimiento del investigador novel. En otras palabras, el valor añadido de un empleo en términos de capital humano para el trabajador es algo que inicialmente sólo existe en potencia, y es con el esfuerzo del empleado como se obtiene la experiencia que hace real ese valor.

¿Cómo justifican las aportaciones más recientes dentro del campo de estudio de la Dirección de Empresas el recurso del empresario al empleo temporal? Para responder a esta pregunta y poder profundizar en la lógica del empresario en el actual marco competitivo es necesario abordar tres cuestiones relacionadas entre sí:

- La primera, el concepto y el origen de las ventajas competitivas.
- La segunda, la importancia que, en el actual marco competitivo, se asigna al conocimiento como fuente de este tipo de ventajas.
- La tercera, el impacto que el empleo temporal tiene sobre el conocimiento existente en el seno de la empresa.

Comenzando por la primera cuestión **¿qué es la ventaja competitiva y cuál su origen?** Hablar de la ventaja competitiva es hacer referencia a la piedra filosofal de la Dirección de Empresas. Se considera que una empresa desarrolla una ventaja competitiva cuando es capaz de crear, al mismo coste, más valor para los consumidores que otros competidores, o cuando creando el mismo valor para el consumidor lo hace a un menor coste que sus competidores. Ya sea por una vía, crear más valor para el consumidor al mismo coste, o por otra, crear el mismo valor para el consumidor a un coste menor, o por las dos a la vez, o por otro tipo de combinaciones, lo cierto es que una empresa obtiene una renta superior, unos resultados superiores, al resto de las empresas que rivalizan con ella. Se trata de una superioridad competitiva. Además, cuando los rivales intentan pero no pueden contrarrestar esta superioridad, se afirma que la ventaja competitiva es sostenible.

El concepto puede ser mejor comprendido mediante los siguientes ejemplos. Una empresa desarrolla una ventaja competitiva cuando es capaz de crear más valor económico que otros competidores en el mercado en el que opera ofreciendo el mismo tipo de producto. El valor económico creado viene determinado por la diferencia que existe entre el valor para el consumidor, interpretado como lo que se encuentra dispuesto a pagar dadas las características del producto o servicio, y el coste que representa su generación para la empresa. El precio del producto permite dividir el valor económico creado en excedente de la empresa y excedente del consumidor. La ventaja competitiva puede ser generada por una empresa en un determinado mercado creando un mayor valor económico para el consumidor, logrando unos menores costes unitarios totales o a través de ambas vías de



forma simultánea, u otras combinaciones, siempre suponiendo que la variable clave que condiciona las decisiones del consumidor es su excedente, es decir, la diferencia entre el valor económico que tiene para él el producto o servicio y el precio establecido por la empresa y suponiendo también que el consumidor dispone de la renta necesaria.

TABLA Nº 1.

Conceptos	Empresa A	Empresa B
Costes unitarios totales	20	20
Valor económico para el consumidor	300	280
Valor económico creado	280	260
Precio unitario	150	130
Excedente del consumidor	150	150
Excedente de la empresa	130	110
Renta adicional	20	

En la Tabla nº 1 se puede observar el caso de dos empresas rivales con los mismos costes unitarios totales del producto que fabrican y venden, a razón de 20 € por unidad. La diferencia fundamental entre una empresa y otra es que la Empresa "A" lanza al mercado un producto que tiene un mayor valor económico para el consumidor que la Empresa "B", concretamente 300 € frente a 280 €. Este mayor valor económico para el consumidor le permite a la Empresa "A", fijar un precio superior que la Empresa "B", 150 € frente a 130 €, manteniendo en ambos casos el excedente del consumidor en 150 €. Al consumidor le resultará indiferente pagar 150 € a la Empresa "A" que 130 € a la "B" ya que su excedente es el mismo en ambos casos. Esta ventaja competitiva permitiría a la Empresa "A" obtener una renta de 20 €.

TABLA Nº 2.

Conceptos	Empresa A	Empresa B
Costes unitarios totales	10	30
Valor económico para el consumidor	300	300
Valor económico creado	290	270
Precio unitario	150	150
Excedente del consumidor	150	150
Excedente de la empresa	140	120
Renta adicional	20	

En la Tabla nº 2 se puede observar el caso, igualmente, de dos empresas rivales con diferentes costes unitarios totales del producto que fabrican y venden, a razón de 10 € en la "A" y 30 € en la "B". En esta ocasión ambas empresas fabrican y venden al mismo precio un producto que tiene un mismo valor económico para el consumidor, 300 €. Son los menores costes unitarios totales los que permiten a la Empresa "A", fijando un precio idéntico al de la Empresa "B" de 150 €, obtener un excedente de 140 frente a 120 €.



Esta ventaja competitiva permitiría a la Empresa “A” obtener una renta adicional de 20 €. En ambos casos esta renta superior es la materialización de la ventaja competitiva⁵.

La pregunta que surge de forma inmediata es la siguiente **¿cuál es el origen o cómo se logran las ventajas competitivas sostenibles?** La respuesta a este interrogante ha ido cambiando con el paso de los años. Durante la década de los 80 el interés se centraba en identificar los sectores y los mercados con las condiciones más favorables para permitir a la empresa obtener una rentabilidad superior. Sin embargo, desde el inicio de la década de los 90, con los cambios que se han producido en los mercados y con el surgir o resurgir de la Teoría de los Recursos y Capacidades, se considera que la estrategia, además de responder a las exigencias del mercado, debe tener como base fundamental los recursos y capacidades internas de la empresa. En la actualidad, por tanto, la unidad básica de análisis para el desarrollo de la ventaja competitiva son los recursos tangibles e intangibles de la empresa y, también, las capacidades, ya que en la mayoría de los casos los recursos aislados no son decisivos, sino que es la interacción de los mismos lo que genera las habilidades para desarrollar actividades productivas concretas.

En el marco de esta teoría se considera que los recursos y capacidades que son valiosos, escasos, difícilmente imitables y transferibles y que permiten a la empresa la apropiación de las rentas que generan, constituyen una fuente de ventajas competitivas sostenibles. Además, en el seno de la reflexión estratégica se ha consolidado la idea de que los mercados de factores o de recursos tangibles (materias primas, recursos financieros, equipos,...) son cada vez más eficientes o más competitivos, por lo que resulta difícil que reúnan las características anteriormente mencionadas. Lo que se puede vender y comprar con facilidad no puede ser la base de una superioridad competitiva que se mantenga en el tiempo. Paralelamente se considera que son los recursos intangibles (patentes, marca, reputación, cultura,...) y dentro de ellos especialmente el conocimiento la fuente más importante de estas ventajas. La mayoría, por no decir todas, las capacidades o competencias organizativas no son más que la integración de diferentes activos de conocimiento especializado de un número de individuos. La capacidad de un hospital en cirugía cardiovascular, por ejemplo, depende de la integración del conocimiento especializado de un número de personas, cirujanos, anestesiólogos, radiólogos, enfermeras y diversos tipos de técnicos.

Pero, ¿cómo se explica la importancia que se asigna, en el actual marco competitivo, al conocimiento existente en el seno de la empresa como fuente de ventajas competitivas sostenibles?

El conocimiento ha llegado a adquirir tal protagonismo en las teorías más recientes de la Dirección de Empresas que incluso algunos autores justifican la existencia de la propia institución empresarial con base al mismo.

5 Peteraf, M., A., Barney, J., B., (2003), “Unraveling The Resource-Based Tangle”, *Managerial and Decision Economics*, 24, pp: 309-323.



Hasta hace pocos años la mayoría de los economistas respondían al interrogante de por qué existen las empresas con argumentos relacionados con la presencia de conductas oportunistas. Algunos llegaban incluso a afirmar que en un mundo sin oportunismo las transacciones de mercado lo dominarían todo. Frente a esta posición doctrinal un número cada vez mayor de economistas considera que, aunque no existiera el problema del riesgo moral, la institución empresarial continuaría existiendo por razones relacionadas con el conocimiento. Aunque no exista todavía unanimidad en torno a cuáles son exactamente estas razones. En este sentido los diversos autores que justifican la existencia de la empresa con base al conocimiento se dividen al enfatizar que la clave se encuentra en unos casos en su creación, en otros, en su protección, en otros, en su transferencia, y todavía, en otros, en la integración de diversos tipos de conocimiento especializado⁶. Las empresas existen, por tanto, no solo para evitar algo negativo, el oportunismo, sino, sobre todo, para lograr algo positivo relacionado con un recurso crucial, el conocimiento⁷.

Se trata de un debate realmente estimulante al que se hace referencia simplemente para ilustrar la relevancia adquirida por el conocimiento incluso en la explicación del significado profundo de la institución empresarial.

Pero para continuar con lo que ahora concretamente interesa, el conocimiento como fuente de ventajas competitivas, es necesario diferenciar, tal como hace, por ejemplo, A. Chua⁸, entre los distintos tipos de conocimientos valiosos que existen en el seno de la empresa. En este sentido se distingue entre:

– En primer lugar, el conocimiento individual y el colectivo. El primero es muy obvio, se refiere al que tiene un individuo en el seno de la organización, el que desaparece de la empresa cuando el individuo se marcha de ella. Cuando el conocimiento individual es compartido se convierte en colectivo. El conocimiento colectivo es, por tanto, el que mantienen en común un grupo de miembros de la empresa. Lógicamente, dentro del conocimiento colectivo es posible diferenciar diferentes grados en función de lo extendido que se encuentre. También hay que decir que a veces no interesa que el conocimiento se difunda más allá de ciertos límites para, de esta forma, evitar filtraciones o al menos limitar el riesgo de que se produzcan.

Pero el debate más relevante a este respecto, incluso en círculos filosóficos y sociológicos, consiste en si se puede hablar en la empresa de un conocimiento colectivo, social si

6 Grant, R., M., (1996), "Toward a Knowledge-Based Theory of the Firm", *Strategic Management Journal*, Winter, pp: 109 a 122.

7 Conner, K., R., (1991), "A Historical Comparison of Resource-Based Theory and Five Schools of Thought Within Industrial Organization Economics: Do we have a new theory of the firm?", *Journal of Management*, Vol.17, N.1, pp: 139.

8 Chua, A., (2002), "Taxonomy of Organisational Knowledge", *Singapore Management Review*, Vol. 24, N° 2, pp: 69-76.



se quiere, como algo real y cualitativamente distinto de la mera agregación de los conocimientos individuales.

Existen autores que se sitúan en un extremo al afirmar que todo aprendizaje organizativo tiene lugar en el interior de la mente humana: una organización aprende sólo de dos maneras: a) mediante la formación de sus componentes, b) mediante la entrada de nuevos miembros que tienen conocimientos que no existían con anterioridad en el seno de la empresa.

Otros autores afirman que existe un conocimiento que es atributo de la empresa como conjunto, como entidad organizada, y que no se puede equiparar a lo que una sola persona conoce, ni incluso a una simple y mera agregación de las diversas competencias y capacidades de todos los individuos, equipos e instalaciones de la empresa. Se trata de algo distinto, de algo más.

En el seno de la reflexión estratégica se considera que, en general, es más probable que el conocimiento colectivo se encuentre en el origen de ventajas competitivas que el individual, por una serie de razones:

- Primero, depende menos de la continuidad de un empleado concreto y por ello resulta menos volátil.
- Segundo, facilita el carácter apropiable de la ventaja por parte de la empresa, porque nadie individualmente es indispensable.
- Tercero, porque si existe un conocimiento colectivo basado en la complejidad social, este resulta extraordinariamente difícil de imitar.

Los beneficios que genera la ventaja competitiva tienen como destinatario a los propietarios de los recursos. El problema es que en muchos casos cuando las ventajas competitivas se basan en capacidades y conocimientos de los recursos humanos, existe una tensión permanente entre el empleado y la empresa. El primero por mantener el monopolio de estos conocimientos y la empresa por socializar estos conocimientos. Cuando el trabajador consigue mantener este monopolio es más probable que se apropie de una parte sustancial de las rentas generadas por la ventaja competitiva, fundamentalmente a través de una elevada retribución. Cuanto más incrustados se encuentren los conocimientos en las redes sociales, en los equipos, en las rutinas de la organización, en los procedimientos operativos, etc. más débil será la posición negociadora de un empleado concreto con respecto a la empresa. En este sentido, existen autores que prestan una especial atención a los procesos de transformación del capital humano individual en capital social y organizativo, interpretando esta transformación en clave de poder y de apropiación por parte de la empresa de las rentas generadas. Por esta razón la formación del conocimiento colectivo y la conversión del conocimiento individual en colectivo interesa tanto a los investigadores en este campo.

- En segundo lugar, es posible distinguir entre el conocimiento explícito y el tácito. Se trata de una distinción que tiene su base en los costes de transmisión o en la dificultad



para transmitir el conocimiento a otras personas. Por ejemplo, los pasos necesarios para arrancar un ordenador personal y enviar un e-mail comportan conocimiento explícito, ya que puede ser fácilmente documentado, escrito y transmitido a través de la descripción de un conjunto de actividades que se desarrollan de forma secuencial. El conocimiento tácito o implícito resulta difícil de transmitir a otra persona. El hecho de conocer más de lo que se puede decir sirve para ilustrar esta dimensión tácita. El sistema de aprendizaje gremial ilustra a las claras la forma de transmitir conocimiento tácito:

- Primero, el maestro artesano puede hacer frente a la enseñanza simultánea de un número limitado de discípulos.
- Segundo, sus enseñanzas se difunden, más que a través de preceptos o instrucciones generales, a través de ejemplos.
- Tercero, los ejemplos que ofrece resultan inicialmente confusos y ambiguos para sus discípulos, de manera que el aprendizaje tiene lugar a través de una repetición que consume tiempo y que de forma casi misteriosa se produce gradualmente.
- Finalmente, la maestría del discípulo de un artesano o sus capacidades serán idiosincrásicas y nunca serán una mera copia de las del maestro⁹.

En 1996 J.C. Spender¹⁰ presentó una tipología relacionando las dimensiones individual-colectiva y explícita-tácita del conocimiento y a partir de esta taxonomía diversos autores¹¹ han señalado que las empresas que obtienen mejores resultados son las que crean y gestionan el conocimiento colectivo y tácito de forma más eficiente. Una de las razones que se esgrimen para explicar esta conclusión es que este tipo de conocimiento resulta muy difícil de imitar por parte de las empresas rivales.

No cabe duda de que el conocimiento tácito se encuentra más relacionado con el carácter sostenible de la ventaja competitiva que el explícito ya que resulta por sus propias características mucho más difícil de imitar y transmitir. Muchas veces el conocimiento tácito resulta difícil de duplicar incluso dentro de la propia empresa. Los problemas relativos a "la ambigüedad causal"¹² y a la "selección adversa"¹³, que obstaculizan la imitación y la transmisión de las fuentes de ventajas competitivas de unas empresas a

9 Teece, D., J., (1998), "Capturing Value from Knowledge Assets", California Management Review, Spring, 40, 3, pp:55-79.

10 Spender, J., C., (1996), "Making knowledge the basis of a dynamic theory of the firm", Strategic Management Journal, Winter, 17, pp: 45-62.

11 Nahapiet J., Ghoshal, S. (1998), "Social capital, Intellectual capital and the Organizational Advantage", Academy of Management Review, Vol. 23, Issue 4, pp: 242-266.

12 Si una empresa desea imitar la ventaja competitiva de otra debe comprender las razones de su éxito, es decir, debe comprender las conexiones causales de la ventaja. El problema surge porque en muchos casos es difícil identificar la relación entre los resultados superiores y los conocimientos exactos que los generan. Si existe ambigüedad con respecto a cuáles son las causas del éxito, cualquier intento de imitar esta estrategia tendrá un éxito incierto.

13 Muchos compradores no estarán dispuestos a adquirir o a pagar lo que vale el recurso por falta de información fiable sobre la calidad y productividad del mismo. Esta es una importante fuente de inmovilidad de muchos recursos, por ejemplo, de los conocimientos tácitos valiosos, que no encuentran compradores al precio deseado debido a problemas de asimetría en la información.



otras, es más probable que se encuentren relacionados con el conocimiento tácito que con el explícito. La existencia del conocimiento tácito contribuye de forma decisiva a que no exista un mercado eficiente y competitivo del conocimiento.

– En tercer lugar, se diferencia entre conocimiento público y privado. El público hace referencia a todo conocimiento que puede ser de dominio público. La gestión de la calidad total, los inventarios “just-in-time”, errores cero, matrices de potencial

– rendimiento, “feedback-360º”, técnicas de detección de necesidades formativas, técnicas de formación de equipos, etc. son todos ellos ejemplos de las denominadas mejores prácticas que tienen un carácter público. La mayoría de los autores consideran que por definición el conocimiento público no puede ser fuente de ventajas competitivas por no ser escaso y ser imitable. Lo cual es cierto en la mayoría de los casos, aunque es posible encontrar algunas excepciones¹⁴.

El conocimiento privado, por el contrario, es único o específico de la empresa y puede ser con más frecuencia fuente de ventajas competitivas, ya que resulta más fácil que reúna las características de la escasez y de una mayor dificultad de imitación.

Si un tipo de conocimiento en cuestión abunda en el sector, puede que sea esencial para participar en él, pero no proporciona una base suficiente para la generación de una ventaja competitiva. Para que el conocimiento se encuentre relacionado con el desarrollo de ventajas competitivas debe ser, además de valioso desde la óptica competitiva, escaso. Los activos humanos que son específicos de la empresa resultan escasos por definición ya que se trata de capacidades, conocimientos y relaciones que solamente pueden ser aplicables y, lo que es más importante, obtenidos en el seno de la empresa.

Si se interpreta a la formación como capital o patrimonio, es decir, como un bien intangible que poseen los trabajadores y que ha sido adquirido a lo largo del tiempo, el capital humano de un trabajador en una empresa concreta puede ser clasificado en algún punto del continuo que va de un capital humano completamente general a otro completamente específico.

– El primero es de utilidad en otras empresas e incrementa la productividad del trabajador en la misma cuantía en la empresa donde está que en el resto.

– El segundo, es aquel que sólo aumenta la productividad en la empresa donde trabaja y donde ha adquirido esta formación, ya sea de manera formal o informal.

El proporcionar uno u otro tipo de formación tiene una serie de consecuencias económicas desde el punto de vista de los salarios y de la financiación de la formación, pero lo que interesa destacar en este momento es que la formación específica genera activos

14 Matusik, Sh., F., (2002), “An empirical investigation of firm public and private knowledge”, *Strategic Management Journal*, 23, pp: 457-467.



humanos específicos y por definición escasos ya que son privativos de la empresa que permite su acumulación.

No obstante, esta diferencia no debe llevar a pensar que el conocimiento público carece de importancia en la actual dinámica competitiva, ya que el fracaso en aplicar este conocimiento público dentro de la empresa puede ser una fuente de desventaja. Además, puede existir cierto conocimiento, que aunque sea de libre acceso, por su escasez o dificultades de adquisición, termine convirtiéndose en fuente de ventajas competitivas.

¿Se puede deducir de lo indicado que una empresa que acumule un conocimiento valioso, escaso, no imitable ni transferible y apropiable, en lo relativo a sus rentas, tiene garantizada una ventaja competitiva sostenible? La respuesta es categórica: Sí. Pero sí, siempre que sea capaz de lograr que el conocimiento conserve estas cualidades. El problema es que en ciertos entornos denominados hiper-competitivos el conocimiento no sólo es que se encuentre sometido al proceso de erosión propio de la competencia capitalista, sino que además se producen cambios frecuentes en las propias bases de la competición, que dan lugar a que lo que hoy es valioso deje rápidamente de serlo.

Hecha esta breve incursión en el ámbito del conocimiento empresarial autores como Matusik y Hill¹⁵ profundizan en la relación que existe entre el empleo temporal y algunos de los tipos de conocimiento que han sido comentados, afirmando que:

- En primer lugar, el empleo temporal constituye un mecanismo especialmente útil para el acceso y la renovación de conocimiento público por parte de la empresa.

- En segundo lugar, con respecto al conocimiento privado y específico de la empresa, los trabajadores temporales pueden desencadenar dos procesos opuestos: uno de diseminación y otro de creación de conocimiento.

- De una parte, la rotación consustancial al empleo temporal puede diseminar conocimiento privado valioso en el entorno externo y producir con ello una erosión de la ventaja competitiva de la empresa.

- De otra parte, y como contrapunto al apartado anterior, el trabajador temporal puede estimular la creación de nuevo conocimiento privado en el seno de la empresa. Tradicionalmente, cuando desde la óptica de la Dirección de los Recursos Humanos se ha debatido acerca de las ventajas e inconvenientes de la promoción interna frente al reclutamiento externo, siempre se ha apuntado en el haber de esta segunda opción la entrada de savia nueva, la aportación de nuevos puntos de vista, el estímulo de la innovación y la generación de nuevos conocimientos. Siempre se ha considerado que una rotación moderada de empleados, una salida y entrada moderada de empleados,

15 Matusik, Sh., F., Hill, Ch., W., (1998), "The utilization of contingent work, knowledge creation and competitive advantage", *Academy of Management Review*, Vol. 23, N°.4, pp: 686-688.



promueve la creación de conocimiento. Hay que tener presente que el conocimiento se crea a través de la interacción entre individuos que tienen conocimientos que difieren en tipo y contenido. En la actualidad, que se ha profundizado mucho más en el análisis de este recurso crucial, las aportaciones de Nonaka y colaboradores han mostrado cómo la llegada de trabajadores a la empresa estimula la conversión de conocimiento entre las dimensiones tácita y explícita así como entre los niveles individual y colectivo y han mostrado cómo estos procesos de conversión entre los distintos tipos de conocimientos forman una espiral a través de la cual el stock de conocimientos de la empresa se expande, renueva y actualiza¹⁶.

Si, como se acaba de indicar, el recurso al empleo temporal puede tener efectos tanto positivos como negativos desde la óptica competitiva, al ser una fuente de diseminación de conocimientos valioso y también una fuente de renovación y de creación de conocimientos, el problema que se plantea es **cuándo y dónde será utilizado el empleo temporal**¹⁷.

En este sentido cabe señalar que existen dos factores relacionados con las características del marco competitivo en el que opera la empresa que tienen una notable importancia al respecto:

- El primero es el carácter de las presiones competitivas en materia de costes. Cuando estas presiones son suaves, los ahorros en costes que se pueden lograr a través del empleo temporal tienen un valor limitado. Por su parte, cuando son intensas, las diversas fórmulas de ahorro en costes, entre las que se encuentra el empleo temporal, adquieren un mayor valor.

- El segundo es el carácter de las presiones competitivas en el terreno del cambio y de la innovación. Las presiones competitivas en el terreno del cambio y la innovación suelen ser intensas en entornos dinámicos caracterizados por un cambio tecnológico rápido, por productos con un ciclo de vida reducido y por un dominio, cada vez más frecuente, de los procesos schumpeterianos de destrucción creativa. Algunos autores como Teece denominan a esta nueva forma de rivalidad hiper-competición y la caracterizan a través de una serie de rasgos, de los cuales solamente mencionaremos algunos¹⁸:

- En primer lugar, por la generación de economías de escala extremas. Una característica del siglo XX ha sido la transición de una economía basada en la mecánica a otra basada en el software, con costes iniciales de creación muy elevados y copias

16 Nonaka, I., Toyama, R., (2003), "The knowledge-creating theory revisited: knowledge creation as a synthesizing process", Knowledge Management Research & Practice, 1, pp: 2-10.

17 Matusik, Sh., F., Hill, Ch., W., (1998), Op. cit. pp: 690.

18 Teece, D., J., (2000), "Strategies for Managing Knowledge Assets: the role of firm structure and industrial context", Long Range Planning, 33, pp: 35-54.

Teece, D., J., (1998), Op. cit. pp: 55-61.



posteriores muy baratas. En los productos de alta tecnología casi todo son costes fijos iniciales de desarrollo del producto, mientras que en los productos tradicionales no sólo hay unos costes fijos de diseño y desarrollo sino también unos costes fijos de funcionamiento y, sobre todo, unos costes variables que representan una parte importante del coste final del producto. En los productos tradicionales si no vendo, no gano, pero tampoco incurro en ciertos costes. En los nuevos productos si no vendo, no gano y, además, ya he incurrido en todos los costes posibles, lo que da lugar a que las empresas de ciertos sectores compitan más intensamente que nunca por las cuotas de mercado. Además, en muchos casos los gastos de investigación y desarrollo y las grandes inversiones asociadas a la producción de un nuevo producto o un nuevo diseño son tan importantes que sólo son económicamente viables si se fabrican y venden en volúmenes muy superiores a las demandas de un sólo país.

– Una segunda característica es la creciente importancia de las externalidades de red¹⁹. El valor de un bien o servicio para el consumidor depende del número de usuarios del producto. Las externalidades de red producen una retroalimentación positiva. La tecnología o el sistema que tenga la base instalada más amplia atrae a la mayor proporción de nuevos compradores por los beneficios que reporta ir con el líder del mercado. Por el contrario, cuando más se aprecia que una tecnología es minoritaria en el mercado, más usuarios nuevos y existentes se pasarán al líder.

– En tercer lugar, la competición en el mercado se ve sustituida por la competición por el mercado. Todo lo anteriormente indicado no es incompatible con la idea de que la posición dominante en el mercado se encuentre continuamente amenazada por una intensa competencia. Una vez que un producto ha adquirido una posición de dominio en el mercado, los competidores impulsan uno nuevo, lo que en muchos casos exige el tener que desarrollar una nueva tecnología radicalmente distinta. Cualquier sector empresarial puede llegar a resultar afectado por los llamados “shocks schumpeterianos”, que comportan cambios sustanciales en la forma de competir en un sector y la desaparición de las ventajas competitivas de las que disfrutaba una empresa. La fotografía digital amenaza a la convencional, los “pen-drive” están comenzando a amenazar a la tecnología de los CDs, y tantos otros ejemplos.

– En cuarto lugar, se ha producido una notable expansión de lo que puede ser objeto de **intercambios comerciales**. Los mercados no sólo se han liberalizado sino que también han generado muchos tipos de productos intermedios inexistentes hasta ahora.

Los efectos de los cambios mencionados unidos a otros como la liberalización y globalización de los mercados y la desregulación de muchas industrias, han generado un nuevo paisaje competitivo donde la competencia es cada vez más intensa. Aunque

19 Véase para un análisis más detallado: Grant, R., (2004) “Dirección Estratégica”, Civitas, pp: 424 en adelante



las empresas hacen frente a entornos muy variados, se constata que la proporción de actividad económica que se desenvuelve en una economía cada vez más dinámica va en aumento. El cambio tecnológico afecta a sectores y actividades obvias, tales como los servicios de web o la banca electrónica. Pero también afecta a sectores y actividades menos obvias, tales como la agricultura, la ganadería, el comercio al por menor y la construcción, por ejemplo.

En estos contextos de hiper-competición, a la empresa le es vital mejorar y renovar continuamente su stock de conocimiento tanto público como privado y el empleo temporal puede desempeñar un importante papel a este respecto, ya que las ventajas de esta mejora y renovación superan a los inconvenientes de la diseminación de conocimiento privado valioso.

Con respecto al problema de dónde será utilizado el empleo temporal, cabe indicar que la recomendación tradicional ha sido la de confinar su utilización a los trabajos de menor relevancia en el seno de la empresa. El modelo de la “empresa flexible” ha sido durante muchos años el paradigma dominante al respecto. Un núcleo formado por trabajadores típicos, donde se llevan a cabo las actividades más importantes de la empresa, y una periferia en la que abunda el empleo temporal para llevar a cabo lo menos importante. Sin embargo, estos argumentos están siendo cuestionados en la actualidad cuando se adquiere la convicción de que en muchos casos la ventaja competitiva depende de la capacidad de la empresa para mejorar, renovar y ampliar su stock de conocimiento de forma rápida y constante. Se trata de argumentos tradicionales que pierden fuerza en la medida que la proporción de actividad económica que se desenvuelve en el marco de una economía dinámica va en aumento. En este nuevo contexto se comienza a considerar la conveniencia de que, junto a los trabajadores típicos, se integren en el núcleo de creación de valor de la empresa a trabajadores temporales, con vistas a favorecer la renovación del conocimiento público y la creación de nuevo conocimiento privado.

Como **conclusiones** fundamentales de lo expuesto cabe apuntar las siguientes:

- En primer lugar, en los próximos años analizar el empleo temporal exclusivamente desde la óptica de los costes resulta insuficiente para comprender la lógica profunda del empresario al respecto.

- En segundo lugar, el considerable incremento de la temporalidad que se está produciendo entre los ocupados con mayores niveles de cualificación nos invita a pensar que la conexión entre temporalidad y precariedad tenderá a debilitarse y que el empleo temporal está comenzando a cumplir nuevas funciones que hasta ahora han pasado desapercibidas o no se les ha prestado suficiente atención.

- En tercer lugar, en un contexto de hiper-competición, donde el desarrollo y el mantenimiento de las ventajas competitivas tienen su base en la ampliación, renovación y mejora rápida y constante del stock de conocimientos de la empresa, el empleo temporal puede cumplir importantes funciones.



– En cuarto lugar, todo parece indicar que la dinámica competitiva conduce a que el empleo temporal continuará formando parte de nuestra realidad laboral y de nuestra realidad productiva, y que las empresas necesitarán trabajadores temporales poseedores de un conocimiento público relevante, que resulte escaso en el seno de la empresa, y conocedores de las mejores prácticas del sector o de la industria.

– En quinto lugar, la propuesta tradicional de proteger el núcleo de creación de valor de la empresa mediante el empleo típico y recurrir al empleo temporal y a la externalización para llevar a cabo aquellas actividades que no forman parte del mismo, resulta en muchos casos una lógica excesivamente simple en el actual marco competitivo.

Finalmente, surgen nuevos retos para los poderes públicos y para la Dirección de Empresas, como práctica y como campo de estudio: el gran reto del futuro no será tanto cómo reducir el empleo temporal sino cómo usarlo de la manera más efectiva posible.

MANUEL ALCAIDE CASTRO



3

LA REFORMA LABORAL

REFORMA LABORAL Y CONTRATACIÓN TEMPORAL

**Sobre La Situación Laboral en España y Andalucía.
Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.**

Juan García Blasco

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Zaragoza

Síntesis del contenido de la Ponencia

La baja tasa de empleo y el alto nivel de temporalidad son dos de los grandes problemas que aquejan al mercado de trabajo español, objetivos presentes en la Declaración para el diálogo social de julio de 2004, de forma que, a través del consenso, se reclama una reforma del mercado de trabajo que logre aunar la seguridad para los trabajadores y la flexibilidad para las empresas.

Al alcance básico de este binomio hace referencia también el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva de 2006 que, arrancando de 2002 incorpora estos objetivos como uno de los fundamentales de su contenido.

Tras diversas reformas del mercado de trabajo, este muestra debilidad en lo que se refiere a esos objetivos, habiendo intervenido en este proceso los siguientes factores:

1. El cambio en el contexto económico ha provocado alteraciones del mercado de trabajo, de forma que la flexibilidad en las empresas se ha introducido casi en exclusiva a través de la contratación temporal, con una gran rotación laboral.
2. La baja tasa de ocupación y la elevada temporalidad requieren un tratamiento conjunto, al que no está ajeno el papel asumido por la negociación colectiva y la jurisprudencia, de forma que se proteja más a los trabajadores que a los puestos de trabajo.
3. La elevada tasa de temporalidad próxima al 30 por ciento afecta de manera desigual a los distintos trabajadores, sectores, ocupaciones, tipos de jornada y comunidades autónomas, superando también el nivel de otros países europeos. Ha tenido un protagonismo especial el contrato eventual y más recientemente el contrato de obra o servicio, con una evolución de la contratación indefinida muy desigual en los últimos años.
4. La recuperación del principio de causalidad y la reducción de las diferencias de coste entre trabajo temporal y fijo han sido una de las características de la intervención sobre el mercado de trabajo. Sin embargo, la negociación colectiva no ha asumido todavía el papel que le confiere la norma en el tratamiento de las figuras contractuales laborales.



5. Por último, las funciones de la temporalidad han sido muy desiguales, destacando hoy las amplias posibilidades que asume: adaptación ágil de la mano de obra y de los costes salariales.

Por todo ello, la temporalidad se puede concebir como un instrumento al servicio de varios objetivos, si bien en la actualidad hay un claro divorcio, como han puesto de relieve distintos estudios, entre su concepción en el plano jurídico y su incidencia real. Y es que hay que reparar adecuadamente en las medidas que penalicen la contratación temporal sin ofrecer alternativas de flexibilidad, pues puede acabar penalizando al empleo. Se dice así por la CEOE que los costes e incertidumbres del despido han actuado como elemento disuasorios de la contratación indefinida.

Probablemente de atenuarse la dualidad entre contratación temporal e indefinida y por la simplificación y acercamiento entre las distintas modalidades de contratación sin penalizar la creación de empleo. A veces se dice por todo ello que la fórmula “seguridad de los trabajadores” anudada a la de “flexibilidad en las empresas”, tan citada y querida por los impulsores de la reforma, no puede dar mucho de sí, es un buen slogan y una loable declaración de intenciones, pero también un terreno de muy difícil exploración.

Da a veces la impresión de que a cada intervención legal de sentido restrictivo a la contratación temporal responde el mercado con la apertura de más vías de agua. Los problemas al respecto obedecen a distintos factores, que no se dejan dominar fácilmente por un tratamiento normativo.

A algunos de estos retos pretende dar respuesta el reciente Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo, de mayo de 2006, que incorpora medidas para impulsar y apoyar la contratación indefinida y la conversión de empleo temporal en fijo, a través de la ampliación del contrato para el fomento de la contratación indefinida por la conversión de contratos temporales. De igual forma el nuevo programa de bonificaciones y plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo, sustituyendo la técnica bonificadora de las cotizaciones a la Seguridad Social por cuantías anuales y de distinta duración.

A destacar también las medidas para mejorar la utilización de la contratación temporal, con una nueva regulación sobre encadenamiento de contratos temporales y el reconocimiento del carácter indefinido cuando la contratación temporal es abusiva, así como el papel asignado a la negociación colectiva para supuestos de distintos trabajadores contratados sucesivamente para un mismo puesto de trabajo.

Estas medidas se completan con algunas modificaciones del contrato de formación y la supresión del contrato de inserción, cuya efectividad se podrá comprobar en los próximos meses cuando las propuestas de cambio normativo encuentren su recepción en el Decreto Ley que las incorpore.

JUAN GARCÍA BLASCO



DESEMPLEO Y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN LA REFORMA LABORAL

**Jornadas Andaluzas de Graduados Sociales.
Jaén, 12 y 13 de julio de 2006.**

Santiago González Ortega

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

1. Introducción

Las referencias a las prestaciones por desempleo del Acuerdo de 9 de mayo de 2006, para la mejora del crecimiento y del empleo, se han trasladado casi en su totalidad a los arts. 15 y 16 del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio (RDL 5/2006, en adelante), que reforman parcialmente los arts. 208.1 y 215.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y el RD 1043/1985, de 19 de junio, por el que se regula la protección por desempleo a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado. Hay que avanzar que el alcance de las reformas es muy limitado; no es posible otro calificativo para unas modificaciones que sólo están ordenadas a mejorar parcialmente la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos y de los trabajadores mayores de 45 años, así como a extender la tutela a los socios temporales de cooperativas de trabajo, hasta el momento excluidos de la misma.

Algo semejante sucede con las prestaciones del FOGASA. El propósito de las reformas es mejorar la protección de los trabajadores, lo que se logra ampliando los supuestos en los que se tiene derecho a las prestaciones (en concreto, en lo que hace a las indemnizaciones por fin de contrato), e incrementando la cuantía de las mismas por el expediente de incrementar los topes cuantitativos que determinan el alcance de las obligaciones económicas del FOGASA. La reforma (contenida en el art. 12 del RDL 5/2006 y que modifica varios apartados del art. 33 del ET), también afecta a aspectos más técnicos o procedimentales, al ampliar la relación de títulos o documentos que puede fundar la reclamación del trabajador al FOGASA. Por cierto que la mejora de las prestaciones, consecuencia directa de la buena situación financiera del FOGASA, tiene lugar de forma simultánea a la reducción en un cincuenta por cien de las cotizaciones empresariales.



2. Las reformas de la prestación por desempleo

Como se ha indicado, el RDL 5/2006 reforma la prestación por desempleo introduciendo medidas de mejora respecto de determinados colectivos; en concreto, los trabajadores mayores de 45 años, los trabajadores fijos discontinuos y los cooperativistas. Por otra parte, el RDL 5/2006 no recoge, aunque sí el Acuerdo, referencia alguna a ciertas reglas en materias de opción entre prestaciones por desempleo cuando se genera un nuevo derecho y no se ha agotado el anterior, así como tampoco menciones a la Renta Activa de Inserción (RAI) y al sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, abordado por un Acuerdo de 15 de diciembre de 2005. Todos estos temas se tratarán a continuación, comenzando por aquéllos que sí se han recibido en el texto del RDL 5/2006.

2.1. La mejora de la protección por desempleo de los trabajadores mayores de 45 años: eliminación de obstáculos para el acceso al subsidio

Como puede adivinarse, la mejora en cuestión no es en modo alguno general; por el contrario, se reduce a eliminar un requisito para el acceso al subsidio por desempleo de los trabajadores mayores de 45 años, permitiéndoles disfrutar de dicha prestación con mayor facilidad y menores obstáculos. Huelga insistir en el dato de que la protección por desempleo del sistema español de Seguridad Social se articula en dos niveles (tres, si se tiene en cuenta también la RAI, como más adelante se analizará): el contributivo y el asistencial (art. 206.1 LGSS). Un nivel asistencial que, en la mayoría de los casos, es una continuación o prolongación del contributivo; en el sentido de que, para acceder al nivel asistencial, es preciso haber disfrutado y agotado la prestación contributiva que le precede. Así lo exige el art. 215.1 letras a) y b) LGSS.

Pues bien, en la versión anterior de la LGSS, el acceso al subsidio por desempleo estaba abierto, y aun lo está, de forma más amplia a los trabajadores, al margen de la edad, que, además de haber agotado la prestación por desempleo (de cualquier duración) y de carecer de rentas superiores a un cierto porcentaje del SMI (un requisito general éste de la carencia de recursos de las prestaciones asistenciales), tuvieran responsabilidades familiares (art. 215.1.1, a) LGSS y arts. 7 y 18 del RD 625/1985). Sólo excepcionalmente se facultaba el acceso al subsidio sin tener responsabilidades familiares a los trabajadores que, además de los requisitos comunes, fueran mayores de 45 años en el momento del agotamiento de la prestación contributiva. Sólo que, en contrapartida, el art. 215.1, b) LGSS exigía, a diferencia de la situación anterior, que el desempleo contributivo previo hubiera tenido una duración mínima de 360 días.

Así pues, lo que el RDL 5/2006 elimina es este requisito de prestación contributiva mínima previa. De forma que el mayor de 45 años podrá acceder al subsidio de desempleo del art. 215.1 LGSS, aunque no tenga cargas familiares, y siempre que haya disfrutado de una prestación contributiva anterior de cualquier duración, a partir de la mínima de 120 días. Una prestación que tendrá una duración de sólo 6 meses improrrogables (art. 216.2 LGSS). A diferencia del subsidio de desempleo que se obtiene cuando se



tienen cargas familiares (el establecido en el art. 215.1,a) LGSS), que tiene una duración mínima de 6 meses sólo para los trabajadores menores de 45 años que hayan disfrutado de una prestación contributiva entre 120 y 180 días; que puede llegar a 24 meses si el trabajador es mayor de 45 años y ha disfrutado de una prestación contributiva mínima de 120 días; o a 30 meses si el tiempo de prestación contributiva previa del trabajador mayor de 45 años ha sido de al menos 180 días.

En conclusión, la eliminación del requisito de 360 días de prestación contributiva previa ha abierto la puerta al disfrute del subsidio por desempleo específico para los mayores de 45 años (es verdad de sólo 6 meses de duración) cuando esos mayores no tienen cargas familiares. Lo que la reforma no introduce es que el mayor de 45 años que haya logrado una prestación contributiva más amplia se beneficie de la escala de duración del subsidio hasta los 30 meses que prevé el art. 216 de la LGSS, para el supuesto general del subsidio con cargas familiares. La escasez de la prestación atenúa el impacto protector de la supresión del requisito de los 360 días de prestación contributiva previa y sigue haciendo situación privilegiada desde el punto de vista de la tutela la de tener cargas familiares. La reforma, no obstante, es limitada porque, en realidad, no recompone el cuadro de la protección por desempleo de los mayores de 45 años, ciñéndose a eliminar un requisito, un tanto excesivo, de una de las prestaciones de menor entidad temporal, y manteniendo la reserva de las prestaciones asistenciales de más duración a quienes tienen cargas familiares y que si, además, tienen 45 años, pueden lograr duraciones de hasta 30 meses.

2.2. La mejora de la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos: la generalización de la tutela particular de estos trabajadores y la ampliación de las posibilidades de acceso al subsidio especial para mayores de 45 años

2.2.1. La equiparación a efectos del desempleo de los dos tipos de trabajadores fijos discontinuos

De las dos reformas del RDL 5/2006 que afectan a la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos, la primera de ellas es de carácter general ya que modifica las previsiones del art. 208 LGSS destinado, como se sabe, a la definición de la situación legal de desempleo y a establecer el elenco de las situaciones que la configuran normativamente, como condición inexcusable para acceder a la prestación. Más concretamente, el apartado 1.4 de dicho artículo establecía, y establece aún, que “se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos (...) en los periodos de inactividad productiva”. De forma que, a efectos del desempleo, los trabajadores fijos discontinuos se consideran en situación legal de desempleo, pese a no haber perdido su trabajo, en los periodos intermedios entre una fase de actividad y otra. Tiempos de inactividad reiterados y recurrentes que, justamente, caracterizan la prestación laboral del fijo discontinuo; sometido a un ritmo continuo de fases de actividad e inactividad laboral, no obstante la permanencia y la fijeza de la relación contractual.



Lo peculiar, pues, de esta situación legal de desempleo de los trabajadores fijos discontinuos es que, sin haberse extinguido el contrato de trabajo, se consideran tales los periodos de inactividad productiva, normalmente con una cadencia anual, que tienen lugar en el desarrollo normal del contrato. No es que este tratamiento de los periodos de inactividad asimilándolos al desempleo, no obstante siga vigente el contrato de trabajo, sea particularmente llamativo; algo similar sucede en el caso de la prestación por desempleo por suspensión del contrato o por reducción de la jornada (art. 208, apartados 2 y 3 LGSS). Sin embargo, en los casos de suspensión y de reducción, este acontecimiento constituye una incidencia excepcional del desarrollo del contrato, inicialmente previsto para un desempeño continuado o a tiempo completo; lo que no sucede con los periodos de inactividad del trabajo de temporada que forman parte del diseño de la actividad e integran la naturaleza misma de este tipo de relación contractual laboral.

Pues bien, en relación con este tema, el RDL 5/2006 ha modificado el art. 208.1, apartado 4, en un doble sentido. De una parte, precisando que los periodos de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos constituyen una situación legal de desempleo respecto de todos los trabajadores fijos discontinuos, tanto los regulares (es decir, los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas), como los irregulares (esto es, los que hagan trabajos fijos y periódicos pero que no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa). De otra parte, estableciendo, con rango legal, que las referencias del Título III de la LGSS (dedicado como se sabe al desempleo) y de su normativa de desarrollo (el RD 625/1985, sobre todo, pero no únicamente) a los fijos discontinuos incluyen a ambos tipos de trabajadores fijos discontinuos. De forma que, a partir del RDL 5/2006, no ofrece duda alguna que el tratamiento en materia de desempleo destinado a los trabajadores fijos discontinuos no se limita a los que aparecen nominalmente como tales en el art. 15.8 del ET, sino también a los fijos discontinuos regulares que, laboralmente, se contemplan en el art. 12 del ET, al amparo de la regulación prevista para los trabajadores a tiempo parcial.

Lo que sucede es que esa equiparación ni ha resuelto todos los problemas en materia de desempleo de actividades laborales irregulares en cuanto a su distribución en el tiempo, ni ha abordado situaciones de intermitencia de la prestación laboral que se alejan del estándar de los trabajadores fijos discontinuos, ya sean regulares o irregulares. Fundamentalmente por la dificultad de diferenciar a los trabajadores fijos discontinuos de otras formas de trabajo intermitente a tiempo parcial; sobre todo partiendo del dato de que, ni en la norma laboral ni en la de Seguridad Social, hay una definición más precisa desde el punto de vista temporal del trabajador fijo discontinuo. Como lo sería aquella que fijara un mínimo de duración del trabajo a lo largo del año de referencia; o que exigiera igualmente una duración mínima a las interrupciones de la actividad; o que demandara que el trabajo fijo discontinuo se prestara, en los tiempos de actividad, de forma continuada o a tiempo completo; o que circunscribiera la noción de fijo discontinuo a determinadas actividades caracterizadas por otros rasgos, además, del hecho de ser tareas que se repiten cíclicamente dentro del volumen normal del trabajo en la empresa. Nada de esto hay por lo que cabe la duda de si, por ejemplo, puede considerarse un trabajo fijo discontinuo el que tiene varias interrupciones a lo



largo del año, repartiéndose, aunque sea de forma irregular, los tiempos de actividad por periodos que puede abarcar semanas o meses. O si existe protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos que trabajan y dejan de hacerlo por periodos más o menos amplios dentro de la temporada.

Sin que tampoco acabe de solventarlas reformas como la contenida en el RD 200/2006 que ha modificado algunos artículos del RD 625/1985. En concreto añadiendo dos apartados al art. 13, respecto de lo que llama “solicitud agrupada de reanudación de las prestaciones por desempleo” de los trabajadores fijos discontinuos (y también de los que vean reducida su jornada, o suspendida la relación laboral por expediente de regulación de empleo, o se trate de trabajadores que trabajen para una misma empresa o en un mismo sector de actividad con sucesivos contratos temporales dentro del mes), “cuando dentro del mes tengan diversos periodos de actividad e inactividad”. Al margen de su repercusión procedimental, lo que la solicitud agrupada significa es que los trabajadores fijos discontinuos también tendrán derecho a la prestación por desempleo cuando, dentro de un mes (en el que tiene lugar su actividad de fijo discontinuo, no en los periodos estrictos de inactividad productiva), hay periodos de actividad o inactividad. Por lo que el fijo discontinuo vendrá tratado, también en estas circunstancias, no como un trabajador fijo discontinuo a tiempo parcial (por tanto, sin derecho a la prestación por desempleo en los periodos de actividad, salvo que pierda el trabajo), sino como un trabajador que ha visto reducida su jornada o suspendido su contrato o, en el caso de los temporales, extinguidos los contratos de trabajo de forma sucesiva. Una tutela privilegiada que parece confirmar para los trabajadores fijos discontinuos la idea de que todas las deficiencias de ocupación (sean los periodos propios de inactividad; sean las inactividades intermitentes en los periodos de actividad) sean cubiertas por el desempleo; lo que no parece, sin embargo, que pudiera ser ampliable a la totalidad de los trabajos a tiempo parcial.

2.2.2. El subsidio especial de los trabajadores fijos discontinuos mayores de 45 años

Todavía en relación con los fijos discontinuos, pero ahora mayores de 45 años, el RDL 5/2006 introduce una regla particular respecto del subsidio especial para trabajadores mayores de 45 años previsto en el art. 215.1.4 LGSS. Ya se sabe que estos trabajadores, si tienen cargas familiares, pueden tener derecho a un subsidio de desempleo que puede alcanzar una duración de hasta 30 meses; alternativamente, aunque carezcan de responsabilidades familiares, tienen derecho a un subsidio de desempleo, ya analizado antes, de seis meses de duración. Además de estos dos subsidios alternativos, y con carácter previo a cualquiera de ellos, los desempleados mayores de 45 años podrán tener derecho a un subsidio especial, también de una duración de seis meses, siempre que el derecho a la prestación previa contributiva de desempleo que hubieran disfrutado hubiera durado el máximo, esto es, 720 días. Así lo establece el art. 215.1.4 LGSS.

Pues bien, la reforma del RDL 5/2006 consiste en añadir al art. 215.1.4 un segundo párrafo, dedicado a los trabajadores fijos discontinuos mayores de 45 años. De forma que pueden acceder a este subsidio especial de seis meses en los supuestos de pérdida del



empleo siempre que, en vez de los 720 días de prestación contributiva, hayan cotizado como fijos discontinuos un mínimo de 9 años a lo largo de su vida laboral y hayan agotado un derecho a la prestación contributiva por desempleo de cualquier duración. En consecuencia, con 9 años de ocupación cotizada como fijos discontinuos y con una prestación por desempleo agotada, incluso antes de la extinción de la relación laboral (porque puede no haber generado una nueva y percibir, en los periodos de inactividad, un subsidio particular previsto para los fijos discontinuos siempre que no se haya producido la extinción del contrato de trabajo), el trabajador fijo discontinuo mayor de 45 años tendrá derecho a este subsidio especial antes de acceder a alguno de los dos subsidios comunes, según tenga o no cargas familiares.

Esta mejora no deja de plantear problemas aplicativos que pueden hacer dudar incluso de su carácter beneficioso para los trabajadores fijos discontinuos. Basta referirse para certificarlo al hecho de que el tiempo de cotización que se exige es mayor: 9 años frente a los 6 años que generarían los 720 días de prestación. Aunque es cierto que para los primeros se tiene en cuenta la totalidad de la vida laboral, mientras que para los segundos sólo se toman los seis años anteriores al momento de la pérdida del empleo o al tiempo que transcurre desde el agotamiento de la última prestación por desempleo (art. 207 LGSS). Por otra parte, y salvo trabajadores dedicados de forma permanente a la actividad fija discontinua, resulta difícil reunir esos 9 años de cotización como fijo discontinuo a lo largo de toda la vida laboral, aunque ya se tengan 45 años; basta pensar que en un trabajo fijo discontinuo que durara seis meses cada año, un trabajador necesitaría 18 años para cumplir el requisito. Por último, el cambio de requisito genera el problema de la prueba de la naturaleza del trabajo y la necesidad de su identificación a posteriori como fijo discontinuo; lo que, sin duda, planteará muchas dificultades a trabajadores que han de remontarse tanto tiempo atrás en su vida laboral.

2.2.3. El menor coste para los trabajadores fijos discontinuos del derecho de opción entre prestaciones

La atención del Acuerdo hacia los trabajadores fijos discontinuos no se agota en las anteriores mejoras, sino que también pretende introducir una regla de favor en materia del derecho de opción entre prestaciones. Según el art. 210.3 de la LGSS, la prestación contributiva por desempleo de un trabajador se extingue porque el titular del derecho realice un trabajo de una duración igual o superior a los doce meses; mientras que, si la duración del trabajo es menor, la prestación sólo se suspende, pudiendo reanudarse su percibo. La extinción prevista es lógica porque el período mínimo de trabajo indicado de doce meses es justamente el que da derecho a una nueva prestación por desempleo. No obstante, la LGSS le permite al trabajador que pierda ese segundo empleo elegir entre seguir disfrutando de la prestación por desempleo anterior que se vio interrumpida por el trabajo, o comenzar el disfrute de la nueva prestación originada por el nuevo empleo. La opción tiene sentido en la medida en que es posible que a la prestación de desempleo interrumpida le restara una duración mayor que la generada por el nuevo empleo que ahora se pierde; recuérdese que con un año de trabajo, justo lo que provoca la extinción de la prestación, sólo se tiene derecho a 120 días de prestación. Siendo la opción lógica, no obstante, la LGSS le pone un precio: si se opta por seguir disfrutando



la prestación anterior (que de esta forma se revitalizaría), los meses de cotización del último empleo (esto es, lo que el art. 210.3 LGSS califica como “las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado”) no pueden computarse para generar un posible futuro nuevo derecho a prestación por desempleo. Son, pues, cotizaciones que se pierden.

Esto es lo que la reforma también quiere cambiar mediante una regla de privilegio, exclusiva para los fijos discontinuos, ya que se acuerda que, si el trabajador fijo discontinuo hubiera optado por reanudar el derecho anterior, “las cotizaciones tenidas en cuenta para la prestación por la que no hubiera optado se computarán para el reconocimiento de un derecho posterior” (regla 5ª del apartado III.1 del Acuerdo). Esto es, que no se pierden. Sin duda que la razón de ser de esta previsión excepcional está vinculada a la propia inestabilidad del trabajo del fijo discontinuo y a la sucesión inevitable de periodos de actividad e inactividad. Dadas estas características, y en el esquema legal general, el fijo discontinuo se ve abocado a elegir entre una prestación por desempleo no agotada (que le permitiría cubrir con prestaciones los periodos de inactividad) pero sin que los tiempos de actividad intermedios le sirvieran para generar ninguna prestación en el futuro; o una prestación contributiva mínima (los 120 días) que sólo alcanzaría tras dos o tres años de actividad, condenándole a tiempos entre campaña sin protección contributiva, ni asistencial, hasta que no sumara el mínimo de los 360 días de trabajo. Un dilema en ambos casos costoso que la reforma quiere aliviar al permitir al fijo discontinuo agotar su derecho primero a la prestación contributiva e ir, a la vez, acumulando tiempo de cotización para una prestación futura, sin perder ninguna de ellas a efectos de dicho cómputo.

El contenido del citado apartado del Acuerdo no ha encontrado traducción legal en el RDL 5/2006, posiblemente siguiendo el tenor del Acuerdo que, en este punto, parece considerar que no es necesaria ninguna reforma legal y que basta, como el Acuerdo establece, que el Servicio Público de Empleo Estatal adopte las instrucciones precisas para el cumplimiento de lo acordado. Sin embargo, por muy singular que pueda considerarse la situación de los trabajadores fijos discontinuos, no parece que esta excepción de la regla legal contenida en el art. 210.3 LGSS pueda introducirse simplemente mediante instrucciones técnicas. Por el contrario, al contrariar una regla legal, parece inevitable una reforma expresa de la misma mediante el instrumento normativo adecuado. No se ha hecho y es dudoso que lo establecido en el Acuerdo pueda encontrar aplicación sin dicha modificación legal.

2.3. La ampliación del ámbito subjetivo de cobertura de la protección por desempleo: los socios trabajadores de cooperativas de trabajo

Por lo que hace a los socios trabajadores de cooperativas, la reforma tiene un alcance limitado cual es de ampliar la protección por desempleo a los socios de carácter temporal. Los socios trabajadores ya tenían derecho a la prestación por desempleo desde el año 1985, al haberse articulado mediante el RD 1043/1985, de 19 de julio, que amplió la protección por desempleo a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo



asociado. La reforma da cabida ahora a la protección por desempleo de los socios que tengan con la cooperativa un vínculo societario de duración determinada, tratando esta situación de forma semejante a como las normas de desempleo regulan el cese en el trabajo por extinción de un contrato de duración determinada.

A este fin, el art. 16 del RDL 5/2006 incorpora al RD 1043/1985 una letra (la c) en al art. 2.1., una letra (la d) en el art. 3 y modifica el art. 5.1 de dicha norma, con el siguiente resultado. En primer lugar, y lo que es más relevante, la nueva letra c) del art. 2.1 señala expresamente que, junto a otras situaciones legales de desempleo de los trabajadores de cooperativas de trabajo asociado derivadas de la pérdida definitiva de la condición de socio de quien ha permanecido vinculado con la cooperativa de forma permanente, ha de incluirse la situación del socio, vinculado a la cooperativa por una duración determinada, que ve finalizado el periodo de tiempo por el que se acordó dicha vinculación temporal. Un tipo de vínculo temporal que, dentro de ciertos límites, es siempre posible según la normativa que regula las cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio, general de cooperativas), siempre que así se recoja en los estatutos. En segundo lugar, el RDL 5/2006 fija también el modo en que se acredita que el socio trabajador se encuentra en esa nueva situación legal desempleo; y que no es otra forma que mediante la certificación del Consejo Rector donde conste la baja en la cooperativa por la causa de finalización del vínculo temporal y su fecha de efectos (nueva letra d) del art. 3). En tercer lugar, y también en el plano procedimental, el nuevo apartado 1 del art. 5 del RD 1043/1985 establece la obligación de solicitud de la prestación por parte del interesado, y el plazo de quince días para hacerlo a partir de la fecha en que finalizó el periodo al que se limitó el vínculo societario de duración determinada.

Pocas observaciones pueden hacerse a las modificaciones descritas salvo que la protección por desempleo de los socios temporales de la cooperativa sólo será posible si la cooperativa misma ha realizado la opción de integración de sus socios en el Régimen General de la Seguridad Social o en cualquier otro Especial que prevea la protección por desempleo. Y que la reforma no se refiere sólo a los trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, como pudiera hacer pensar el título del RD 1043/1985, sino también a los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra así como al resto de los socios de trabajo de los demás tipos de sociedades cooperativas, en virtud de la extensión recogida en la disposición final tercera del RD 1043/1985. No así, a los socios de las sociedades laborales.

2.4. Previsiones del Acuerdo en materia de desempleo no articuladas normativamente

La primera de ellas se refiere a la Renta Activa de Inserción (RAI) y está recogida en la regla 2ª del apartado III.1 del Acuerdo. En este punto, la afirmación más importante del Acuerdo es la de configurar la RAI como un derecho subjetivo. Se trata de una precisión muy significativa por cuanto sirve para insertar de modo claro la RAI entre las prestaciones por desempleo, y hacerlo de forma equivalente a como se configuran comúnmente los derechos de prestación en el sistema de Seguridad Social. Para confirmar



la existencia de ese derecho subjetivo, el Acuerdo cambia la técnica de aprobación de Programas anuales de RAI, para comprometer una regulación estable o permanente. Lo que significa que la protección dispensada no necesariamente queda sujeta a periodos anuales sino que puede prolongarse más allá, según la duración que se establezca; y que seguramente pierda sentido la prohibición de beneficiarse de la RAI si ya se ha percibido en el año anterior. Así lo establece todavía hoy la norma que la regula.

Aunque las anteriores son previsiones del Acuerdo que deberá recoger, ya se verá cómo, el correspondiente RD de regulación de la RAI, lo cierto es que se mantiene la duración de la prestación en once meses (lo que puede ser incongruente con esa permanencia del derecho de que se hablaba) y que la RAI sigue estando dirigida a colectivos con especiales dificultades de obtener un empleo (mayores de 45 años, desempleados de más de 12 meses, personas sin derecho a prestaciones por desempleo o subsidios de ningún tipo, con rentas inferiores al 75 por 100 del SMI, discapacitados, emigrantes retornados, víctimas de la violencia de género). La única innovación concreta del Acuerdo consiste en establecer la obligación de la entidad gestora de esta prestación de cotizar por las contingencias de asistencia sanitaria y protección a la familia; de la misma forma como se hace cuando se percibe el subsidio por desempleo. Con lo que esta regla acerca sin duda la RAI a una prestación más del desempleo.

La segunda de las previsiones se recoge en la regla 7ª del apartado III.1 del Acuerdo. También aquí se hace una remisión al Gobierno a quien se ordena mejorar la protección por desempleo de los trabajadores agrarios en los términos del Acuerdo suscrito en relación con este tema el 15 de diciembre de 2005. Es pues un recordatorio de los compromisos ya asumidos y que pueden resumirse en los siguientes rasgos. En primer lugar, se altera la escala que relaciona los días de cotización previa con los de prestación, de forma que se equiparen a los trabajadores comunes que reciben un día de prestación por cada tres cotizados, mientras que para los trabajadores agrarios la proporción es de 1 día de prestación por cada cuatro cotizados. En segundo lugar, se cambia la forma de cálculo del periodo previo de cotización, al multiplicar los días reales de cotización por un determinado coeficiente de mejora, lo que beneficia sobre todo a los trabajadores eventuales. En tercer lugar, llevando al ámbito del desempleo agrario las reglas favorecedoras del desempleo de los trabajadores fijos discontinuos, considerando tales a los trabajadores eventuales. En cuarto lugar, y en relación con la Renta Agraria, mecanismo anual de protección del desempleo alternativo al subsidio agrario, eliminando el tope de las seis veces que, como máximo, puede reclamarse esa prestación.

3. La ampliación de la cobertura del FOGASA

El segundo bloque de reformas contenidas en el apartado III del Acuerdo se refiere a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y ha determinado, mediante el art. 12 (números Tres, Cuatro, Cinco y Seis) del RDL 5/2006 la reforma de los apartados 1, 2, 7 y 8 del art. 33 del ET. Como el propio Acuerdo y el RDL 5/2006 señalan y se dijo al inicio, es la situación financiera excedentaria del FOGASA la que justifica la adopción de



dos tipos de medidas: de una parte, la reducción de la cotización empresarial; de otra, la mejora de la protección otorgada. Esa mejora consiste en: a) la ampliación de los supuestos en los que el trabajador tiene derecho a las prestaciones; en concreto, en lo que hace a las indemnizaciones por fin de contrato; b) el incremento de la cuantía de las prestaciones por el expediente de incrementar los topes cuantitativos que determinan el alcance de las obligaciones económicas del FOGASA; c) la ampliación de los títulos o documentos que puede fundar la reclamación del trabajador al FOGASA.

3.1. La ampliación de los supuestos extintivos contractuales frente a los que debe responder el FOGASA: las indemnizaciones derivadas de tales situaciones

Tanto en el caso de las indemnizaciones, como en el de los salarios, es innecesario subrayar que el RDL 5/2006 no ha modificado, obviamente, los requisitos comunes establecidos por el art. 33.1 ET, y por los arts. 13 a 20 del RD 505/1985, de 6 de marzo, de desarrollo reglamentario del art. 33 ET, para que surja la responsabilidad del Fondo. En todo caso se tratará de salarios o indemnizaciones debidas por el empresario y pendientes de pago por causa de “insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores”; situaciones que, salvo la insolvencia, quedan resumidas ahora, por obra de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la de concurso. En consecuencia, la responsabilidad del FOGASA es indirecta o, mejor, subsidiaria. Salvo la que expresamente se establece como una responsabilidad directa del Fondo en relación con las indemnizaciones legales que correspondan a los trabajadores de empresas de menos de 25 trabajadores cuya relación laboral se extinga por despido colectivo o por amortización, individual o plural, de su puesto de trabajo (art. 33.8 ET).

Pues bien, lo que el art. 12. Cuatro del RDL 5/2006 modifica, en primer lugar, es el apartado 2 del art. 33 ET en el sentido de añadir a los supuestos de responsabilidad allí incluidos con anterioridad, otros nuevos. De la versión anterior del art. 33.2 se mantienen las indemnizaciones por despidos disciplinarios improcedentes o nulos, sin readmisión o con readmisión irregular (art. 54 ET); por resolución contractual a iniciativa del trabajador en los casos de incumplimiento contractual grave del empresario (art. 50 ET); por despido colectivo producido mediante la aplicación del procedimiento establecido en el art. 51 ET; y por despido objetivo basado en la causa c) del art. 52 del ET, esto es, por amortización del puesto de trabajo debida a las mismas causas que justifican el despido colectivo.

El RDL 5/2006 ha ampliado, en primer lugar, la responsabilidad del FOGASA a todos los supuestos de extinción, individual o plural, del contrato de trabajo por causas objetivas (art.52 ET). Por lo que también ha de afrontar las indemnizaciones debidas por extinción del contrato por ineptitud del trabajador (art. 52, a) ET); por falta de adaptación del mismo a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo (art. 52, b) ET) ; por ausencias excesivas al trabajo, aun justificadas o despido por absentismo (art. 52, c) ET); y por la finalización de contratos indefinidos concertados con administraciones públicas o entidades sin fin de lucro para la ejecución de programas públicos y financiados



mediante consignaciones presupuestarias, cuando tales contratos no puedan mantenerse por insuficiencia de dicha consignación (art. 52, e) ET).

En segundo lugar, el RDL 5/2006 ha incluido la hipótesis de la extinción de los contratos de trabajo de conformidad con el art. 64 de la Ley 22/2003, Concursal. Se trata de extinciones colectivas de los contratos de trabajo que puede decidir, mediante auto, el juez del concurso, así como de la resolución de las acciones extintivas emprendidas por el trabajador de conformidad con el art. 50.1, b) ET, esto es, por falta de pago o por retrasos continuados en el pago de los salarios, cuando se superen ciertos umbrales cuantitativos. Al margen de la polémica acerca de si estas extinciones estaban o no incluidas, mediante una interpretación integradora, en los supuestos ya previstos por el art. 33.2 ET, lo cierto es que, tras el RDL 5/2006, no cabe duda alguna de la responsabilidad del FOGASA en estas situaciones.

En tercer lugar, el RDL 5/2006 también ha establecido la responsabilidad del FOGASA en relación con las indemnizaciones por extinción de los contratos temporales o de duración determinada en los casos en que legalmente procedan. Que no son otros que los previstos en el art. 49.1, c) ET, es decir, la indemnización de ocho días de salario por cada año de servicio, respecto de todos los contratos temporales menos los de interinidad, formativos y de inserción; y los recogidos en los arts. 11.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, y en el RD 1989/1984, relativo a los contratos de fomento del empleo, esto es, los doce días de salario por año de servicio por finalización de los contratos temporales de puesta a disposición y de los de fomento del empleo, respectivamente.

Por último, hay que indicar que el RDL 5/2006, al modificar el art. 33.8 ET, dedicado a los casos de responsabilidad directa del Fondo en lo que hace a las empresas de menos de 25 trabajadores, ha añadido a los dos supuestos que se mencionaban antes (la extinción de los contratos como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 ET y la extinción, individual o plural, por causas objetivas de conformidad con el art. 52, párrafo c) ET), el de la extinción de los contratos en aplicación del art. 64 de la Ley 22/2003, Concursal. Sin duda por las mismas razones que se acaban de exponer y, más concretamente, por la connotación de crisis económica, organizativa, técnica o productiva que caracteriza los dos primeros supuestos; y a los que la extinción en aplicación del art. 64 de la Ley Concursal, se adscribe sin dificultad.

3.2. El incremento de la cuantía de las prestaciones del FOGASA: la elevación de los topes

En materia de elevación de los topes de la responsabilidad del FOGASA o de incremento de las cuantías garantizadas, el RDL 5/2006 opera en tres lugares del art. 33 del ET. En primer lugar, modifica el art. 33.1, segundo párrafo, de manera que el tope hasta el que responde el Fondo será igual a multiplicar el triple (antes era el doble) del salario mínimo interprofesional diario (donde se debe incluir ahora el importe de las pagas extraordinarias, lo que no era posible antes), por el número de días de salario pendientes



de pago. Con un límite general de ciento cincuenta días de salario (antes eran ciento veinte días). Sobre si la fórmula descrita constituye un tope temporal o cuantitativo, se trata de una polémica anterior a la reforma, solucionada por la opinión mayoritaria en el sentido de que se trata de un tope cuantitativo absoluto.

En segundo lugar, el RDL 5/2006 ha elevado también los topes máximos por los que el FOGASA responde respecto de las indemnizaciones por fin de contrato, modificando al efecto el apartado 2 del art. 33 ET. De forma que, actualmente, el Fondo responderá como máximo de una anualidad de la indemnización pero calculando ésta conforme a una base en la que el salario diario no puede exceder del triple del salario mínimo interprofesional (antes el límite era el doble de ese salario diario), incluyendo en dicho salario diario (lo que antes no sucedía tampoco) las pagas extraordinarias. De nuevo aquí se plantea, siendo una cuestión previa a la reforma, la naturaleza del tope si bien existe consenso en entender que se trata de un tope a la vez cuantitativo (el triple del salario mínimo diario) y temporal (una anualidad).

En tercer lugar, y por último, el RDL 5/2006 también cambia el segundo párrafo del art. 33.2 ET, relativo a la forma de calcular las indemnizaciones a las que el FOGASA hará frente en los supuestos de insolvencia y concurso del empresario. Se trata de un tope relevante ya que las indemnizaciones que se reclaman al FOGASA no se calculan conforme a los días que la norma establece (los 45 días de salario por año de servicio de los despidos disciplinarios improcedentes o de las resoluciones del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador del art. 50 ET; o los 20 días de salario por año de servicio de los despidos objetivos o colectivos; o los 12 días de los contratos temporales de puesta a disposición; o los 8 días de los contratos temporales previstos en el art. 49.1 ET). Por el contrario, el segundo párrafo del art. 33.2 ET establece que el importe de la indemnización, sólo al efecto de su abono por el FOGASA, se calculará, con el límite señalado antes, sobre la base de treinta días por año de servicio (antes del RDL 5/2006 eran 25 días). Esta mejora o incremento del número de días de salario, base del cálculo de las indemnizaciones sólo se refiere, así lo indica el art. 33.2 ET, a la extinción por despido o por resolución del contrato conforme al art. 50 ET. Es decir, situaciones en las que la indemnización es de 45 días de salario por año de servicio. De forma que, aunque el cálculo de la indemnización asumible por el Fondo es reductivo respecto de la indemnización legal, en todo caso el incremento a treinta días ha mejorado la situación de los trabajadores que reclaman esas indemnizaciones. Lo que queda fuera de toda duda es que esta forma de cálculo sólo sirve para los supuestos descritos en los que la fórmula legal utiliza un mayor número de días de salario por año de servicio; así lo dice (y lo decía antes) expresamente el segundo párrafo del art. 33.2 ET. En el resto de los casos, donde la indemnización legal es inferior a esos 30 días, sin duda que ha de utilizarse el número de días establecido en la norma.

3.3. La ampliación de los títulos o documentos que fundan la reclamación

Según las referencias contenidas en el apartado 2 del art. 33 ET, en materia de indemnizaciones por fin del contrato, la indemnización misma y su cuantía habían



de estar reconocidas necesariamente como consecuencia de sentencia o de resolución administrativa a favor de los trabajadores. Lo que suponía la exclusión de cualquier otro título habilitante y particularmente la conciliación en cualquiera de sus versiones (judicial y no judicial) que, por el contrario, si eran títulos suficientes a los efectos de la reclamación de los salarios pendientes de pago. Esta determinación legal quedaba confirmada, como no podía ser de otra manera, por el art. 25 del RD 505/1985, de desarrollo del art. 33 ET. El RDL 5/2006 amplía, en materia de indemnizaciones, los títulos que puedan fundar la reclamación ante el FOGASA, añadiendo a la limitada enumeración del art. 33.2, dos nuevas referencias: auto y acto de conciliación judicial.

Cada uno de estos añadidos tiene una justificación. En cuanto al auto porque ya el art. 14.2 del RD 505/1985 hacía una mención a títulos judiciales diferentes de la sentencia, al establecer, en cuanto a las indemnizaciones, que la cantidad podrá estar reconocida en sentencia, resolución de la autoridad laboral, o resolución judicial complementaria de éstas. Pero, sobre todo, porque las extinciones de los contratos de trabajo decididas por el juez del concurso de conformidad con el art. 64 de la Ley 22/2003, se articulan mediante auto, como así expresamente lo prevé el citado artículo. En consecuencia, la ampliación de los supuestos frente a los que existe responsabilidad del Fondo a los basados en el art. 64 de la Ley 22/2003 ha llevado inevitablemente a incluir el auto entre los títulos justificatorios de la reclamación. Con la consecuencia, seguramente, de garantizar esa posible reclamación a otros supuestos en los que la resolución judicial conectada con una extinción del contrato puede adoptar la forma de auto (por ejemplo, el auto dictado en ejecución por incumplimiento de la readmisión acordada en conciliación).

En cuanto a la consideración de la conciliación judicial como título habilitante, constituye una solución incompleta, y no nueva, a la polémica suscitada en torno a la inadecuación de la conciliación no judicial para justificar la reclamación al FOGASA. Excluido con carácter general que el rechazo legal a que la conciliación no pueda esgrimirse frente al Fondo constituya una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia del Tribunal Constitucional 306/1993, de 25 de octubre), la cuestión se volvió a suscitar tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de diciembre de 2004 (370/2004). En esta Sentencia, bien es verdad que referida a salarios, se determinó que era contrario a la Directiva 80/987/CEE, de 28 de octubre, relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, la exclusión de las garantías del Fondo de las indemnizaciones reconocidas en conciliación judicial. De aquí que el RDL 5/2006 haya incluido la conciliación judicial en el listado de títulos habilitantes, excluyendo la conciliación no judicial o administrativa, siguiendo la doctrina marcada por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 17 de marzo de 2003 (RJ 3649) y de 24 de abril de 2004 (RJ 3699). La preocupación por el fraude que puede encubrir, con menor control, la conciliación no judicial, es lo que, sin duda, ha condicionado la limitada reforma del RDL 5/2006.

Como consecuencia de la ampliación de los títulos que permiten fundar la reclamación ante el FOGASA, el RDL 5/2006 ha modificado igualmente el apartado 7 del art. 33 ET, referido al plazo de prescripción del derecho a solicitar del Fondo el pago de las



prestaciones a que está obligado por el ET. No para alterar ese plazo, que sigue siendo de un año, sino para precisar que el año ha de contarse desde la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución administrativa en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones.

4. Conclusiones

La descripción de las reformas contenidas en el RDL 5/2006 en materia de protección por desempleo y respecto de las prestaciones del FOGASA ha confirmado el diagnóstico inicial de la escasa relevancia de las mismas. En ningún momento las innovaciones han pretendido alterar los modelos prestaciones ni introducir principios o reglas diferentes a las que existen y viene rigiendo ambos sistemas de protección. Se trata, por este motivo, de modificaciones de escaso calado y, en el caso del FOGASA, justificadas por el factor, obviamente no permanente ni definitivo, de la situación financiera excedentaria del FOGASA. Por lo que se refiere a las prestaciones de desempleo, la finalidad de las reformas ha sido, de forma muy evidente, mejorar la protección de ciertos colectivos como son, en primer lugar, los trabajadores fijos discontinuos, los trabajadores mayores de cuarenta y cinco años y los cooperativistas de trabajo adscritos a las cooperativas mediante vínculos temporales. Al margen de esta mejora selectiva poco hay salvo los compromisos y recordatorios, más genéricos pero de mayor calado, de la revisión de los sistemas de protección por desempleo diferentes de la prestación contributiva y del subsidio. En concreto, del injustificado trato desigual de los trabajadores eventuales del campo en el contexto de la protección estandarizada por desempleo; y del último y tercer escalón de la tutela frente al desempleo como son la Renta Activa de Inserción y la Renta Agraria (alternativa, a su vez, del subsidio especial para los trabajadores eventuales agrarios). Sin que se pueda aventurar resultados, seguramente que la reforma de estos instrumentos de tutela arrojará, en materia de desempleo, un balance más sustancioso que el que ahora ofrece el RDL 5/2006.

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA



4

CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

Sobre Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.
Sevilla, 28 de marzo de 2006.

Cristina Blasco Rasero

Profesora Doctora de la Universidad Pablo de Olavide

1. La necesidad de una política de conciliación de la vida familiar y laboral: objetivos generales

Como se ha puesto de manifiesto en una ponencia anterior, el problema de la conciliación se hace patente en un momento, como el actual, y en sociedades, como la nuestra, en las que se ha producido un incremento muy significativo del número de mujeres que acceden y permanecen en el mercado de trabajo. Ésta, junto a otras circunstancias –como el cambio en los modelos de familia– ha generado cambios significativos en la organización social, fundamentalmente, porque si durante siglos ha habido un reparto de tareas que, en la materia que a nosotros nos interesa, ha supuesto una distribución en el cumplimiento de las obligaciones laborales –de las que se encargaban los hombres y domésticas –de las que se han hecho cargo las mujeres–, esas nuevas circunstancias sociales han puesto fin –en numerosos casos– a tal reparto, para generar hoy por hoy una situación bastante extendida en la que las mismas personas tienen que hacer frente, simultáneamente, a ambas responsabilidades. Por este motivo, se ha hecho patente en los últimos años la necesidad de aplicar una política de conciliación que permita a los individuos compaginar el cumplimiento de sus deberes laborales con la satisfacción de sus obligaciones familiares.

Por otra parte, las dificultades que plantea la conciliación de la vida familiar y laboral recaen todavía hoy, en gran medida, sobre las mujeres que trabajan fuera del hogar, sobre todo, porque estamos en los inicios de esta nueva etapa y no se ha asumido sino que, por el contrario, permanecen en la conciencia de muchos ciudadanos aquellos viejos estereotipos. Tendrán que pasar décadas, si acaso, para que las sociedades y las personas que las integran asuman la plena igualdad como algo consustancial a la especie humana. Mientras tanto, en la actualidad, la maternidad y la crianza de los hijos sigue siendo una tarea, en una elevada proporción, de las mujeres. Las estadísticas apoyan esta afirmación: efectivamente, los datos disponibles muestran cómo las mujeres dedican más horas del día al cuidado de los hijos, cómo en muchos casos se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo para atender a sus responsabilidades familiares, cómo son las que en



su mayoría acuden al contrato a tiempo parcial como forma de seguir cumpliendo ambas tareas, cómo son las que disfrutan de los permisos de maternidad y de los períodos de excedencia para el cuidado de familiares en unos porcentajes todavía superiores al 95%, y cómo tienen que renunciar o postergar su consolidación o promoción en el trabajo por la misma razón. Todas estas circunstancias explican la utilización de una perspectiva de género en cualquier estudio sobre la conciliación de la vida familiar y laboral.

Otra dificultad se añade a la anterior: como se ha puesto de manifiesto en estudios sociológicos, existe –como es lógico– una coincidencia en el tiempo entre el período de maternidad y de crianza de los hijos y el de integración y consolidación laboral, que se produce en la práctica totalidad de los casos entre los 25 y los 45 años. Además, como señalaba en el párrafo anterior, aunque esta situación afecta por igual a hombres y mujeres, se presenta de forma más acusada sobre estas últimas, que nuevamente se ven obligadas a elegir entre el pleno desarrollo de su actividad profesional y el cumplimiento adecuado de sus responsabilidades familiares –así, por ejemplo, mientras que las mujeres que tienen una determinada situación profesional renuncian a tener hijos por no permitírseles sus obligaciones profesionales, los hombres en las mismas circunstancias no hacen renuncia alguna–. Ante esta situación, a los ciudadanos en general y, en particular a las mujeres, se les plantean varias opciones: bien retrasar la edad a la que tienen el primer hijo, bien reducir el número de hijos a 1 ó incluso a ninguno, o bien interrumpir o abandonar la actividad profesional. Si no desean renunciar a ninguna de estas posibilidades o fases del desarrollo humano, necesitan disponer de los medios que les permitan atender adecuadamente las obligaciones laborales y familiares; por ello precisamente, se viene promocionando en los últimos años una política de conciliación en apoyo de esta última opción, en cuanto que las otras, por una u otra razón, no son recomendables.

No obstante, a pesar de la importancia de estos hechos, debe considerarse que la política de conciliación no es sólo una política de igualdad que deba de ser atendida, exclusivamente, en el marco de la política de empleo (cuya finalidad es favorecer la situación laboral de la mujer y eliminar las diferencias de trato por razón de género en el acceso y mantenimiento de los puestos de trabajo), sino que debe encuadrarse en una acción política integral a favor de la familia (en muchas ocasiones, los niños y los ancianos son considerados como un obstáculo para el ejercicio del derecho al trabajo de los padres, más que como personas que tienen sus propios derechos, entre otros, a ser cuidados, educados y atendidos por su familia). Desde esta perspectiva, la política de conciliación, integrada en una política general de protección a la familia, debe procurar la atención de objetivos básicos:

1. Consecución del principio de igualdad:
 - a. Favorecer el acceso al empleo y el mantenimiento del puesto de trabajo por las mujeres.
 - b. Procurar el reparto equitativo de las responsabilidades familiares y domésticas entre hombres y mujeres, en cuanto que la falta de un reparto equitativo supone:



- i. un importante límite a las posibilidades laborales de la mujer (de encontrar un trabajo, de permanecer en él y de promocionar en el mismo).
- ii. un deterioro significativo de la calidad de vida de las mujeres.

2. Protección de los niños: satisfacer el derecho de los hijos a ser atendidos por sus padres.

3. Protección de las personas dependientes: atención de los discapacitados y, en general, de las personas que dependen de otros en sus necesidades diarias.

4. Protección de la familia: hacer efectivo el derecho a tener una familia y a mantener las relaciones interpersonales propias (que los individuos vean satisfecho su derecho a tener hijos y a prestarles los cuidados necesarios, sin que eso impida o dificulte el acceso o el mantenimiento del empleo).

5. E incluso, si me apuran, la libertad de los individuos a elegir cómo desean vivir, cómo quieren organizar su tiempo de trabajo, su tiempo de ocio y de dedicación a otras tareas y responsabilidades.

Además, no se puede olvidar que dicha política de conciliación, encuadrada en el marco de una política general de protección a la familia, debe constituir una prioridad en la actuación de los poderes públicos, en tanto que no sólo se mueve en la esfera privada para atender intereses de los ciudadanos, sino también en un ámbito más general en el que resultan afectados intereses públicos, del Estado y de la propia sociedad. Efectivamente, al Estado y a la sociedad les interesa que los niños estén bajo el cuidado de sus padres –quienes tienen la obligación de alimentarlos, formarlos, educarlos, etc.–, que los ancianos, minusválidos o enfermos sean cuidados en el seno de sus familias –tanto porque es necesario que alguien se haga cargo de estas personas, como por el coste que supondría para el propio Estado la falta de atención familiar–, que se incrementen las tasas de natalidad –para que se mantenga o incremente el número de cotizantes o de ciudadanos que mantienen los servicios y gastos públicos–, que aumenten los niveles de empleo femenino –así, significativamente, en el Consejo Europeo celebrado en Lisboa en marzo de 2000 se señalaba la necesidad de aumentar el número actual de mujeres empleadas que, con fecha de 2010, debían pasar de ser de una media del 51% al 60%–...

Desde esta perspectiva, las medidas de conciliación forman parte de la política general de protección a la familia, que integra actuaciones de diverso orden (social, fiscal y administrativo) con unos contenidos y unas finalidades diversas (prestaciones familiares, servicios sociales, deducciones en los impuestos, becas, ayudas a la vivienda, ayudas al transporte, etc.). De todas esas posibles actuaciones, este seminario comprende sólo la materia social, en cuyo ámbito la política de conciliación se basa en tres pilares básicos: derechos laborales, prestaciones sociales y servicios sociales. Habiendo sido ya analizadas las medidas laborales de conciliación, procede a continuación exponer las fórmulas de protección social dispuestas en el Derecho español: las prestaciones y los



servicios sociales. En este último aspecto, hay que tener en cuenta que el complemento indispensable de una política efectiva de conciliación es la creación de servicios de atención y cuidado de los niños y de las personas dependientes.

La importancia de tales objetivos y la oportunidad de una actuación transversal (en distintos frentes y con distintos medios) explica la inclusión de medidas de esta índole –de conciliación– tanto en el Anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, Ante.–Ley de dependencia), como en el Anteproyecto de Ley Orgánica de igualdad entre hombres y mujeres (en adelante, Ante.–Ley de Igualdad). En este sentido, voy a ir poniendo de manifiesto las reformas que se presentan en ambos textos, muchas de las cuales tratan de corregir las disfunciones o lagunas que han sido advertidas por la doctrina y la jurisprudencia en la aplicación de los preceptos vigentes. De todas formas y en relación con ambas disposiciones, hay que tener en cuenta que son meros anteproyectos, es decir, no son textos definitivos hasta que, después de diversos trámites, correcciones y enmiendas, sean aprobadas en la forma correspondiente.

2. Medidas de protección social para la “conciliación de la vida familiar y laboral”

La llamada “conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras” hace referencia a una política social cuyo objetivo fundamental es posibilitar que aquellas personas que desempeñen un trabajo dispongan del tiempo o de los medios necesarios para poder cumplir con sus deberes y responsabilidades familiares. Desde tal objetivo, las actuaciones básicas de tal política deben darse en materia laboral, en cuyo ámbito se disponen una serie de normas con las que se pretende adaptar las condiciones generales de la prestación de servicios a las necesidades que se plantean en momentos determinados o durante ciertos períodos de tiempo. Dicho de otra forma, las principales medidas que se adoptan con objeto de satisfacer la referida conciliación tienen un carácter básicamente laboral (aquellas que conceden el derecho a disfrutar de ciertos períodos de permisos –retribuidos–, a reducir la jornada –con o sin reducción del salario–, a elegir turnos de trabajo, a disfrutar de un horario flexible, a suspender la relación laboral, a disfrutar de un período de excedencia, etc.) y todas ellas son, dicho sea de paso, medidas que afectan al tiempo de trabajo, en unos casos para reducirlo –en la mayoría de los supuestos (permisos, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias)– y en otros para flexibilizarlo. El objetivo común de todo este tipo de reglas es posibilitar el equilibrio entre el tiempo dedicado a la familia y al trabajo, y no sólo diariamente, sino también a lo largo del ciclo vital de las personas.

Desde esta perspectiva, las medidas de Seguridad Social tienen un carácter básicamente complementario, es decir, son medidas para la cobertura de los derechos que el ordenamiento laboral concede a los trabajadores. En concreto, las disposiciones que en el Derecho de la Seguridad Social favorecen la conciliación de la vida laboral y familiar



son, básicamente, de dos tipos: de un lado, las más conocidas, las prestaciones sociales que se reconocen a los trabajadores que interrumpen su actividad –por determinadas circunstancias familiares– y dejan por ello de recibir la remuneración correspondiente; dichas prestaciones constituyen una renta de sustitución que compensa dicha pérdida de ingresos –por ejemplo, las prestaciones de maternidad y de riesgo durante el embarazo–. Y de otro, las más abundantes, aquellas disposiciones que tratan de evitar perjuicios en la carrera de seguro o en el acceso a otras prestaciones sociales a los trabajadores que suspenden su relación durante ciertos períodos de tiempo por dedicación a la familia; me refiero a las reglas especiales con las que se pretende considerar esos períodos de interrupción del trabajo o de reducción de la jornada como períodos cotizados, en unos casos, porque existen cotizaciones reales (es el caso, por ejemplo, de la cotización durante la suspensión por maternidad o durante la situación de riesgo durante el embarazo), y en otros por la consideración de períodos de cotización ficticias (este carácter tiene el primer año de excedencia por cuidado de hijos, en el que no existe una cotización efectiva). En esta ponencia me limitaré a exponer las medidas de conciliación más relevantes contenidas en la legislación de Seguridad Social, esto es, las que se hacen efectivas a través de determinadas prestaciones sociales.

3. Prestaciones sociales que favorecen la conciliación

3.1. El subsidio de maternidad

3.1.1. La situación protegida

La prestación de maternidad se configura en el Derecho español como una prestación contributiva que se concede a los trabajadores que disfruten de los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento que corresponden según el art. 48.4 del ET. En esta norma, como ya se sabe, se disponen los términos del descanso o, mejor dicho, de la suspensión del contrato por maternidad que se produce tanto en los supuestos de maternidad biológica, como en los casos de adopción y acogimiento –permanente y preadoptivo– de un menor de 6 años o de un menor de edad mayor de 6 años que sea discapacitado o que por sus experiencias o circunstancias personales o por provenir del extranjero tenga especiales dificultades de integración social o familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

De forma resumida, el régimen jurídico del descanso por maternidad es el siguiente. Según el precepto estatutario, la suspensión por maternidad tiene una duración de 16 semanas, ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo –norma aplicable tanto en los casos de parto como en los supuestos de adopción y acogimiento–, que se distribuyen a elección de la interesada, siempre que 6 sean semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En cuanto al reparto del período de descanso entre ambos progenitores, el ET dispone, en primer lugar, que el descanso obligatorio de seis semanas postparto sólo puede ser disfrutado por la madre. El resto, si ambos padres trabajan, puede ser distribuido por la madre quien, al inicio del período de descanso, puede optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del



descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre; esta opción puede ser revocada por ésta, o puede quedar sin efecto si la incorporación al trabajo de la madre supone un riesgo para su salud. Esta regla general se excepciona en los supuestos en los que la madre fallezca, en cuyo caso el padre puede disfrutar de la totalidad o del período de descanso que reste. Por último, en los supuestos de adopción y acogimiento, si el padre y la madre trabajan, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, pero siempre en períodos ininterrumpidos. En relación con cada uno de estos aspectos de la regulación estatutaria, se plantea o pueden plantearse diversas cuestiones.

En primer lugar, respecto a su duración y distribución, únicamente es necesario decir que supera las 14 semanas de descanso prevista en la normativa comunitaria y que, en términos comparados, se sitúa en la media de los descansos europeos. De todas formas, el análisis comparado permite señalar cómo existen en Europa tanto países que conceden una protección por debajo (como Alemania que concede 14 semanas y Bélgica que otorga 15) como por encima de los niveles españoles (es el caso, por ejemplo, de Irlanda o Dinamarca que conceden 18). En este aspecto, del Ante.-Ley de Igualdad sólo destaca la ampliación del período de suspensión por maternidad (por naturaleza, adopción y acogimiento) a 18 semanas en caso de discapacidad del hijo, ampliable también en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo.

En segundo lugar, respecto a su distribución entre ambos padres, en el caso de maternidad biológica (porque en los supuestos de adopción y acogimiento se reconoce un derecho indistinto a disfrutar de tales períodos de descanso para los padres y las madres), nuestra legislación concede a la madre la titularidad originaria del derecho, tanto porque sólo ella puede disfrutar del período de descanso posterior al parto, como porque es la que decide, por su voluntad, si cede parte del descanso postparto al padre, como porque ella puede revocar con posterioridad tal decisión, y porque el ejercicio efectivo del derecho al descanso por el padre depende, en última instancia, de que la reincorporación de la madre no suponga un riesgo para su salud. De este hecho se deriva la imposibilidad de disfrute del descanso de maternidad por el padre si la madre por cualquier circunstancia no tiene derecho a la prestación de maternidad –porque no trabaje o, aunque trabaje, no tenga derecho a la suspensión o a la prestación por maternidad, bien porque no esté integrada en el Sistema o bien porque no cumpla las condiciones para obtener el derecho-. En este aspecto, se debe tener en cuenta que el TS viene negando la cesión del derecho al padre (trabajador por cuenta ajena) cuando la madre, por su actividad profesional, no puede suspender su contrato o interrumpir temporalmente su actividad porque ni es, respectivamente, trabajadora por cuenta ajena ni funcionaria.

En este aspecto, el Ante.-Ley de Igualdad prevé algunas modificaciones relevantes, aún sin alterar esa configuración de la mujer como titular del derecho. De un lado, porque permite que el padre disfrute de todo o de la parte del período de suspensión que reste en caso de fallecimiento de la madre, en este caso, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo y, de otro, porque se permite que el padre pueda seguir haciendo uso del descanso por maternidad inicialmente cedido, aunque en el



momento de reincorporación de la madre al trabajo ésta no pudiese prestar servicios por encontrarse en situación de incapacidad temporal. Ambas son modificaciones puntuales, en cuestiones concretas, en las que se había puesto de manifiesto por la doctrina la necesidad de reconocer el derecho al padre para posibilitar el cuidado del hijo en aquellas situaciones en las que la madre no puede hacerlo, bien porque ha fallecido o bien porque está incapacitada para el trabajo y, posiblemente, para la adecuada atención del hijo. En este último caso, el padre disfrutaría del período de descanso por maternidad y la madre mantendría el contrato suspendido, a partir de esa fecha, por encontrarse en situación de incapacidad temporal.

De todas formas, y a pesar del sentido de tales reformas encaminadas a posibilitar en un mayor número de casos el disfrute del descanso por los padres, no hay una reforma sustancial en el régimen jurídico de la prestación de maternidad. La titular del derecho al descanso sigue siendo la madre a quien corresponde ceder –si así lo desean ambos– parte del período de descanso al padre, y sólo en el caso de que los dos trabajen. No existe en este tema un cambio radical que hubiera permitido el disfrute incondicionado del descanso por el padre (tanto si la madre es como si no es titular del derecho), e incluso, el reparto obligatorio del período de descanso entre ambos progenitores. Esta última opción, posiblemente, es la que favorecería en mejor medida un reparto equitativo de las responsabilidades familiares entre ambos padres, en tanto que la experiencia y los datos estadísticos muestran cómo, cuando el reparto de tales cargas se deja a la voluntad de las partes, el derecho (que efectivamente es un derecho, pero que en muchas ocasiones tiene repercusiones o causa perjuicios para el sujeto que lo disfruta) se ejercita fundamentalmente por las madres.

En lugar de este reparto, el legislador español ha optado en esta materia por reconocer un nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo con cobertura social: la suspensión y el subsidio de paternidad. Tradicionalmente, el padre sólo ha tenido derecho a un permiso por nacimiento de un hijo de 2 ó 4 días (art. 37.3.b) del ET), habitualmente dedicados al cumplimiento de ciertos trámites y rutinas. A esta cifra se añade, en la versión del Ante.-Ley de Igualdad, un nuevo derecho a la suspensión por paternidad, exclusivamente a favor del padre y sólo en los casos de paternidad biológica, con una duración de 8 días ininterrumpidos, que se sumarán a los días del permiso de nacimiento –para disfrutarse de forma consecutiva–, que es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad, si bien su ejercicio no puede ser simultáneo. En definitiva, frente al exiguo permiso concedido por el ET actual, cuyo coste ha sido asumido por el empresario, en el Ante.-Ley de Igualdad se pretende articular una nueva causa de suspensión del contrato, de duración superior, cuya cobertura corresponde al Sistema de Seguridad Social. Si se aprueba tal disposición, España se situará en este tema también en la media europea (donde existen tanto países que no conceden permiso alguno –como Alemania, Irlanda o Austria– o por un período mínimo –como Grecia, Luxemburgo o los Países Bajos que conceden un permiso de dos días–, como Estados que superan esta cifra –es el caso, por ejemplo, de Finlandia que concede 18 días o Dinamarca y el Reino Unido que permiten a los padres dos semanas de permiso).



En este tema, hay que destacar la situación de países como Noruega (no integrada en la Unión) que concede el permiso de paternidad remunerado de mayor duración tras el nacimiento de un hijo, de 4 semanas, que según se ha propuesto recientemente puede incluso ampliarse a 5 (es lo que se llama la “cuota del padre”). Además del derecho legal, también hay que destacar la utilización mayoritaria de este derecho por los padres noruegos:

En 1992	En 1997	En 2004
2,4%	75%	89%

En cuanto a la protección de las situaciones de adopción y acogimiento, en tercer lugar, nuestra legislación es una de las más beneficiosas, en cuanto equipara la duración de los períodos de suspensión por estos hechos a la procedente en caso de maternidad biológica (en otros países el período de suspensión con derecho a protección es sensiblemente inferior). Además, respecto a las situaciones protegidas, se prevé en el Ante.-Ley de Igualdad la extensión de tales derechos (a la suspensión del contrato y a la prestación correspondiente), además de a los supuestos de adopción y acogimiento preadoptivo y permanente, en los casos de acogimiento provisional recogidos en el art. 173.3 del código civil, también en las modalidades de acogimiento preadoptivo y permanente.

En cuarto lugar, el análisis comparado también permite concluir cómo en algunos países de nuestro entorno se reconocen períodos más amplios de descanso que se disfrutan con posterioridad a los permisos por maternidad y/o paternidad, que se denominan de forma general como permisos parentales y cuya finalidad, como los anteriores, es atender al cuidado de los hijos menores de ciertas edades. En el Derecho Español, en concreto en el ET, no existe un reconocimiento expreso, con esta denominación, de dichos permisos que, en nuestra legislación, se conoce con el nombre de excedencia por cuidado de hijos (o, en su caso, de otros familiares). En relación con tal período de exoneración de la obligación de trabajar, es necesario decir que, aunque su duración es considerable (hasta que el hijo alcanza los tres años), bastante superior a los permisos parentales concedidos en muchos países de la Unión, el máximo problema que plantea el período de excedencia reconocido en el ET es su carácter no retribuido (en otros países de nuestro entorno –no en todos– sí se obtiene alguna contraprestación, aunque sea de menor importe al obtenido durante el permiso de maternidad o incluso de cuantía mínima).

Respecto a tales permisos parentales, un ejemplo de protección cualificada puede ser el de Suecia. En este país, se reconoce un permiso prenatal dirigido a las mujeres embarazadas que no pueden realizar su trabajo en los últimos 60 días de embarazo. Dicho permiso de maternidad forma parte del permiso parental que asciende a 480 días por hijo, que se pueden repartir entre el padre y la madre (salvo 60 días que sólo se pueden disfrutar por el padre y otros 60 de ejercicio exclusivo por la madre). Se trata en todo caso de un período –amplio– de descanso retribuido en cuanto que durante los primeros 390 días se percibe el 80% del salario –con un límite mínimo– y los siguientes 90 días se perciben según una cuantía mínima, en torno al 70%.



En esta cuestión, hubiera sido conveniente mejorar el régimen jurídico de la excedencia por cuidado de familiares para posibilitar que quien accede a este período de excedencia tenga derecho a algún tipo de cobertura social, aunque fuera de carácter mínimo o incluso limitada a quienes poseen unos ingresos inferiores a un determinado nivel de rentas.

3.1.2. Beneficiarios

Los períodos de descanso por maternidad señalados, en los términos también referidos, constituyen la situación protegida por el subsidio de maternidad (art. 133 bis de la LGSS). No obstante, el subsidio que concede el Sistema se configura como una prestación contributiva limitada a los trabajadores que acrediten los requisitos señalados en el art. 133 ter, esto es, aquellos individuos que cumplan los requisitos generales de afiliación y alta y acrediten un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial por las que se constituyan la adopción o el acogimiento. (Según la DA 11ª bis de la LGSS, también tienen derecho a la prestación por maternidad, con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones del RG, los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena de los RREE, aunque con alguna matización, como la obligación de estar al corriente de las cuotas que incumbe a los trabajadores que sean responsables de la obligación de cotizar).

En este aspecto, ha sido criticada por la doctrina la desprotección de aquellas personas que suspenden su contrato por maternidad pero carecen de la carencia necesaria: el incumplimiento del requisito les obliga, bien a suspender el contrato sin derecho a prestación alguna, o bien, si no quieren o no pueden perder esa fuente de ingresos, a continuar trabajando y no suspender la prestación de servicios aunque se encuentren en estas circunstancias. Para evitar estos efectos, el Ante.-Ley de Igualdad prevé dos modificaciones de importancia: una, la ampliación a 7 años del período en el que se ha de haber cotizado 180 días para tener derecho a la prestación de maternidad, y otra más relevante, consistente en la creación de un nuevo subsidio para aquellas trabajadoras que reúnan todos los requisitos para acceder a la prestación de maternidad salvo el período de carencia exigido, quienes tendrán derecho a una prestación sustitutiva, que tendrá el carácter de no contributivo a los efectos del art. 86 de la LGSS, en la cuantía establecida en el art. 217.2 de esta Ley (cuantía del subsidio de desempleo para mayores de 45 años) que se determinará en función de las responsabilidades familiares (80%, 107% o 133% del IPREM, según el número de familiares a su cargo). Según el Anteproyecto, el subsidio sólo se abona durante 42 días naturales a contar desde el parto.

En mi opinión, se trata de una prestación singular de dudosa naturaleza, porque aunque se abona sólo a personas que realicen un trabajo a las que se les exige la acreditación de requisitos de carácter profesional, se establecen unas condiciones que permiten acercarlas a las prestaciones asistenciales: primero, porque no se exige acreditar el período de carencia general; segundo, porque se considera expresamente como una prestación asistencial a efectos de su financiación con cargo a los PGE; tercero, porque su cuantía no se calcula en función de las cotizaciones previas sino que se trata de unas cuantías



fijas y homogéneas para los trabajadores que se hallen en similares circunstancias; y cuarto, porque dicha cuantía es mínima y se calcula en función de las responsabilidades familiares de la trabajadora, de tal manera que, aunque se diga expresamente que es una prestación sustitutiva del salario, por su importe se acerca más a una renta de subsistencia; igualmente, su limitada duración –sólo a los 42 días naturales posteriores al parto– permiten considerarla como una protección de carácter mínimo.

En términos similares se regulan los requisitos exigidos para tener derecho al permiso de paternidad. Efectivamente, en el Ante.-Ley de Igualdad se dispone como beneficiarios del subsidio a los trabajadores por cuenta ajena que disfruten del descanso referido, siempre que, reuniendo la condición general de afiliación y alta, acrediten un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los 7 años anteriores al nacimiento del hijo y reúnan las condiciones que reglamentariamente se determinen.

3.1.3. El subsidio económico

Respecto al contenido, únicamente conviene recordar que la prestación por maternidad consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora que, como indica el art. 133 quáter de la LGSS, será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En este aspecto, el Ante.-Ley de Igualdad se remite a la regulación del subsidio de maternidad para decir que el subsidio por paternidad se determinará en la misma forma, aplicándosele también las causas de denegación, anulación o suspensión previstas para esta última.

3.2. La prestación por riesgo durante el embarazo

3.2.1. La situación protegida

Como se sabe, la situación protegida por la suspensión de riesgo durante el embarazo es aquella en la que se encuentra una trabajadora embarazada o en situación de parto reciente que presta servicios sometida a determinados agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que constituyen un riesgo para su salud o la de su hijo. Para prevenir estas situaciones de riesgo, la LPRL prevé un cuadro de medidas que ha de adoptar el empresario de forma paulatina o subsidiaria. En concreto, para la adopción de tales medidas la Ley exige la realización de una evaluación inicial de los riesgos en la que se determine la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto. Si la evaluación inicial de los riesgos revelase que hay un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de la trabajadora, la LPRL exige al empresario que adopte las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo a través de la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo. Si tal medida no es posible o no es suficiente para evitarlo, ha de destinar a la trabajadora a un puesto de trabajo diferente y compatible con su estado. Si no existe un puesto de dichas características, el empresario tendrá que destinarla a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el



derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Sólo si dicho cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados, el empresario ha de proceder a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, durante el período necesario para la protección de su seguridad y salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

Como se recordará, las tres primeras medidas fueron incorporadas al ordenamiento español en la LPRL en 1995, mientras que la última se introdujo con la Ley de conciliación de 1999, Ley con la que se trataba de adaptar la legislación española a la Directiva comunitaria 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Del tenor del art. 26 de la LPRL, donde se regulan las medidas referidas, se deduce la aplicación de las tres primeras a las trabajadoras embarazadas y lactantes y, por el contrario, la aplicación de la causa de suspensión sólo a las trabajadoras en situación de embarazo. Esa exclusión de la lactancia de la situación protegida por la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (y con ésta, de la prestación social correspondiente) ha sido muy criticada por la doctrina que ha visto en esta norma una incorrecta transposición de la Directiva comunitaria.

Pues bien, tal situación parece que quiere ser corregida por el legislador que, en el Ante.-Ley de Igualdad ha previsto una nueva causa de suspensión y una nueva prestación de SS: la de riesgo durante la lactancia. En una primera aproximación al tema destaca la ordenación elegida: en lugar de incluir ésta entre las situaciones protegidas por la suspensión y la prestación por riesgo durante el embarazo, se ha optado por constituir una nueva causa de suspensión y una modalidad distinta –aunque para un caso muy concreto– de prestación social. En particular, en el Anteproyecto se modifican los preceptos correspondientes del ET (art. 45.1.d) y 48. 5) para incluir una nueva causa de suspensión, en este caso, por riesgo durante la lactancia natural de un menor de seis meses, que concluirá cuando el lactante cumpla dicha edad o cuando la trabajadora pueda incorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado. A efectos de protección social, la situación protegida es el período de suspensión del contrato en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

3.2.2. Beneficiarios

Según el art. 135 de la LGSS, la prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la trabajadora en los términos y condiciones establecidas en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, sin más particularidades que las previstas en este precepto (sobre el nacimiento, duración y extinción, contenido de la prestación y gestión). Es necesario, por lo tanto, aplicar las condiciones previstas en el art. 130 de la LGSS para determinar las condiciones que debe reunir la trabajadora para tener derecho al subsidio, cuales son, estar integrado en el RG, estar en una de las situaciones protegidas, reunir las condiciones generales de



a afiliación y alta, y haber cumplido un período de cotización de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante.

La remisión a esta norma y la aplicación del período de carencia señalado ha permitido a la doctrina plantear en este tema las mismas críticas ya referidas respecto al subsidio de maternidad: la trabajadora que se encuentre en la situación protegida y no reúna el período de carencia exigido, no tiene otra alternativa que mantener la suspensión del contrato sin derecho a prestación social, o renunciar a la suspensión y seguir trabajando y recibiendo el salario correspondiente. Lo que sucede es que en este caso la última opción no parece apropiada: si la mujer se encuentra en una situación efectiva de riesgo, éste ha de ser evitado a través de la suspensión del contrato si no existen otros medios o éstos no son suficientes para prevenirlo, y por lo tanto no es posible o no debe ser admisible que la trabajadora renuncie a la suspensión del contrato y siga prestando servicios con objeto de no perder el salario.

Esta importante limitación pretende ser corregida por el legislador que, en el Ante.-Ley Igualdad, modifica el art. 135 de la LGSS para decir que, si bien la prestación económica por riesgo durante el embarazo se reconoce en los términos y condiciones previstos en la Ley para la IT derivada de enfermedad común, no se exigirá en aquel caso cumplir un período mínimo de cotización al Sistema. A su vez, la prestación económica por riesgo durante la lactancia se pretende conceder en los términos y condiciones previstas en esta Ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con lo cual, se exonera a la trabajadora del cumplimiento de un período previo de carencia.

3.2.3. El subsidio económico

En este aspecto, la LGSS muestra cierta distancia entre la protección de la situación de riesgo durante el embarazo y el subsidio de maternidad: como se sabe, el legislador establece porcentajes diferenciados que, no obstante, se aplican sobre una base común, ya que tanto en éste subsidio como en el de maternidad la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Por el contrario, el contenido de la protección se reduce en cuanto que, en la regulación de la prestación por riesgo durante el embarazo, se fija en el 75% –y no en el 100%– el porcentaje aplicable. Tal diferencia, cuya justificación desconozco, no ha si corregida en el Ante.-Ley de Igualdad, que no introduce reforma alguna en este aspecto, haciendo extensiva tal disposición –y diferencia de cobertura– a la prestación por riesgo durante la lactancia.

3.3. Prestaciones familiares

Además de éstas, existen otras prestaciones de protección familiar: las que se conceden por hijo menor o minusválido a cargo, por nacimiento de un hijo a partir del tercero y por parto múltiple. Todas ellas son prestaciones de contenido económico con las que se pretende ayudar a los padres al sostenimiento de sus hijos (se puede decir que con estas prestaciones el Estado pretende ayudar a los padres a desarrollar una función de las que se beneficiará toda la sociedad). Sin embargo, en nuestro país, la escasa



cuantía de estas prestaciones, así como su limitado reconocimiento a aquellas unidades familiares que tengan unos ingresos por debajo de ciertos límites, impiden calificarlas como verdaderas fórmulas de conciliación de la vida familiar y laboral para permitir definir las como prestaciones de ayuda contra la pobreza.

Dichas prestaciones familiares constituyen un medio para la conciliación en aquellos países en los que las prestaciones tienen una cuantía tal que permite a uno de los progenitores optar, mientras los hijos sean pequeños, por abandonar temporalmente su trabajo o reducir su jornada para atender al cuidado de hijos, en cuanto ello no supone una reducción significativa en los ingresos familiares. Incluso, podría advertirse en este tipo de prestaciones tal finalidad si, al menos, constituyeran prestaciones económicas generalizadas y de tal cuantía que ayudaran de forma efectiva a cualquier familia a financiar los gastos extraordinarios que derivan de los servicios necesarios para atender a los niños durante la jornada laboral de los padres.

De tales prestaciones familiares, sólo vamos a analizar aquella que permite computar como cotizados determinados períodos de tiempo en los que el trabajador ha dejado de prestar servicios para atender sus responsabilidades familiares. Efectivamente, dentro del cuadro de prestaciones familiares, se configura actualmente como única prestación contributiva la prevista en el art. 180 de la LGSS, según la cual, el primer año de excedencia con reserva de puesto de trabajo que los trabajadores disfruten para el cuidado de cada hijo, natural o adoptado, o de un menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, o por cuidado de otros familiares, tendrá la consideración de períodos de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad. El precepto amplía el período considerado como de cotización efectiva hasta los 15 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o hasta los 18 si tiene la de categoría especial.

Según ya se ha dicho, en el Derecho del Trabajo nacional los períodos de excedencias son períodos de interrupción de la relación laboral en los que no se tiene derecho a recibir ningún tipo de ayuda o prestación social. La falta de retribución y de prestación social supone la ausencia total de cotización. Por ello el legislador concede este beneficio, al que incluso configura como una prestación propia –de carácter económico–, beneficio que consiste en la consideración de estos períodos de excedencia como períodos de cotización efectiva, aunque no existan unas cotizaciones reales sino ficticias. De tal norma destacan varios aspectos: por un lado, que la consideración de tal período como cotizado no se extiende a la duración íntegra del período de excedencia por cuidado de hijos que, como se sabe, tiene una duración no superior a tres años (art. 46.3 del ET), sino sólo al primer año que, como dice el mismo precepto, es aquel al que se limita la reserva del puesto de trabajo (pasado el cual la reserva no es ya del mismo puesto sino de otro del mismo grupo o de una categoría equivalente); por otro, que la concesión del beneficio se produce no sólo en los casos de excedencia por cuidado de hijos (concepto donde se incluye la filiación natural y adoptiva y el acogimiento permanente y preadoptivo), sino también hoy (tras la ley de medidas específicas en materia de SS)



en los supuestos de excedencia por cuidado de otros familiares (en concreto, y por aplicación de lo dispuesto en el art. 46.3 del ET, por el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de afinidad o consanguinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida); y, por último, que la consideración como período de cotización efectiva es sólo a efectos de ciertas prestaciones sociales: jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad, de manera que, por exclusión, no se considerará como período cotizado a efectos de las prestaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y desempleo.

Frente a la regulación actual, en el Ante.-Ley de Igualdad se quiere ampliar el contenido de esta protección en varios aspectos. De un lado, porque se pretende extender el beneficio a los dos primeros años de excedencia que los trabajadores disfruten por el cuidado de hijos, dejándolo en uno cuando se trate de una excedencia para el cuidado de otros familiares; además, en el primer caso –de excedencia por cuidado de hijos–, el período de cotizaciones ficticias tendría una duración de 30 meses si la unidad familiar tiene la condición de familia numerosa de categoría general, o de 36 meses si es de categoría especial. En todo caso, de otro, este beneficio se concedería no sólo en los casos de excedencia por cuidado de hijos, naturales y adoptivos, y menores en situación de acogimiento familiar permanente y preadoptivo, sino también en los casos de acogimiento provisional también en las modalidades de permanente y preadoptivo. En fin, y respecto a la efectividad de tal beneficio, únicamente se modifica el precepto para considerar tales períodos como de cotización efectiva también respecto a la prestación por paternidad.

Además de estas modificaciones, conviene destacar la introducción en el último apartado de una norma un tanto confusa, en la que señala que, *“asimismo, durante las duraciones establecidas en cada caso en los apartados anteriores de este artículo que los trabajadores, de acuerdo con la legislación aplicable, disfruten en razón del cuidado de un menor, discapacitado o familiar, se considerará como cotizada en su totalidad la jornada de trabajo que, con anterioridad a la reducción de jornada, ostentara el trabajador, a efectos de las correspondientes prestaciones de la SS por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”*. A pesar de la oscuridad de esta redacción, entiendo que el precepto se refiere a los supuestos de reducción de jornada con reducción proporcional del salario entre un tercio y la mitad de su duración, que se reconoce en el art. 37.5 del ET por el cuidado de un menor de 6 años o un minusválido (físico, psíquico o sensorial que no desempeñe una actividad retribuida) o familiar (hasta el segundo grado de afinidad o consanguinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida alguna). En estos supuestos, el beneficio que el Anteproyecto concede es considerar como cotizada la totalidad de su jornada para no realizar, como sucede hasta ahora, los cálculos sobre una jornada a tiempo parcial. En concreto, como en el beneficio anterior, se considerarán como jornadas cotizadas a tiempo completo a efectos de las prestaciones de SS por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.



3.4. Protección de la dependencia

Para comenzar, puede decirse que ha de entenderse por protección de la dependencia la atención que se debe a aquellas personas que, por su situación de especial vulnerabilidad, necesitan determinadas ayudas para ejercer sus derechos, acceder a los bienes y servicios, y desarrollar los actos más esenciales de la vida diaria. Estas situaciones de dependencia no son nuevas, pero se producen en la actualidad –y se prevé que van a continuar en el futuro– determinadas circunstancias que explican que la atención a las situaciones de dependencia constituya una de los retos más significativos de la política social de ésta y de las próximas décadas. Tanto el envejecimiento de la población –sobre todo, el incremento significativo del colectivo de población con más de 80 años–, como los niveles de discapacidad –que aumentan considerablemente como consecuencia de la accidentalidad y de la supervivencia hasta edades superiores–, hace que el número de personas dependientes, además de ser hoy por hoy alto, siga constantemente en aumento. Ese incremento cualitativo de la demanda se produce en una etapa en la que, los cambios en los modelos de familia y, sobre todo, la incorporación progresiva de la mujer al trabajo, hace complicado el mantenimiento de la situación tradicional en la que las personas dependientes eran atendidas en el seno de la familia. En otras palabras, las circunstancias actuales han generado un crecimiento constante del número de personas dependientes y un significativo y también continuo descenso del número de cuidadores.

Hasta hoy, para posibilitar el cuidado familiar de las personas que, por estar discapacitadas, por ser mayores de cierta edad o padecer alguna enfermedad, no puedan valerse por sí mismo, han venido utilizándose tanto medios laborales como sociales. Entre los primeros, ya se ha señalado cómo, sobre todo después de la reforma de 1999, se han extendido ciertos derechos que hasta ese momento se reconocían a los trabajadores para favorecer el cuidado de los hijos, a aquellos que tuvieran que atender a las personas mayores o dependientes (permisos, excedencias). En el ámbito de la Seguridad Social existen ciertas ayudas con esta misma finalidad, tales como la protección concedida a través de la pensión por gran invalidez, de los complementos por ayuda de tercera persona en la prestación no contributiva de invalidez, o la asignación familiar por hijo a cargo con discapacidad. Paralelamente, desde los servicios sociales se ha prestado atención directa a la reeducación y rehabilitación de las personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores.

Sin embargo, tales prestaciones –me refiero ya exclusivamente a las medidas de protección social– se manifiestan insuficientes, no sólo por la parquedad de tales ayudas, sino por la necesidad de incrementar los mecanismos de atención de las situaciones de dependencia al margen de la familia –porque hay muchas personas que viven solas o porque, por una u otra causa, no se les puede prestar la ayuda que necesitan desde su propia familia–. Con esta finalidad, en el Ante-Ley de Dependencia se plantean nuevas formas de protección que, en ocasiones sustituyen y en otras complementan la atención que se puede prestar en el seno de la familia.

Según se dispone en el propio Anteproyecto, las prestaciones por dependencia podrán tener la naturaleza de servicios, de prestaciones económicas y de ayudas para la financiación de



necesidades específicas. La aplicación de tales medidas se prevé con carácter excluyente –una u otra– y no voluntario –se aplicará la que proceda y no la que las partes implicadas decidan–, de tal manera que unas se aplicarán preferentemente y otras de forma subsidiaria o excepcional. En concreto, las medidas a adoptar son, en primer lugar y con carácter prioritario, la obtención por parte de los dependientes de alguno o algunos de los servicios integrados en el “Catálogo de servicios”, objetos de oferta pública, que serán prestados en centros y servicios públicos o privados concertados. Los servicios se dividen en:

1. Servicios para la promoción de la autonomía personal:
 - a. Prevención de las situaciones de dependencia
 - b. Teleasistencia
2. Servicios de atención y cuidado:
 - a. Servicio de ayuda a domicilio:
 - i. Atención de las necesidades del hogar
 - ii. Cuidados personales
 - b. Servicio de Centro 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
 - c. Servicio de Centro Residencial:
 - i. Residencia de personas mayores dependientes
 - ii. Centros de atención a dependientes con discapacidad psíquica
 - iii. Centros de atención a dependientes con discapacidad física

En segundo lugar, y sólo si no es posible la atención mediante estos servicios, se reconocerá una prestación económica vinculada, destinada a cubrir los gastos del servicio previsto en su Programa Individual de Atención, que será prestado por un centro acreditado. En tercer lugar, y con carácter excepcional, el beneficiario podrá recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores familiares, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención. En cuarto lugar, se prevé que las personas con gran dependencia menores de 65 años puedan recibir una prestación económica de asistencia personalizada, cuya finalidad es precisamente esa, contribuir a la contratación de alguien que lo asista personalmente durante un número de horas con el fin de que el beneficiario pueda llevar una existencia más autónoma (prestaciones cuyo análisis, por falta de tiempo, dejamos para otro momento).

En cualquier caso, las prestaciones previstas en el Ante.-Ley de Dependencia inciden sobre la conciliación de la vida familiar y laboral, permitiendo que aquellas personas que tienen a un familiar a cargo en situación de dependencia puedan recibir, con alguna de estas prestaciones, la ayuda necesaria para posibilitar el cuidado del dependiente durante el tiempo que aquel deba dedicar al cumplimiento de sus obligaciones laborales.

CRISTINA BLASCO RASERO



EL PAPEL DE LAS EMPRESAS EN LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

Sobre Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.
Sevilla, 28 de marzo de 2006.

Mercedes Sánchez–Apellániz

Profesora Titular de Administración de Empresas
Universidad de Sevilla

Estamos asistiendo a profundos cambios demográficos y sociales que están provocando dificultades para equilibrar la vida familiar y la laboral y que están afectando tanto a las familias como a la salud de los empleados, aspectos estos que preocupan seriamente a los gobiernos europeos.

La incorporación masiva de la mujer al trabajo fuera del hogar, el aumento de la esperanza de vida y, por lo tanto, el incremento del número de personas mayores, el incremento de las familias monoparentales, el gran aumento de la competencia, que se traduce en una gran presión para la consecución de objetivos, el fenómeno de la reducción del tamaño de la plantilla que aumenta las cargas de trabajo de los “supervivientes”(Fernández: 2004), sin olvidar el profundo cambio sociodemográfico que supone que, cada día, veamos que un mayor número de mujeres poseen una formación avanzada, tienen mejores oportunidades de acceder a puestos directivos y hay una clara tendencia en las mujeres profesionales a casarse con hombres profesionales, lo que produce más familias con doble ingreso que las tradicionales familias de un solo mantenedor económico (Chinchilla, Poelmans y León: 2003; Álvarez: 2003).

El resultado de estas transformaciones es que nos encontramos con familias que con el mismo tiempo que tenían antes, ahora deben atender a muchas más cosas: a su trabajo, al cuidado de los niños y de los mayores y, a menudo, aparecen conflictos derivados de la imposibilidad de atender simultáneamente estas responsabilidades.

Estos conflictos están manifestándose, fundamentalmente, en forma de estrés cuyas consecuencias son una pérdida importante de calidad de vida para los empleados y una menor productividad para las empresas. La falta de tiempo contribuye también a provocar una disminución de la tasa de natalidad, que a la larga puede provocar graves problemas a nuestra sociedad.

La honda preocupación que suponen estos nuevos retos ha llevado a que la Unión Europea, a través tanto de las líneas directrices para el empleo de aquí a 2010, como



de las directivas que ha desarrollado a lo largo de los años, haya establecido un cuerpo jurídico y de actuación que ha promovido el avance en esta cuestión de los Estados Miembros. En sus Directrices (Diario oficial de la Unión Europea: 2003), establece que

“Los Estados miembros (...) desarrollarán el diálogo social, potenciarán la responsabilidad social de las empresas y emprenderán otras medidas apropiadas al objeto de promover (...) la diversidad de modalidades contractuales y laborales, en particular por lo que respecta a la ordenación del tiempo de trabajo, a fin de favorecer el desarrollo de la carrera, y un mejor equilibrio entre la vida profesional y la vida privada, y entre la flexibilidad y la seguridad”.

En este sentido, establece específicamente que *“Se prestará especial atención a la conciliación de la vida profesional y de la vida familiar, especialmente mediante la prestación de servicios de cuidado de niños y otras personas a cargo, fomentar el reparto de las responsabilidades familiares y profesionales y facilitar el regreso al trabajo después de períodos de permiso. Los estados miembros deberían suprimir las faltas de incentivos para la participación de la mujer en el empleo y, de aquí a 2010, tratar de facilitar servicios de cuidado de niños para al menos el 90 % de los niños de entre tres años y la edad de escolarización obligatoria y para al menos el 33 % de los niños menores de tres años de edad, habida cuenta de la demanda de estos servicios y de acuerdo con los marcos nacionales de prestaciones”.*

En cuanto a las directivas europeas –legislación vinculante, de obligatoria trasposición por parte de los estados miembros– cabe destacar tres: Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 relativa a la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Esta directiva se centra en el tema de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, estableciendo además un permiso mínimo de catorce semanas interrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto.

Directiva 96/34/CE de 3 de junio de 1996, que refleja un acuerdo marco sobre el permiso parental.

Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre de 2002. Esta directiva reforma la anterior 76/207/CE que establecía la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo.

En el ámbito nacional se promulga el 5 de noviembre de 1999 la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras que supone la trasposición de la Directiva 96/34/CE. En lo relacionado con la organización del trabajo en las empresas, esta Ley introduce en el primer capítulo modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a permisos y excedencias relacionadas con la maternidad, paternidad y el cuidado de la familia. Se amplía el derecho a la reducción de la jornada y excedencia de los trabajadores/as para atender el cuidado de familiares que por razón de edad, accidente o enfermedad no pueden valerse por sí mismos y no desempeñan actividad retribuida. Otras medidas tienen que ver con los motivos de la



extinción de contratos, permisos para casos de adopción y acogimiento preadoptivo, y la ampliación de los supuestos que no pueden computarse como faltas de asistencia a efectos de la extinción del contrato de trabajo por absentismo laboral.

Otra de las medidas puestas en marcha relacionadas con la conciliación es el Plan Integral de Apoyo a la Familia de noviembre de 2001. Este plan contiene 45 medidas para alcanzar 3 objetivos, el último de los cuales es la conciliación de vida laboral y familiar. Estas medidas se orientan al incremento de los servicios de atención a personas y en incentivos fiscales para favorecer la contratación de: personas desempleadas con hijos/as a cargo, mujeres desempleadas después de la maternidad, mujeres que se reincorporan después de una excedencia.

Y, cómo no, la Ley para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (2006), que en su Capítulo II, sobre Igualdad y Conciliación, en su artículo 40.1 establece:

“Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”

Y la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas Dependientes (2006)

Como norma general, los cambios demográficos y sociales y la problemática asociada a ellos se acentúan en las empresas. La razón es muy simple: las compañías tienen su propia demografía y sociología y, dependiendo de la composición de su colectivo, de su propia actividad y de su cultura van a ver exacerbadas algunas de las situaciones y necesidades.

Sin embargo, y pese al esfuerzo normativo, el problema está en que muchas organizaciones y empresas no se han acoplado a estos cambios. Su estructuración del trabajo ha seguido diseñada esencialmente para empleados hombres de una sola fuente familiar de ingresos, con horarios de trabajo que son incompatibles con las necesidades de cuidar a familiares. Todo ello unido al mantenimiento social de un modelo familiar que sigue sustentándose sobre la asunción mayoritaria de las responsabilidades familiares por las mujeres, lo que conlleva dificultades adicionales para el desarrollo de su carrera profesional.

Conseguir un equilibrio entre vida personal y profesional es, además, el principal anhelo de la futura mano de obra, los universitarios españoles, según se desprende de la encuesta anual que la consultora sueca Universum Communications realiza en España (Iríbar: 2004), lo que hace que los directores de personas deban conceder a esta cuestión una importancia fundamental si quieren atraer y retener talento futuro.

El logro de un nuevo equilibrio es responsabilidad de todos, sociedad, empleados y empresas, que deben implicarse en la búsqueda de este nuevo balance. La razón que suelen argüir las empresas para no aplicar políticas tendentes a conseguir este equilibrio



es su coste (Chinchilla, Poelmans y León: 2003). Sin embargo, los estudios confirman que existe una fuerte conexión entre la presencia de una cultura familiar responsable y la buena marcha de la empresa (calidad de productos, innovación capacidad de atraer y retener a los empleados clave, satisfacción de los clientes y la plantilla, aumento de las ventas, beneficios y cuota de mercado), de manera que las empresas “no están incurriendo en un gasto inútil sino en una inversión pertinente que favorece el crecimiento a largo plazo” (Bastos: 2004).

Así, las **razones con las que cuentan las empresas para apostar por estas medidas** son (Fernández: 2004; Cámara de Comercio de Madrid: 2004):

1. porque necesita a todos sus empleado
2. porque la sociedad, sus clientes, accionistas y trabajadores lo demandan y no puede defraudarles, so riesgo de perder su confianza y apoyo
3. porque proporciona un incentivo a la creatividad y a la motivación de las trabajadoras y trabajadores, generando una mejor comunicación entre la dirección empresarial y la plantilla y proporcionando un mayor conocimiento a la misma de los objetivos y la cultura de la organización, lo que redunda en la mayor implicación y compromiso de la plantilla, elementos fundamentales en los índices de rendimiento
4. porque facilita la introducción de nuevos métodos de trabajo y nuevas tecnologías, especialmente haciendo el mejor uso posible del capital tecnológico
5. porque reduce los costes derivados de los procesos de reclutamiento y formación de personas, ya que asegura la permanencia de capital humano cualificado en la empresa
6. porque incrementa la productividad en el sentido de que facilita la planificación de las horas de trabajo de forma más ajustada a las necesidades de los trabajadores y trabajadoras, reduciendo el absentismo laboral derivado de problemas de compatibilizar vida profesional y familiar
7. porque incrementa y diversifica el rango de potenciales trabajadores/as interesados en emplearse en este tipo de compañías que ofrecen mejores condiciones para desarrollar el trabajo en armonía con sus responsabilidades personales
8. porque reduce los conflictos laborales
9. y porque mejora la imagen de la compañía tanto a nivel nacional como internacional, con lo que contribuye a la promoción de sus productos.

Asumidas estas razones **¿qué deberían hacer las empresas?** En primer lugar, erradicar la falsa convicción de que la adicción al trabajo y la cultura de largas jornadas laborales implican necesariamente una mayor productividad. Después, abandonar la rigidez directiva que dificulta la flexibilidad espacial o temporal de los empleados, presuponiendo que actuar de este modo rebajaría el compromiso con la empresa y con sus resultados u objetivos. En tercer lugar, acabar con el prejuicio de que la maternidad es un hándicap tanto para la empresa como para la propia mujer, que es contemplada únicamente bajo el prisma profesional. Y finalmente, favorecer las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar –las que sean factibles en cada empresa en función del perfil de su plantilla y las características de su producción–.




Según el modelo desarrollado por la Escuela de Negocios IESE de la Universidad de Navarra, para que una empresa se convierta en una Empresa Familiarmente Responsable (EFR) ha de cubrir los siguientes **niveles de desarrollo** (Chinchilla y Torres, 2006):

- Nivel D: sistemáticamente contaminantes. Las compañías en el nivel D no han asumido ninguna responsabilidad para proteger a la ecología humana con sus políticas organizativas. No son conscientes del daño que ocasionan con sus prácticas destructivas a sus empleados, a las familias de sus empleados a sí mismos y a la sociedad. El primer paso, a este nivel, es abrir los ojos y ver los daños que están causando como resultado de no estar atentos al equilibrio trabajo-familia. Esta toma de conciencia conduce a un cambio del nivel D al nivel C.

- Nivel C: Discrecionalmente contaminante. En este nivel casi todas las políticas que dificultan el equilibrio trabajo-familia han sido eliminadas. La empresa empieza a adquirir flexibilidad y asume parte de la responsabilidad para proteger el ambiente humano. Pueden existir aún algunas prácticas que sean contrarias al equilibrio trabajo-familia, pero son menos rígidas que antes.

	Contaminante	Enriquecedora
Sistemática	D	A
Discrecional	C	B



- Nivel B: Discrecionalmente enriquecedora. En este nivel la empresa no sólo reconoce el hecho de que sus empleados tiene más de una responsabilidad (profesional, familiar, social y personal), sino que hace esfuerzos para ayudarles a equilibrar todos estos aspectos. En lugar de ser destructivas, sus políticas y prácticas ahora apoyan los intentos de los empleados para equilibrar todas estas diferentes dimensiones de sus vidas. A través de estas iniciativas, en lugar de contaminar el ambiente social, lo enriquecen.

- Nivel A: Sistemáticamente enriquecedora. Es un nivel en el que la protección y el apoyo a la ecología humana es parte de la cultura empresarial. Tanto la empresa como el personal son sensibles a las necesidades de flexibilidad y apoyo del entorno. Se llega a este nivel cuando estas creencias están presentes en todas las actividades de las actividades de la empresa y cuando el equilibrio trabajo-familia es un criterio que se tiene en cuenta en la toma de decisiones diaria.



Como cualquier cambio cultural este es un proceso gradual que lleva su tiempo. No es posible pasar directamente del nivel D al A. El paso del nivel B al A quizá sea el más duro porque supone tener políticas y prácticas que sean sólidas y una cultura enriquecedora, flexible y responsable.

1. Políticas		1. Facilitadores		4. Resultados
Flexibilidad laboral	Apoyo profesional	Liderazgo	Comunicación	
Servicios familiares	Beneficios extrasalariales	Responsabilidad	Estrategia	

3. Frenos / Impulsores

Para que el resultado sea una cultura responsable y flexible no sólo debemos implantar **políticas** formales; éstas deben apoyarse en unos **facilitadores** que son esenciales para este proceso de cambio cultural. Durante este proceso también existen **frenos e impulsores** en la cultura organizacional (por ejemplo, la adicción al trabajo) que deben ser identificados, para que sean dirigidos y mejorados.

- **Políticas:** determinar las disponibilidad y formalización de distintas políticas empresariales, clasificadas en cuatro grandes categorías: flexibilidad laboral, apoyo profesional, servicios familiares y beneficios extrasalariales.
- **Facilitadores:** Identificar cómo las empresas ponen en práctica los cuatro pilares del adecuado desarrollo (liderazgo, comunicación, responsabilidad y estrategia) e implantación de políticas flexibles y responsables.
- **Cultura (Frenos e impulsores):** Reconocer la existencia de las prácticas más comunes que condicionan el avance de la organización hacia una cultura flexible y responsable (por ejemplo, adicción al trabajo)
- **Resultados:** Medir el impacto de los tres elementos anteriores para establecer áreas de mejora continua que permitan seguir avanzando.

I. POLÍTICAS

¿Qué medidas? Existe un amplio universo de medidas que facilitan la conciliación y que pueden agruparse en varios bloques (Chinchilla, Poelmans y León: 2003; Lavara: 2004):

I.1 Flexibilidad laboral

Flexibilidad en el tiempo: tanto las exigencias del trabajo como las de la familia tienden a fluctuar en función del tiempo que cada uno requiera en cada momento: temporadas



más menos intensas, ciclo de vida, etapa de la trayectoria profesional y acontecimientos inesperados. Por otra parte, en muchos sectores y empleos, el tiempo y la presencia física ya no son criterios relevantes para la evaluación y remuneración. Lo son los objetivos y los resultados. Por tanto, los horarios estrictos se sustituyen por horarios flexibles, autocontrol y evaluación basada en objetivos.

En este bloque se pueden considerar las siguientes *medidas*: Horario laboral flexible (los empleados deben trabajar 8 horas pero pueden decidir ellos mismos a qué hora empiezan la jornada y a qué hora se marchan de la empresa al final de la misma), Trabajo a tiempo parcial (los empleados pueden trabajar media jornada), Empleos compartidos (dos empleados a tiempo parcial comparten un empleo a dedicación completa pero pueden decidir ellos, consultando con su superior, quién trabaja cuándo), semana laboral comprimida (los empleados pueden trabajar más horas al día y, a cambio, recibir un día o medio día libre a la semana), Jornada laboral reducida (los empleados pueden trabajar menos horas al día o a la semana si acceden a tener un sueldo proporcionalmente inferior) y Horas anuales (los empleados están contratados por un número de horas de trabajo al año, en vez de un número de horas por día).

Excedencias: en algunos casos puede necesitarse un período más largo para equilibrar las exigencias del trabajo y la familia o vida privada. Estas medidas pueden tener, en algunos casos, una segunda parte no deseada: la ralentización de la carrera profesional y, en el peor de los casos, la pérdida del puesto de trabajo, amén de posibles represalias por parte de compañeros sobrecargados de trabajo.

Algunas *medidas* a incluir aquí son: Permiso por maternidad más allá de lo estipulado por la ley (las madres pueden quedarse en casa una vez consumido el período de 16 semanas estipulado por ley si renuncian a su sueldo durante ese período. Se les garantiza volver a su antiguo puesto), Permiso por paternidad más allá de lo estipulado por la ley (con renuncia del sueldo y vuelta al antiguo puesto), excedencias para cuidar a hijos pequeños (con renuncia del sueldo y vuelta al antiguo puesto), permiso de lactancia más allá de lo estipulado por la ley, excedencias para cuidar a progenitores o hijos enfermos/discapacitados (con renuncia del sueldo y vuelta al antiguo puesto), período sabático (los empleados que tienen cierta antigüedad pueden ausentarse del trabajo durante un período prolongado, de 3 meses a un año, previamente acordado, cobrando un porcentaje determinado de su sueldo durante ese período. Se les garantiza su antiguo puesto), descanso/"parón" profesional (los empleados pueden disfrutar de un período de descanso acordado a lo largo de su trayectoria profesional para dedicarse a asuntos no laborales), vacaciones no pagadas (con el visto bueno de su superior), bancos de tiempo libre remunerados (los empleados pueden intercambiar, como en un banco sueldo por tiempo libre remunerado de una forma flexible. Por ejemplo, convertir en dinero los días de vacaciones no tomados o tomar vacaciones adicionales por menos sueldo), flexibilidad en los días de permiso y vacaciones cortas (los empleados, después de consultarlo con su superior, pueden tomar unos días de permiso o vacaciones cortas fuera de los períodos vacacionales tradicionales), tiempo libre para asuntos personales o tiempo de familia (la empresa concede a sus trabajadores un cierto número de horas cada mes para ocuparse



de asuntos personales y pasar más tiempo en familia), tiempo libre para actividades en la comunidad (idem para ocuparse de responsabilidades en la comunidad), abandono del lugar de trabajo por una emergencia familiar (los trabajadores pueden abandonar su puesto de trabajo para atender una situación de emergencia sin necesidad de justificar la ausencia con anterioridad).

Flexibilidad en el espacio: trabajar en casa o en la oficina. En la era de las tecnologías de la información, la flexibilidad de tiempo y distancias ya no es ciencia-ficción, sino que la responsabilidad de utilizar estos avances tecnológicos que benefician tanto al empleado como a la empresa, pasa a ser de la empresa. Lo más importante es que el empleado tiene más control de su horario y del espacio de trabajo. La duda ética surge si estas medidas se usan como antesala de la desvinculación no sólo espacial, sino también laboral del trabajador.

Las *medidas* pueden ser: Flexibilidad en el lugar de trabajo (los empleados pueden trabajar en un despacho satélite cerca de su casa para evitar largos desplazamientos o atascos para ir y volver del trabajo), trabajo en casa (pueden trabajar en casa), teledespachos en casa (además de permitirseles trabajar en casa, los empleados están totalmente equipados con teléfono, fax, ordenador y todo lo que sea necesario para trabajar desde casa), videoconferencias (los empleados pueden celebrar reuniones por videoconferencia con colegas o clientes en otras ciudades para evitar viajes), Internet (la empresa costea para los empleados el servicio de Internet como herramienta de teletrabajo)

I.2 Apoyo profesional

Políticas de apoyo profesional: para poder adaptar el puesto de trabajo en función de una variación en la situación privada, la empresa debe disponer de un sistema para detectar, tratar y seguir estos cambios. Por esto, la mentoría es una parte esencial para aplicar las políticas que concilien trabajo y familia.

Hay varios tipos de *asesoramiento* para estos problemas: asesoramiento de trayectoria profesional, en el que se tratan explícitamente trabajo y familia/vida personal (para cuestiones relacionadas con el trabajo y la carrera profesional. Ofrecido por el jefe directo o especialista de recursos humanos), asesoramiento psicológico/familiar (para problemas sociales/psicológicos privados; por ejemplo, separación, hijos con problemas de aprendizaje, estrés...Ofrecido por el médico de la empresa, asistentes sociales, psicólogos y expertos en recursos humanos), asesoramiento financiero/fiscal (para cuestiones tales como créditos, hipotecas, etc), asesoramiento legal (para cuestiones como procedimientos legales, cambios de contrato laboral, etc.) y asesoramiento para expatriados (para empleados emigrantes y sus familias).

Políticas de asesoramiento: algunos afirman que la formación es síntoma de que la empresa toma medidas preventivas contra el estrés porque capacita al empleado individual para gestionar su estrés, los conflictos, la presión de tiempo y las nuevas



responsabilidades adquiridas en la familia. Otros dicen que no es suficiente porque no ataca la raíz del problema; incluso hay quien dice que es un acto hipócrita si, al mismo tiempo, se incrementa la carga de trabajo. En cualquier caso, evitar el estrés laboral cada vez se convierte más en una necesidad. Si las empresas no lo hacen por la salud de sus empleados, sí deberían hacerlo por sus propios intereses: cientos de estudios demuestran que el apoyo social es una protección esencial contra el estrés de modo que, las empresas que permiten que el estrés laboral se desborde, están poniendo en peligro la productividad de sus empleados.

Las *medidas* que aquí se incluyen deben respetar la confidencialidad de cada empleado y tener en cuenta el derecho a la vida privada que cada persona tiene. Los posibles cursos a impartir son: papel como padres y educación de los hijos (cursos que contribuyen a que los empleados y sus cónyuges se preparen ante el reto de tener un nuevo hijo y su posterior educación), conflictos trabajo/familia (cursos que ayudan a manejar conflictos entre el trabajo y la familia y a tratar cuestiones de trayectoria profesional y personal), curso prenatal y sobre nutrición, gestión del tiempo (cursos que ayudan a los empleados a organizarse mejor), gestión del estrés (cursos que ayudan a los empleados a relajarse, analizar la fuente del estrés, a adoptar técnicas de resolución de problemas y cómo enfrentarse a ellos), gestión de conflictos (cursos que ayudan a gestionar los conflictos con compañeros, clientes, proveedores y también con el cónyuge), y formación en las diferencias entre hombres y mujeres.

Adaptación del puesto de trabajo y apoyo profesional: para reducir los conflictos, tensiones entre trabajo y familia, es preciso adaptar, o bien el trabajo (carga de trabajo o responsabilidades), o bien la persona (capacitar al empleado para manejar el estrés).

Las *medidas* que se pueden incluir en este punto son: adaptación del trabajo (el empleado continúa en el mismo puesto, pero la carga de trabajo o responsabilidades se adaptan temporalmente), rotación de puesto de trabajo (al empleado se le da –temporalmente– otro puesto que se adapte mejor a la relación responsabilidad/capacidad), y mutación de trabajo (al empleado se le da –temporalmente– menor carga de trabajo, para la mejor relación responsabilidad/capacidad).

I.3. Servicios familiares

Política de servicios: Servicios que reducen la carga del empleado fuera de la empresa. Responde a una actitud de política de servicios, paralela a la política salarial ya que las personas no necesitan únicamente dinero para vivir, sino mayor calidad de vida, tiempo y, por tanto, servicios.

Se pueden considerar las siguientes *medidas*: información sobre guarderías, guardería dentro de la empresa (gratis o subvencionados), guardería fuera de la empresa (la empresa facilita los servicios gratis subvencionados fuera de la empresa), apoyo económico por el empleador para sufragar gastos de guardería, provisión o pago de servicios de guardería



o canguro durante los viajes de trabajo u horas extras, información sobre centros para el cuidado de ancianos, servicios para el cuidado de ancianos fuera de la empresa (gratuitos o subvencionados), plazas reservadas en colegios locales (la empresa reserva plazas en colegios cercanos teniendo los empleados prioridad en la disponibilidad de las mismas a precios normales), otros servicios domésticos (tintorería, compras, transporte, aparcamiento, restaurante, centros de deportes/fitness)

I.4. Beneficios extrasalariales

Beneficios sociales extrajurídicos: esta última categoría consiste en diferentes tipos de beneficios extrajurídicos, también llamados “sociales”, que pueden aliviar la mente de los empleados en cuanto a la atención y cobertura sanitaria de sus familias. Algunos ejemplos son: seguro médico para el cónyuge, seguro médico para los hijos, seguro para discapacitados, seguro médico global (comprende enfermedades serias/crónicas no cubiertas por el seguro normal), plan de jubilación, seguro de vida, fondo médico de empresa (cubre costes asociados con enfermedades serias/crónicas de miembros de la familia), coche de la empresa, reembolso de costes de transporte incurridos durante horas no laborales, ticket restaurante, actividades lúdicas (la empresa organiza para los empleados y sus familias actividades de carácter lúdico: comidas, cine, otros), retribución a la carta (la empresa ofrece a los empleados la posibilidad de dedicar parte de la paga variable a servicios personales en condiciones ventajosas: compra de equipos de informática, cursos de inglés, etc).

II. FACILITADORES

Son los valores en acción que ayudan a las organizaciones a poner los valores en práctica de manera que se fomente una cultura organizativa flexible y responsable.

II.1. Liderazgo

Las organizaciones flexibles y responsables cuentan con líderes que establecen y comunican una dirección clara a su personal en cuanto al proceso de cambio necesario para convertir la organización en una EFR. Unen y motivan a los demás líderes intermedios para que con su comportamiento sirvan de ejemplo a sus colaboradores en cuanto a la conciliación trabajo-familia. Reconocen abiertamente la importancia de conciliar el trabajo y la vida familiar y personal como base para el éxito del negocio e integran este enfoque construyendo un clima de trabajo de apoyo.

II.2. Comunicación

Del programa de conciliación, tanto interna como externamente (políticas, modo de implementación, objetivos y metas). Es una importante herramienta gracias a la cual los individuos entienden y asumen su papel en la organización.



II.3 Responsabilidad

Para que una organización cambie es imprescindible aplicar de forma responsable (sin abuso) las medidas necesarias y además que haya una persona designada para coordinar su aplicación. La cultura flexible y responsable se construye sobre la base de la confianza, la madurez y la profesionalidad de cada uno de los involucrados. La dirección considera la aplicación de medidas para evaluar la buena ejecución de los directivos responsables del diseño y ejecución del programa flexible.

II.4 Estrategia

Destinar tiempo, personal y recursos a estas iniciativas, con una estrategia de acción, así como incorporar el respeto a la familia de los empleados en la misión, la visión y los valores de la empresa, convierten estos programas en parte del éxito global de la compañía.

III. CULTURA (FRENOS/IMPULSORES)

No todas las empresas utilizan todas las medidas: algunas están contempladas en la ley, otras van más allá. Muchas no tienen coste para el empresario y constituyen tan sólo una cuestión de *cultura empresarial*.

Esta es, quizás, la cuestión fundamental: sin el refuerzo de una cultura corporativa las políticas formales y las medidas descritas no son suficientes para crear un entorno compatible con la familia. Cuando la cultura de la empresa contradice las políticas formales el empleado será reacio a utilizarlas por miedo a resentimientos por parte de sus colegas y jefes y, a largo plazo, por temor a su futuro en la empresa.

Las empresas menos compatibles con la familia son aquellas que tienen una cultura de trabajo obsesivo. En ellas, trabajar muchas horas es señal de dedicación y, por tanto, de promoción profesional. Irse del trabajo a la hora normal de salida se interpreta como falta de motivación. Por ello, la actitud de los directivos y su postura explícita e implícita son esenciales.

En ello juegan un papel fundamental los valores personales y la propia formación como directivos ya que determinan el modo y grado en que ellos mismos asumen esas políticas en el seno de la empresa. Si los altos ejecutivos de una empresa, con su actitud, sus hábitos de trabajo y sus exigencias sobre los subordinados sustentan estas dinámicas, la cultura de adicción al trabajo estará asegurada en la empresa. La función de liderazgo, de ejemplaridad y de formación de los propios directivos es capital. Sólo así los valores familiares estarán integrados en la misión corporativa.



La cultura organizacional está directamente relacionada con el sentido y propósito de la organización. Por tanto, dependiendo de los valores de la empresa, la visión sobre el trabajo y la familia pueden variar. Según Pérez López (1993) existen tres paradigmas que explican la manera en que los directivos entienden el mundo de los negocios: el modelo mecánico, el modelo psico-sociológico y el modelo antropológico/humanístico.

En el **modelo mecánico** la cuestión de cómo motivar a las personas se ve como un asunto relacionado con qué y cómo hay que darle a una persona para persuadirla de que haga el trabajo que la organización quiere que haga. Se basa en la creencia de que el dinero es el motivador universal, así que el problema de la motivación se reduce al problema de cuántos incentivos hay que ofrecer.

En este modelo, todas las relaciones entre las personas se reducen a las relaciones entre roles o funciones, y la organización se ve a sí misma como una máquina que produce y consume cosas. De acuerdo con este modelo los únicos objetivos de los negocios son la eficiencia y la maximización de beneficios.

Este modelo es limitado pues sólo ve la punta del iceberg, los aspectos formales de la organización (roles, procedimientos, sistemas...) e ignora todos los aspectos informales como las necesidades, motivos e interacciones entre los miembros de la organización.

Cualquier política trabajo-familia que implanten estas compañías busca conseguir los requerimientos mínimos legales o las presiones y demandas de sus empleados. No implantarán políticas trabajo-familia por su propia iniciativa a menos que beneficien a la compañía en el corto plazo. Cuidan de su imagen y sólo emplearán estas políticas como una estrategia de marketing para atraer a más candidatos y clientes.

El **modelo psico-social** ve a la empresa como un organismo social en el que las personas participan para conseguir los incentivos ofrecidos por la empresa y también para satisfacer otras necesidades a través de la interacción con otras personas dentro de los negocios.

Se ve a las personas motivadas no sólo por factores extrínsecos, como las recompensas, sino también por factores intrínsecos como el aprendizaje, el desarrollo profesional, sensación de logro, etc.

De acuerdo con este modelo el propósito último de la organización es doble: eficiencia y atracción. Ofrece un paso más hacia una visión completa que el modelo mecánico. La organización está en alerta, no quiere arriesgarse a perder empleados valiosos y eficientes. Las políticas trabajo-familia se implantan para atraer retener a las personas creando condiciones favorables de trabajo.

Muchos empresarios luchan por crear mejores entornos laborales en aras a conseguir incrementar el compromiso e involucrar a sus empleados, la retención de sus empleados y la mejora de su salud mental y su productividad. La flexibilidad, como parte de un ambiente laboral eficaz, se ve no como "algo bueno que tenemos" sino como algo "que tenemos que tener"



En el modelo **antropológico/humanístico**, la organización se ve como una institución cuyo propósito no es sólo el conseguir eficiencia y atracción, sino que también debe proporcionar unidad o identificación de sus miembros con sus objetivos.

En el modelo mecánico la única consideración era “lo que la empresa hace”. En el psico-social la cuestión importante era “qué” hace la empresa y “cómo” lo hace. En el modelo humanístico, junto a estos dos aspectos, existe una consideración más acerca de “por qué” la empresa hace lo que hace.

Las políticas trabajo-familia, en este modelo, son parte de del propósito de la organización. La empresa sabe que sus empleados tienen vidas personales y familiares, las cuales son importantes para la organización y llegan a ser parte de sus valores.

En este modelo las empresas adoptan una aproximación proactiva hacia las políticas trabajo-familia para conseguir llegar a ser Empresas Familiarmente Responsables. es el único modelo que tiene una visión a largo plazo. La flexibilidad no se ve sólo como algo que quieren los empleados, sino como algo que es necesario. Hay un interés real por la persona y su trabajo en la organización.

En resumen, los valores de las empresas y, por consiguiente, sus intereses para apoyar el equilibrio trabajo-familia se mueven entre dos parámetros:

- preservar y mejorar la eficiencia. Las empresas se centran más en el desempeño de sus empleados que en su satisfacción.
- una auténtica preocupación por lo empleados. Las empresas tienen en cuenta las necesidades de sus empleados, buscando un equilibrio trabajo-familia.

Los empleados son listos y pueden detectar cuándo una empresa no tiene una actitud real hacia las personas, una preocupación profunda por los individuos y un respeto por sus vidas. Sienten esto cuando las políticas trabajo-familia se implantan simplemente como una táctica para retener al personal o atraer a nuevos candidatos.

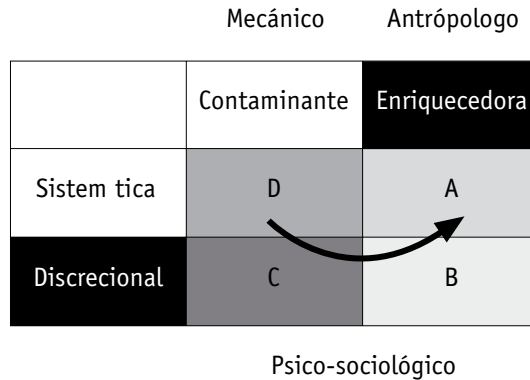
Los cambios en una organización hay que hacerlos de arriba hacia abajo; por tanto, los empresarios deberían creer que trabajo y familia no son incompatibles sino complementarios. También deberían creer que tener la oportunidad de conseguir un equilibrio entre trabajo y familia es un asunto de justicia para todos los individuos. Si la empresa quiere moverse del Estado D al estado A en sus niveles de desarrollo hacia una EFR, debería de considerar qué modelo cultural tiene y cuales son sus valores y forma de entender los negocios y a sus empleados.

En un segundo plano, pero no por ello menos importante, está el nivel de tolerancia de los colegas cuando tienen que asumir mayor carga de trabajo de sus compañeros en caso de urgencias y ausencias.



Llegados a este punto sería interesante saber **¿qué están haciendo las empresas?**

Según el estudio IFREI del Centro Internacional Trabajo y Familia, cuya edición 2006 ha conseguido aglutinar a 271 grandes empresas españolas y 89 pymes, y utilizando una



valoración de 1 a 100 para medir el grado de responsabilidad familiar, los resultados muestran que casi la mitad de las empresas españolas encuestadas se sitúan en el cuadrante C, discrecionalmente contaminantes, lo que significa que quizás han puesto en marcha algunas políticas de conciliación pero falta el compromiso formal de la alta dirección, el tema no forma parte de la estrategia de la compañía ni aparece en la agenda de temas pendientes, o su comunicación es deficiente. Además, la figura del responsable de conciliación no existe, siendo esta función asumida por otra persona con otras competencias más amplias (director de recursos humanos) o simplemente diversas (gerente).

Por sectores, los resultados muestran que las empresas de telecomunicaciones, banca, seguros y salud españolas son las que cuentan con más medidas de conciliación, mientras que las relacionadas con las actividades fabriles o subsidiarias presentan un menor número de ellas.

El horario flexible, el trabajo a tiempo parcial, la semana laboral comprimida y la reducción de jornada son las medidas estrella en los sectores más conciliadores. Despunta el caso de las Telecomunicaciones que añade a estas medidas otras como la formación, los beneficios extrasalariales y la flexibilidad espacial.

El grupo de sectores menos sensible en materia de conciliación aglutina a actividades muy relacionadas con cadenas de producción fuertemente sindicalizadas. La baja puntuación de la industria eléctrica y del software habla de un sector que se mueve en entornos fuertemente competitivos y globales y, en muchos casos, diseñados como industria auxiliar y como proveedores de otros, que puede que sufran más desorden en su organización del trabajo por ser subsidiarias de las necesidades de otras.



Casi la mitad de las empresas del estudio han puesto en marcha alguna política de conciliación, pero les falta el compromiso formal de la alta dirección. Pese a ello, se puede hablar de cierta evolución positiva en conciliación. En el 2006 las empresas han duplicado prácticamente el uso de ventajas laborales y la reinserción después de un permiso largo, algo que contrasta con el descenso de la excedencia por cuidado de un familiar.

Suben exponencialmente medidas como la jornada reducida y a tiempo parcial, el horario laboral flexible, el seguro de accidentes y la sustitución del personal que está de permiso.

El informe evidencia que la mayor presencia femenina está en relación directa con la penetración de las políticas de conciliación y que, a mayor implantación de una cultura familiarmente responsable menos problemas laborales en la empresa (absentismo, rotación) y, a la vez, más compromiso y más capacidad de retener mejor el talento de los empleados.

En definitiva y para resumir, las fases necesarias para convertirse en una EFR han de tener en cuenta los siguientes aspectos que se consideran necesarios:

- una búsqueda eficaz de información sobre las necesidades familiares de los empleados a través de cuestionarios y entrevistas individuales o grupales.
- un plan de acción –basado en el punto anterior– anunciado por la alta dirección y que cuente con un presupuesto.
- un comunicado a todos los empleados, comunicación interna periódica sobre el tema a través de folletos, vídeos e intranet.
- y equipos de trabajo que actúen como círculos de calidad dentro de la empresa.

Sólo así podrá darse una evaluación adecuada de su utilización y una progresiva adaptación de las políticas a las circunstancias y personas concretas siempre que sea necesario.

En cualquier caso, se trata de establecer políticas flexibles para ambas partes y que estén asentadas sobre el acuerdo entre jefe y empleado. Cada empresa debe buscar aquellas medidas factibles para posibilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal de su plantilla, al tiempo que los empleados aumentan su compromiso con la empresa.

Las **“empresas familiarmente responsables”** son aquellas que buscan el beneficio, dan un servicio a la sociedad y satisfacen la demanda del mercado. A su vez, son conscientes no sólo de la responsabilidad social –hacia el exterior– sino de la responsabilidad interna respecto a sus empleados.



Para ello no sólo tienen en cuenta el desarrollo de políticas de remuneración o planes de carrera, sino que se comprometen de un modo explícito a implantar políticas o desarrollar programas que apoyen la conciliación de la vida familiar y profesional bajo la concepción (Serrano y Sánchez: 2004) de que los sujetos beneficiarios no son sólo mujeres, sino también hombres y, muy especialmente, los menores y otros familiares dependientes, y de que no estamos hablando sólo de no discriminación por razón de género, sino también de familia, personas y calidad de vida.

Bibliografía

- Álvarez, I. (2003): "Conciliación de la vida laboral y familiar", Ponencia pronunciada en la Universidad San Pablo-CEU de Madrid el 5 de marzo de 2003, <http://www.mufernueva.org>
- Bastos, R. (2004): "Por una mejor conciliación de la vida familiar y profesional para incrementar la participación de la mujer en el mundo laboral e impulsar la natalidad", Servicio de Prensa del Parlamento Europeo, 7 de marzo de 2004, <http://www.fundacionyuste.org/ue/novesocial/novedades156.asp>
- Cámara de Comercio de Madrid (2004): Propuestas para favorecer la conciliación desde el ámbito empresarial", <http://www.camaramadrid.es>
- Chinchilla, M.N.; Poelmans, S.; León, C. (2003): Políticas de conciliación trabajo-familia en 150 empresas españolas, Documento de investigación número 498, IESE Business School, Universidad de Navarra
- Chinchilla, N; Torres, E. (2006): "Why become a family-responsible employer?", Occasional Paper nº 06/3, March, International Center of Work and Family, IESE, Business School, University of Navarra
- Diario Oficial de la Unión Europea (2003): Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003 relativas a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros (2003/578/CE)
- Iríbar, A.: (2004): "Los jóvenes cambian el paso", El País, 27 de junio de 2004.
- Fernández, A. (2004): "Conciliación, trabajo y familia ¿moda o necesidad?", Expansión & empleo, 30 de julio de 2004, <http://www.expansion&empleo.com>
- Lavara, N. (2004): "Los empresarios se implican en la conciliación de la vida familiar y laboral", Entorno social, <http://www.entornosocial.es>
- Pérez López, J.A (1993): Fundamentos de la Dirección de Empresas, Ed. Rialp. España
- Serrano, R.; Sánchez, E.: (2004) "Conciliar la vida familiar y laboral, mito y realidad", Expansión & empleo, 28 de julio de 2004, <http://www.expansion&empleo.com>

MERCEDES SÁNCHEZ-APELLÁNIZ



ASPECTOS LABORALES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVENCIÓN DE RIESGOS POR RAZONES DE REPRODUCCIÓN Y EMBARAZO

Jornadas Técnicas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía.
Sevilla, 25 y 26 de septiembre de 2006.

Josefina Galindo Sánchez

Inspectora de Trabajo y Seguridad Social

1. Mujer y salud laboral

Aunque teóricamente hombres y mujeres pueden sufrir los mismos accidentes o enfermedades profesionales, la práctica demuestra que los riesgos para la salud en el trabajo no se distribuyen por igual entre unos y otras. Las razones de esta situación se derivan de diversas causas y factores y entre ellos cuatro son las fundamentales:

1. El primer factor es, sin lugar a dudas el embarazo y la maternidad que, por razones biológicas, coloca a la mujer en situación de especial y exclusiva vulnerabilidad ante determinadas condiciones de trabajo.

2. La segmentación horizontal y vertical del mercado de trabajo: existen trabajos tradicionalmente feminizados y otros masculinizados y unos y otros presentan riesgos diferentes para la salud y seguridad.

Los trabajos tradicionalmente femeninos suelen ser monótonos y repetitivos, requieren posturas forzadas y continuo pero moderado esfuerzo físico, implican atención y cuidado hacia otras personas en situaciones difíciles, son poco creativos y alejados de los centros de toma de decisiones. Este tipo de trabajos, según recientes estudios, producen altos niveles de estrés del que derivan enfermedades físicas, entre otras, alteraciones musculoesqueléticas y circulatorias.

3. La doble jornada laboral o régimen de doble presencia (doméstica y laboral) a la que se ven la mayoría de las mujeres sometidas, al haberse incorporado al mercado de trabajo sin haber abandonado el rol social consistente en asumir casi en exclusiva las responsabilidades familiares y domésticas, producen graves efectos sobre la salud, incidiendo y aumentando los niveles de estrés de las mujeres, por la sobrecarga de tiempo de trabajo y por la dificultad de responder a la demanda de los dos espacios, el doméstico y el laboral.



4. Finalmente, la mujer continúa siendo la víctima por excelencia de situaciones de acoso sexual en el trabajo, con efectos devastadores para su salud tanto a nivel físico como psicológico.

No existe, en el ámbito de las Prevención de Riesgos Laborales, normas de protección de la mujer (como género) sino tan sólo de protección estricta de la maternidad, que es donde vamos a centrar el presente estudio.

Se considera además que respecto de los otros factores, distintos a la maternidad, la existencia de legislación específica para la protección de la seguridad y salud de la mujer, podría incluso llegar a inculcar el principio de igualdad de trato, por lo que en tales áreas será más oportuno y eficaz eliminar las causas que generan estas diferencias (es decir, acabar con la doble jornada, con la segmentación profesional y especialmente acabar con el acoso sexual).

Lo que sí sería necesario es la existencia de estudios técnicos que profundizaran en los riesgos que afectan mayormente a las mujeres trabajadoras, a fin de evitar que esta realidad del trabajo femenino permanezca invisible.

2. Protección de la salud durante el embarazo

INTRODUCCIÓN

El imperio del principio de igualdad que consagra el art. 14 de la Constitución en su primer inciso no comporta que toda diferencia de trato entre hombre y mujer sea constitucionalmente ilícita. La discriminación, como reiteradamente ha manifestado el Tribunal Constitucional entraña una desigualdad de trato arbitraria o carente de una justificación objetiva y razonable.

Con relación a la maternidad, su inestimable “función social” la ha hecho merecedora de tutela en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos. Nuestra Constitución en el art. 39.2 proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. En base a ello, el Tribunal Constitucional ha precisado “la maternidad y, por tanto, el embarazo y parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre” (ST 109/1993).

Asimismo, la protección de la maternidad ha encontrado amplio eco en numerosos textos internacionales: art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. En la misma línea se pronuncian, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1.966, la Carta Social Europea, hecha en Turín, en 1.961; los



Convenios nº 183 y Recomendación 191 de la O.I.T. así como la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En esta línea se ha mantenido el TJCE en Sentencias tales como la de 12-7-84 (Asunto Hofmann) y de 15-5-86 (Asunto Hohnston).

En conclusión, puede afirmarse con Pérez del Río que “la normativa dirigida a la protección de la maternidad que, por razones biológicas obvias, toma a la mujer como sujeto exclusivo, se justifica desde la óptica del principio de igualdad, de un lado, en la especial situación del sujeto contemplado por la norma y, de otro, por las circunstancias objetivas del supuesto regulado: la maternidad constituye función social protegible como tal por el Ordenamiento y la trabajadora embarazada se encuentra en un momento de especial sensibilidad y peligro para su salud”.

Si bien, estas normas especiales de protección de la maternidad en ningún caso pueden confundirse con otras prohibiciones a la mujer (para acceder a determinados trabajos – minas– o condiciones de trabajo –nocturno–) que se basan en tradicionales concepciones que ven a la mujer como sujeto inferior necesitado de especial protección. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado discriminatoria tales normas en variadas ocasiones (ST 229/1992 de 14 de diciembre, ST 216/1991, 187/1993...).

Igualmente, ha de diferenciarse (y en este aspecto la complejidad es mayor) las normas de protección por embarazo (que necesariamente van dirigidas en exclusividad a la mujer) de aquellas otras que pretenden la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares (con tal objetivo se promulga la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, a la que posteriormente haremos referencia) pues estas últimas han de ir dirigidas tanto a hombres como a mujeres (pues ambos son titulares de las obligaciones, atención y cuidado que generan los hijos) y es más habrían de incluir algún mecanismo que sensibilicen y conciencien a los hombres para la utilización de aquellos instrumentos que esta Ley establece para facilitar la conciliación de la vida profesional con la vida familiar.

Aunque la iniciativa legal comentada es positiva, hubiera sido deseable una solución más integral del problema, pues éste abarca varios campos (no sólo el laboral), siendo imprescindible acompañar esta nueva normativa de cierta sensibilización y estimulación de los hombres (y también de muchas mujeres) para que se llegue a la conciencia de la necesidad actual de que los hombres también asuman las tareas familiares y domésticas así como promover la creación de servicios de atención a menores (guarderías infantiles) y a personas menores y enfermos. Los nuevos yacimientos de empleo que surgen con las demandas de cuidados profesionales a las personas deben recibir el impulso de las políticas de empleo y de fomento de la igualdad de oportunidades, realizándose así una política más amplia que aborde el conjunto del problema.



La protección de la maternidad de la mujer trabajadora abarca medidas especiales en diversos ámbitos:

1. Ámbito laboral (suspensión por maternidad, permisos para controles médicos y cursos de preparación al parto, prohibición del despido durante el embarazo...)

2. Ámbito de Seguridad Social (Prestaciones de asistencia sanitaria, y prestaciones económicas...).

3. Maternidad y Salud Laboral: Nos limitaremos al análisis de las medidas incluidas en este apartado.

Evidentemente, todas estas medidas suponen un coste laboral (que en muchas ocasiones sufre la mujer) y un coste económico (que aún en buena parte sigue soportando el empresario. Por ejemplo, en los permisos retribuidos para asistir a clases de preparación al parto o para la lactancia): No obstante, se ha de reivindicar la asunción del coste que genera la normativa laboral y de Salud Laboral por motivos de embarazo y reproducción por parte de los poderes públicos (los mismos han asumido ya funciones tan relevantes como el Derecho a la educación y la asistencia sanitaria), con mayor razón se ha de asumir el coste que genera la primera y más esencial función humana como es la reproducción, que en definitiva es dar vida, especialmente en un país como el nuestro en el que los índices de natalidad son tan bajos.

No obstante, la relevancia de la materia objeto de estudio (no sólo el embarazo sino también la reproducción) hace necesaria la implicación no sólo de los poderes públicos sino también de toda la sociedad: empresarios, trabajadores, negociadores sociales, operadores jurídicos... cada uno en sus respectivos ámbitos de actuación y competencias han de garantizar el respeto y adecuada aplicación de la normativa sobre salud laboral por razones de embarazo y reproducción.

NORMATIVA NACIONAL Y COMUNITARIA

La regulación jurídica básica de la protección del embarazo, desde el punto de vista de la salud laboral, se encuentra contenida en:

1. Directiva 92/85/CEE de 19-10-92 "relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la Seguridad y la Salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia".

Esta Directiva ha dado lugar para su mejor aplicación práctica a unas Directrices de 5-10-00 elaboradas por el Consejo para "La Evaluación de los Agentes Químicos, Físicos y Biológicos, así como de los procedimientos industriales considerados peligrosos para la Salud o la Seguridad de las Trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz recientemente o estén en período de lactancia".



El 15 de marzo de 1.999, la Comisión de las CC.EE. ha elaborado un informe sobre el actual estado de aplicación de los distintos estados miembros de la Directiva 92/85.

2. En el Ordenamiento Jurídico Español la anterior Directiva ha sido objeto de transposición parcial en el art. 26 y Disposición Adicional Undécima de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/95 de 8 de noviembre). Este precepto ha sido posteriormente modificado, para su mejor adaptación a la Directiva, a través de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre “para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, que responde en este aspecto a la necesidad de reforzar la protección (salud laboral-embarazo) que venía dispensando la Ley ha sido posteriormente desarrollada por R.D. 1251/01 de 16 de noviembre.

CAMBIO DE ENFOQUE

Si bien en un principio se ha defendido la legalidad de la normativa especial para la mujer por razones de embarazo, en el terreno de la seguridad y salud laboral, y desde el punto de vista técnico, podemos defender con la Dra. Martínez Frías, la ampliación de esta normativa también para los hombres, en muchos supuestos, pues la salud reproductora no se altera sólo por las exposiciones a determinados riesgos de las trabajadoras embarazadas, sino también por las exposiciones de los hombres durante su vida laboral (y de las mujeres) en edad reproductora.

Por tanto, creemos que es necesario cambiar el concepto de “riesgo por embarazo” por el de “riesgo de razones de reproducción”. Es decir, desde antes de que se produzca el embarazo, y tanto para mujeres como para hombres indistintamente, y ello por razones biológicas, pues para que se produzca un embarazo es necesaria la presencia de dos células, los gametos, una procedente del hombre (el espermatozoide) y otra procedente de la mujer (el óvulo): por tanto, la reproducción humana comienza con la correcta formación de esos dos gametos.

2.1. Ámbito de aplicación: Concepto

Las situaciones protegidas por la indicada normativa se dan cuando la mujer trabajadora se encuentra en alguna de las siguientes circunstancias:

2.1.1. Embarazada

El art. 2 de la Directiva define sucintamente a las trabajadoras embarazadas como aquellas que informen a la empresa de su estado según la práctica o legislación nacional. Dos cuestiones podemos plantear con respecto a esta situación:

a) Hay un periodo de 30 a 45 días durante el cual la trabajadora puede no saber que está embarazada y, por consiguiente, no puede informar de ello a su empleador o es reacia a hacerlo. Sin embargo, existen algunos agentes físicos y químicos que pueden ser nocivos para el feto durante el periodo inmediatamente posterior a la concepción, siendo esencial aplicar las medidas preventivas apropiadas. El problema no presenta una



solución fácil puesto que requiere la adopción de medidas especiales con respecto a todas las trabajadoras a fin de reducir su exposición a los agentes peligrosos.

La solución podría pasar por obligar a la empresa (de acuerdo con la Directiva Marco) a realizar una adecuada Evaluación de riesgos del lugar y de los puestos de trabajo, en el caso en que se contrate a una mujer en edad fértil (ante la posibilidad de que puedan quedarse embarazadas). Así, en algunos países (Austria, Dinamarca, Finlandia, Irlanda y Suecia) imponen una Evaluación de riesgo sobre el embarazo a partir del momento en que se contrata a una mujer en edad fértil. Es la única forma de proteger el embarazo en su fase inicial.

Igualmente, al contratarse a un hombre en edad fértil, se habrá de tener en cuenta al realizar la Evaluación aquellos riesgos derivados del trabajo que puedan ser causa de esterilidad o infertilidad, que puedan producir malformaciones o aberraciones cromosómicas y que afectan tanto a hombres como a mujeres antes de la fecundación.

Para asegurar que el trabajo no afecta a la capacidad reproductiva (tanto de hombres como de mujeres) ni daña al embrión en los primeros días, que es justamente el periodo de mayor sensibilidad, es necesario actuar frente al riesgo reproductivo desde el momento en que un trabajador o trabajadora se incorpora a la empresa. Por otra parte, no hay que olvidar que tanto los hombres como las mujeres pueden verse afectados por riesgos reproductivos y que la solución no es apartar sin más a la embarazada del riesgo sino, como dice la Organización Mundial de la Salud (OMS, Beijing 1994), desarrollar “políticas de prevención primaria para la protección de la reproducción y la salud en ambos géneros en todos los estadios de la vida reproductiva del trabajador”.

b) Obligación de comunicar el estado de embarazo: ¿Es obligatorio que la mujer embarazada o en período de lactancia comunique dicha situación al empresario? Ante la realidad actual que vivimos en que la mujer se ve discriminada en muchas ocasiones, en el mundo laboral, a causa de su embarazo, existe en este aspecto un conflicto de intereses, pues en ocasiones (sobretudo al principio del embarazo) para que el empresario pueda aplicar las medidas especiales de prevención a la embarazada o a la madre lactante, necesita saber que la mujer se encuentra en alguna de estas situaciones. Desde el punto de vista legislativo, mientras que la Directiva 92/85 claramente indica en su art. 2 a efectos de su aplicación a “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario”; sin embargo, el art. 26 de la Ley de Prevención (LPRL) nada dice al respecto: no obstante, puede desprenderse del art. 29.2.4 de la misma LPRL que, de forma general, establece la obligación de los trabajadores de “informar de inmediato... acerca de cualquier situación que, a su juicio, entraña, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores”.

No obstante, conviene hacer una serie de precisiones al respecto:

- No puede entenderse contrario al principio de buena fe contractual el hecho de que una candidata a un puesto de trabajo oculte su situación de embarazo, ante el temor de no ser contratada.



- No es sancionable la conducta de la trabajadora que no comunica al empresario su estado de embarazo.
- Si bien, ha de admitirse el deber de la trabajadora de comunicar su estado de embarazo sí existe algún tipo de riesgo para la gestación o para el feto. Por ello sería interesante intensificar la obligación empresarial de información detallada acerca de los posibles riesgos a la trabajadora sí se produce un embarazo, obligación de información que se ha de facilitar desde el momento de la contratación.
- Finalmente, en el momento que resulte evidente la situación de embarazo o el empresario tiene conocimiento del mismo de cualquier otra manera, resulta obligatoria la aplicación de los mecanismos de protección establecidos en Derecho.

La mayor parte de los Estados miembros de la UE requieren, de una u otra forma, que la trabajadora informe a la empresa de su estado de embarazo (o del hecho de que haya dado recientemente a luz o que esté amamantando). Así:

- En Finlandia, Bélgica y Francia, aún cuando tampoco existe ningún requisito legal de informar a la empresa, el goce de los derechos de protección y maternidad se supedita a que se informe a la empresa.
- En Irlanda y Portugal, hay que informar por escrito a la empresa, que puede exigir un certificado médico de confirmación.
- En Luxemburgo, la mujer debe enviar a la empresa por correo un certificado médico que confirme que está embarazada o en período de lactancia.
- En Austria, debe informarse a la Inspección de Trabajo y a la empresa de que la trabajadora está embarazada y la empresa puede exigir un certificado médico.

2.1.2. Trabajadora en período de lactancia

Tanto la actual Directiva como la legislación española hacen escasas referencias al amamantamiento; considerando que investigaciones realizadas han demostrado que los niños alimentados con leche materna tienen una mayor inmunidad frente a las enfermedades en períodos posteriores de sus vidas, la Organización Mundial de la Salud recomienda la lactancia como mínimo durante los seis primeros meses de vida, precisamente para mejorar la capacidad de respuesta del sistema inmunitario (aunque también tiene otros beneficios, como es favorecer la interacción entre madre e hijo y potenciar el desarrollo cognitivo del niño). Aquí cabe plantearse cuál es la duración de este período de lactancia (a efectos de aplicación de la Directiva y del art. 26 LPRL), ¿se refiere exclusivamente a la lactancia natural o incluye también situaciones de lactancia mixta? En nuestra legislación, la única referencia se encuentra en el permiso (o reducción de jornada) por motivos de lactancia previsto en el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores y que alcanza hasta los 9 meses del hijo: a nuestro juicio es evidente que esta referencia no puede ser aplicada por cuanto los objetivos de una y otra norma son distintos, pues el permiso no sólo es para la lactancia natural, (como lo prueba el hecho que puede ser utilizado por el padre) siendo su finalidad el contacto directo entre el recién nacido y sus padres (en el momento de satisfacer esa necesidad básica como es alimentarlo), mientras que el objetivo de la Directiva en estudio y su transposición es la Seguridad y Salud tanto de la trabajadora como del feto y recién nacido; en concreto, durante el período de lactancia (evidentemente natural) lo que ha de evitarse es la exposición a aquellos riesgos



(como puede ser determinadas sustancias: plomo, pesticidas, disolventes orgánicos) que pueden pasar a la leche materna y a los que el niño es especialmente sensible.

2.1.3. Trabajadora que haya dado a luz

más dificultades encontramos en determinar el período en que la trabajadora se encuentra en esta situación de haber dado a luz recientemente (determinación que sin embargo es importante especialmente para aquellas trabajadoras contratadas inmediatamente después de dar a luz): algunos autores opinan la referencia a las seis semanas obligatorias tras el parto que establece el Estatuto de los Trabajadores.

En otros países de nuestro entorno europeo viene determinado claramente; así ocurre en el caso de Grecia en el que las trabajadoras que han dado a luz recientemente son aquéllas que lo han hecho en los dos meses anteriores; en Irlanda y Suecia el período que abarca este concepto es de 14 semanas; para Portugal es de 98 días y en el Reino Unido de 6 meses.

2.2. Sectores y tipos de contratación incluidos en el ámbito de aplicación

Como pone de manifiesto la Comisión de las Comunidades Europeas en su informe de 15-3-1999, sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, ésta es aplicable a la trabajadora embarazada, que haya dado recientemente a luz y en período de lactancia en todos los ámbitos y ocupaciones, sin excepción.

Los Estados Miembros deben proteger, por tanto, a las trabajadoras del sector público como privado así como a las trabajadoras con contrato temporal o a tiempo parcial. La exclusión de ciertas categorías de mujeres (como las que prestan servicios en las Fuerzas Armadas, en la policía o las empleadas de hogar) del ámbito de aplicación de la Directiva es, por tanto contraria al Derecho comunitario.

De acuerdo con lo anterior, el Parlamento Europeo pide a la Comisión y a los interlocutores sociales que, en la futura legislación que regule el trabajo atípico, en especial el teletrabajo y el trabajo a domicilio, concedan una especial atención a los riesgos adicionales que deben afrontar en estos sectores las embarazadas y las mujeres que han dado a luz recientemente. Igualmente, reclama a la Comisión una protección específica para las trabajadoras autónomas.

En el ordenamiento jurídico español, existe una cierta incongruencia al respecto, pues:

2.2.1. Si bien en el reciente R.D. 1251/2001, y a los solos efectos de ser beneficiaria de la prestación económica de riesgo por embarazo (última de las medidas previstas en el art. 26 de la Ley de Prevención 31/95) amplía el ámbito de aplicación a todos los regímenes de la Seguridad Social, incluidas las empleadas del hogar familiar y las trabajadoras autónomas así como las trabajadoras contratadas a tiempo parcial.



2.2.2. Sin embargo, la propia Ley de Prevención indicada, y que sirve de base para la aplicación del Real Decreto anterior en esta materia (pues la prestación de riesgo de embarazo sólo se percibe en los supuestos en que se suspenda la relación laboral que es la última de las medidas a aplicar en caso de que exista un riesgo laboral), excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las trabajadoras del servicio del hogar familiar (art. 3.4) y a las trabajadoras autónomas.

2.2.3. En fin tanto una norma como otra incluye en su ámbito de aplicación a las funcionarias y al personal estatutario sanitario.

Existen pues algunos colectivos de mujeres con contratos atípicos o incluso irregulares (teletrabajo, trabajo a domicilio, trabajo estacional, trabajo clandestino, trabajo de emigrantes...) en cuyos casos no están protegidas o lo están de forma insuficiente, dependiendo de la legislación de cada Estado Miembro.

En conclusión, se pone de manifiesto la necesidad, para lograr una mayor armonización, de que sea la legislación europea (mediante la modificación de la Directiva 92/85) la que establezca la definición, de una forma clara y precisa, de los conceptos de “trabajadora embarazada”, “trabajadora que haya dado a luz” y “trabajadora en período de lactancia”, con inclusión expresa de todos los ámbitos y ocupaciones sin excepciones ni condicionantes. La situación actual en la que los Estados miembros son los encargados de interpretar tales conceptos origina disparidades entre los niveles de protección. Además, algunos Estados limitan de forma inadmisiblemente el grupo de beneficiarias. Únicamente unas definiciones claras y de aplicación general garantiza la protección uniforme.

2.3. Embarazo y enfermedad

En fin, la trabajadora que se encuentre en una de las tres situaciones descritas forma parte de un grupo (de los previstos en el art. 15 de la Directiva Marco 89/391) expuesto a riesgos especialmente sensible a los mismos por muy diversos motivos: la trabajadora se encuentra en una situación especial tanto física como psíquicamente, que le hacen especialmente vulnerables a determinados riesgos, así como que le impide la realización de determinados movimientos, posturas, fatiga mental y física, cargas físicas y mentales relacionadas con su trabajo... No obstante, como han puesto de manifiesto el Consejo y la Comisión Europea, el embarazo no debe considerarse una enfermedad, sino parte de la vida cotidiana que conlleva cambios fisiológicos y psicológicos. Por tanto, la finalidad de la Directiva (y por tanto, de sus transposición al Derecho español) es la protección de embarazos no patológicos o que transcurren con normalidad, incluyéndose no obstante, en su ámbito de aplicación aquellas otras situaciones que son consecuencia natural del mismo estado de alteraciones físicas y psíquicas (venas varicosas, dolores dorsolumbares...), pues durante cualquier embarazo se produce en el organismo de la mujer una serie de cambios fisiológicos importantes. Entre otros factores, el pulso se incrementa entre 10 y 15 latidos por minuto; también lo hace el volumen sanguíneo, entre 25 y 45%; disminuye en los riñones, la piel y el útero el riesgo sanguíneo; el metabolismo basales se incrementa en un 20%; aumenta el consumo de oxígeno entre un 20 y 30%; la presión mecánica de útero



y feto sobre la vena ilíaca y cava incrementa la presión venosa en la región pélvica y en la piernas... En fin, el embarazo conlleva grandes cambios fisiológicos y psicológicos. El equilibrio hormonal es muy delicado. Unas condiciones que podrían ser aceptables en situaciones normales pueden dejar de serlo durante el embarazo.

2.4. Despido y embarazo

El art. 10 de la Directiva 92/85 obliga a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia durante el tiempo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso por maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

Continúa estableciendo el mencionado precepto la obligación del empresario, cuando despida a una trabajadora en tales circunstancias, a dar motivos justificados del despido por escrito.

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a tales trabajadoras contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud de lo indicado.

En nuestro Derecho Español se transpone el contenido del mencionado precepto en el art. 55.5, segundo inciso del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, y establece que será nulo el despido en los siguientes supuestos:

- a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo...
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a).

Añadiendo que en tales supuestos el despido será nulo, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos señalados.

Esta transposición del Derecho español a la Directiva ha sido tachada de producirse con retraso (ciertamente existente) y de forma incompleta. En todo caso, no es fácil conciliar la redacción de los apartados a) y b) transcritos del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante lo anterior, en la interpretación del indicado precepto hemos de tener en cuenta una serie de criterios e indicaciones, de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, teniendo en cuenta especialmente dos Sentencias recientes de esta alto Tribunal, que corresponden a diferentes cuestiones prejudiciales planteadas por determinados órganos judiciales competentes de dos Estados miembros:



2.4.1. Uno de ellos español, el Juzgado de lo Social Único de Algeciras, que dio lugar al Asunto C-438/99 (Asunto Jiménez Melgar).

2.4.2. Las otras cuestiones prejudiciales fueron planteadas por el Hojesteret (órgano judicial danés) originando el Asunto C-109/00 (Asunto Tele Danmark).

Ambas Sentencias han sido dictadas por el TJCE el 4 de octubre de 2001, y de ellas podemos extraer los siguientes criterios:

- El art. 10 de la Directiva, por ser suficientemente claro, preciso e incondicional puede producir efecto directo y debe interpretarse en el sentido de que, en el caso en que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno (o la adaptación sea incorrecta) a la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional contra las Autoridades de dicho Estado.

- Al aplicar el Derecho nacional, en particular las disposiciones de una Ley que ha sido especialmente introducida para garantizar la adaptación del Derecho interno a una Directiva, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a hacer todo lo posible por interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva: en este sentido tenemos una nutrida jurisprudencia comunitaria al respecto (ST. De 25-2-1999, Asunto Analisa Carbonari; ST. De 16-12-1993, Asunto Wagner Miret; ST. 13-11-1990, Asunto Merlasing, entre otras).

- De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que el despido de una trabajadora embarazada (que haya dado a luz o se encuentre en período de descanso por maternidad) es pues nulo tanto si se relaciona con su embarazo como si el empresario no le comunica por escrito los motivos “justificados” del despido (según el tenor literal del art. 10 de la Directiva indicada).

- Está claro que la prohibición de despido contenida en el mencionado art. 10 se aplica tanto en los casos de contratos de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido.

- La trabajadora no tiene obligación de manifestar, ni en la fase de selección de personal ni en el momento de la contratación, su estado de embarazo, salvo casos muy concretos en que existiera algún tipo de riesgo para la gestación y para el feto, habida cuenta del trabajo que desarrolle o le haya sido asignado, en cuyo caso tendrá el deber de manifestar al empresario su estado y, precisamente por ello, su protección contra el despido o su no contratación prácticamente se “blinda”, contado con ello con todo el apoyo no sólo de la Directiva 92/85 sino también de la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.



3. Obligación empresarial de prevención y protección

Las disposiciones de la Directiva que han sido objeto de transposición por el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se refieren esencialmente a la obligación del empresario de incluir en la evaluación general de riesgos que ha de hacer de conformidad con el art. 16 de la misma Ley, el estudio de los riesgos que pueden afectar a la trabajadora embarazada, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia, por su exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente no sólo a la Salud de la trabajadora sino también a la salud del feto.

3.1. Evaluación de riesgos

La Evaluación de Riesgos juega un papel central en la Directiva, aunque no se precisa en qué ha de consistir. Por ello, y en base al art. 3 de la propia Directiva 92/85, la Comisión Europea ha elaborado en Luxemburgo unas "Directrices para la Evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como de los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o estén en período de lactancia", donde se define la Evaluación de Riesgos como un "examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional con objeto de determinar las causas probables de lesiones o daños y establecer la manera de controlarlas a fin de eliminar o reducir los riesgos".

De conformidad con tales líneas directrices la Evaluación debe comprender por lo menos tres fases:

1. Identificación de los peligros (agentes físicos, químicos y biológicos; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales).
2. Identificación de las categorías de trabajadoras (embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o estén en período de lactancia).
3. Evaluación de riesgos, tanto en términos cuantitativos como cualitativos: representa la fase más delicada del proceso, ya que la persona que lleva a cabo la Evaluación debe ser competente y tener debidamente en cuenta la información pertinente, incluida la que facilite la propia mujer embarazada o sus consejeros.

Se plantea, de otra parte, en qué momento debe procederse a realizar esta Evaluación de Riesgos. La Directiva en este aspecto es bastante ambigua: en la transposición de la Directiva que han hecho algunos países, la Evaluación de Riesgos en caso de embarazo debe ser hecha desde que una mujer trabaja en la empresa, siendo la legislación austriaca la más clara en este aspecto.

En el Reino Unido, se prevé una Evaluación específica desde que trabajan mujeres en edad fértil y el trabajo pueda presentar un riesgo para las embarazadas.

En Irlanda, por su parte, la guía elaborada por la Inspección de Trabajo indica explícitamente que la Evaluación General de Riesgos derivados de la Directiva Marco debe, en todos los casos, cubrir los riesgos ligados al embarazo y que la notificación del



embarazo obliga al empresario a proceder a una nueva Evaluación, teniendo en cuenta la situación concreta de la trabajadora afectada.

En España, el art. 26 de la LPRL (que transpone la Directiva 92/85) establece la obligación del empresario de incluir en la Evaluación General de Riesgos que ha de hacer de conformidad con el art. 16 de la misma Ley, la evaluación especial por motivo de embarazo. El indicado precepto (art. 16) establece dos fases para desarrollar la Evaluación de Riesgo:

1. Inicial: Evaluación que se supone coincidirá con el inicio de la actividad.

2. Continuada: Cuando el resultado de la Evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores, para detectar situaciones potencialmente peligrosas. Así, habrá de realizarse una Evaluación adicional, una vez conocida una concreta situación de embarazo, parto reciente o lactancia materna.

El empresario además habrá de tener en cuenta, en la Evaluación de Riesgos, no sólo aquellos que pueden afectar al embarazo sino también aquellos otros que pueden ser perjudiciales para la reproducción incluso antes de la fecundación. Así, el art. 25 de la LPRL titulado “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, señala que el empresario deberá tener en cuenta en las Evaluaciones los factores de riesgo que pueden incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que pueden ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.

En fin, las Directrices ya mencionadas que viene elaborando la Comisión Europea, establece expresamente que la Evaluación de Riesgo en caso de embarazo constituye una Evaluación adicional que presenta unos rasgos particulares, ya que se refiere a un estado (el embarazo) no estático sino dinámico, en constante evolución que varía, además, en función de cada individuo, por lo que debe adaptarse más a la situación de cada trabajadora en cuestión.

La Directiva, por último reconoce a las trabajadoras el Derecho a ser informadas de los resultados de la Evaluación.

3.2. Medidas a adoptar

Sí los resultados de la Evaluación revelasen un riesgo para la seguridad o salud o una posible repercusión en el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, la empresa está obligado a adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, medidas que han de consistir:



3.2.1. Adaptación provisional de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, lo que puede incluir, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turno.

En cuanto al trabajo nocturno, establece la Directiva que las trabajadora en estas situaciones no se verán obligadas a la realización de un trabajo nocturno (pudiéndose exigir la presentación de certificado médico que de fe de la necesidad) en cuyo caso, deberán ser trasladadas a un trabajo diurno, y sí el traslado no es técnica u objetivamente posible, se habrá de incluir la posibilidad de una dispensa de trabajo o de una prolongación del permiso de maternidad.

Se ha de aclarar que una cosa es que la mujer por razones de salud, no se vea obligada a la realización de trabajo nocturno y otra bien distinta la prohibición general o absoluta del trabajo nocturno para las mujeres embarazadas o lactantes (como ocurre en Luxemburgo o en Austria). Ello va mucho más allá de lo exigido en la Directiva 92/85, es contrario al principio de igualdad de trato consagrado en la Directiva 76/207, y a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Asunto C-197/96). Por esta razón, se han iniciado procedimientos de infracción contra varios países comunitarios por la UE, a saber: Austria, Italia, Luxemburgo y Reino Unido.

3.2.2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o a pesar de tal adaptación, el trabajo pueda influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto y así lo certifiquen los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas con el Informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora, ésta tiene derecho al cambio de puesto de trabajo o función, de conformidad con las reglas y criterios de la movilidad funcional (es decir, respetándose las limitaciones de su grupo profesional o categoría profesional equivalente). El empresario deberá determinar previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de puestos de trabajo exentos de riesgos.

3.2.3. En el supuesto en que no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, respetándose, obviamente, el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

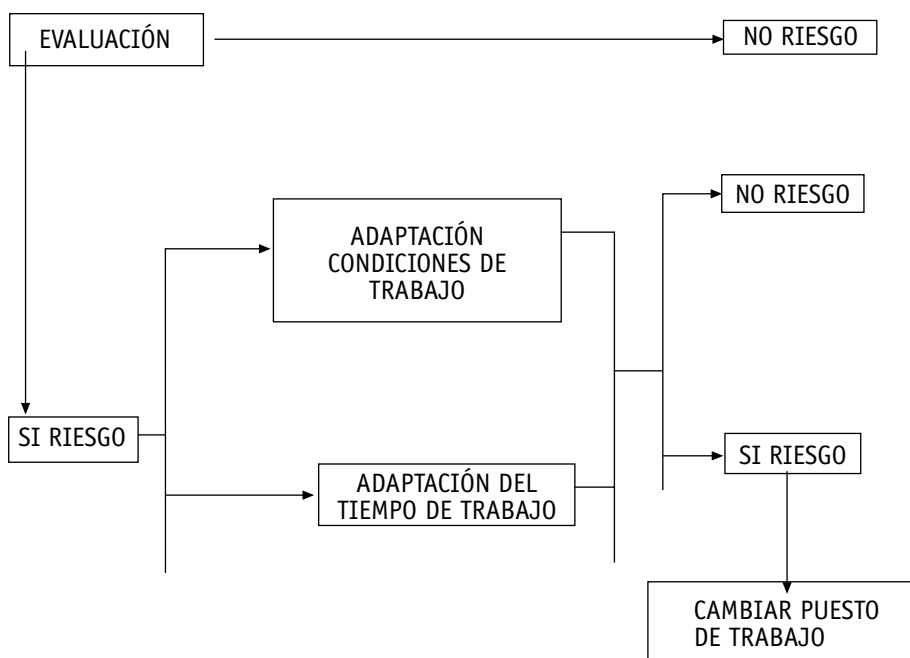
El cambio de puesto también está previsto durante la lactancia, sí las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo, exigiéndose en este caso sólo el certificado del médico de la Seguridad Social que asista facultativamente a la trabajadora.

3.2.4. La Directiva plantea además un último supuesto no previsto por el art. 26 de la LPRL hasta su reforma por la Ley 39/1999 de 16 de noviembre, en el caso en que ningún cambio de puesto de trabajo resultase técnica u objetivamente posible, la trabajadora embarazada estará dispensada de trabajo durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o salud: en el caso español, y hasta la entrada en vigor de la



indicada Ley 39/1999, a la trabajadora que se encontraba en tal situación (y al no preverse la prolongación del permiso de maternidad para tales supuestos) había de acogerse a la suspensión de su contrato por incapacidad temporal, lo que es contrario al espíritu de la propia Directiva, que establece que en ningún caso debe equipararse el embarazo y el parto con una enfermedad. Además esta solución depende del voluntarismo del médico, y de otro lado, perjudica a la mujer desde un punto de vista económico pues su prestación sería la correspondiente a la enfermedad común, inferior a la correspondiente durante el período de suspensión por maternidad.

El mencionado Informe de la Comisión de la UE de 15 de marzo de 1.999, incoa procedimiento de infracción contra España y Francia por no tener previsto en sus respectivas legislaciones un permiso específico para la trabajadora cuando sea la única forma de evitar riesgos para ella o el embrión. No obstante, a ello se ha dado solución, pues con la Ley “para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras” se trata de cubrir esta laguna legal actualmente existente, previendo que en los supuestos de maternidad en que por motivos de salud de la madre o del feto, se hace necesario un cambio de puesto de trabajo o función y este cambio no sea posible, la trabajadora afectada pasará a una nueva situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, durante el período necesario y con una prestación económica de la



ESQUEMA 1: Acciones señaladas en la LPRL ante la existencia de riesgos para la maternidad



Seguridad Social equivalente al 75% de la base reguladora correspondiente (siguiéndose los mismos criterios para su determinación que los previstos para la prestación económica por I.T. derivada de enfermedad común). No obstante, no se incluye en esta prestación a la trabajadora en período de lactancia, sin alcanzarse a identificar la razón de esta discriminación.

El incumplimiento de todas estas normas analizadas se tipifica y califica, en el R.D. Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, como infracciones empresariales muy graves sancionadas con multas desde 30.052,62 a 601.012,10 €.

Por último, se ha de indicar que necesariamente estas medidas generan un coste adicional al empresario, que pueden producir un impacto adverso para la contratación de mujeres (efecto boomerang), considerándose que la maternidad constituye una inestimable función social (que garantiza la continuidad de la especie humana) y que toma a la mujer como portadora de este bien por razones biológicas evidentes; es necesario, sí queremos conseguir la igualdad sustancial y real, que sean los poderes públicos los que asuman los costes adicionales que ello genera en el ámbito laboral; ello en aras de dar efectivo cumplimiento a los arts. 9.2 y 39.2 de la Constitución Española.

4. Trabajos, agentes o procedimientos nocivos por razón de embarazo

Existen numerosos estudios sobre agentes relacionados con el trabajo que suponen un riesgo para la mujer embarazada, para el feto y el niño lactante. Así, podemos citar, entre otros, estudios que relacionan:

1. Malformaciones y trabajos en agricultura con exposición a pesticidas.
2. Bajo peso al nacer o partos prematuros y exposición al ruido.
3. Abortos espontáneos y trabajos de enfermería.
4. Malformaciones y trabajos sometidos a altas temperaturas.
5. Trabajos de mujeres embarazadas en gasolineras: la concentración de benceno puede perjudicar tanto a la lactancia como al embarazo (malformaciones).

4.1. Normativa española

El art. 26 de la LPRL, señala que la Evaluación de Riesgos deberá comprender la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente, así como un período de lactancia a agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras, el feto o recién nacido. Pero nada dice sobre cuales son esos agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden ser potencialmente peligrosos y por tanto han de ser evaluados: en este punto es donde resulta más criticable la transposición de la Directiva, pues ésta sí contiene dos anexos donde, de forma no



exhaustiva, se relacionan una serie de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que deben ser evaluados.

La no transposición de tales anexos resta eficacia práctica al contenido del precepto, teniendo la negociación colectiva la oportunidad de cubrir tal laguna legal, determinándose aquellos riesgos más comunes en cada sector (ámbito de negociación muy adecuado para tal determinación), que han de ser evaluados para comprobar si pueden incidir negativamente en la mujer o el feto (o recién nacido) en caso de embarazo.

Actualmente, en el ordenamiento jurídico español, tras la derogación por la LPRL del Decreto de 26-7-57 (en su normativa relativa a los trabajos prohibidos de las mujeres) que ya devenía inaplicable anteriormente en base a la jurisprudencia de nuestro tribunales, sólo encontramos normas concretas y aisladas referidos a determinados agentes (con el inconveniente además de que algunas de estas normas son incluso anteriores a la Constitución de 1978). Se puede destacar de esta forma, limitaciones o prohibiciones de exposición durante el embarazo o lactancia a determinados agentes:

a) Benceno y sus compuestos (Convenio OIT nº 136, ratificado en 1.973).

b) La Orden Ministerial sobre enfermedades profesionales de 15-12-65 prohíbe a mujeres gestantes o lactantes la exposición a:

- Derivados halógenos de los hidrocarburos alifáticos (bromuro de metilo, bromuro de etilo, cloruro de etileno, tricloretileno...)
- Arsénico y sus compuestos
- Sulfuro de carbono
- Radiaciones ionizantes: Real Decreto 783/2001 de 6 de junio que aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

c) Otros agentes químicos: una de las fuentes de información muy interesante al respecto que debe consultarse son las ETIQUETAS de preparados peligrosos: Diversa normativa española (R.D. 363/95 modificado por R.D. 507/2001, R.D. 1078/93) recoge la normativa europea sobre sustancias y preparados peligrosos que han de comercializarse debidamente envasados y etiquetados, incluyendo en sus etiquetas una serie de anotaciones o frases que señalan los riesgos (frase R), tóxicos (T) o nocivos (Xn) que presenta cada producto. Esta información puede ser muy útil, poniéndose especial atención en las etiquetas que contengan las siguientes frases (entre otras):

• **Tóxicos para la reproducción:**

- T: R60: Puede perjudicar la fertilidad
- T: R61: Riesgo durante el embarazo de efectos adversos para el feto.
- Xn: R62: Posible riesgo de perjudicar la fertilidad
- Xn: R63: Posible riesgo durante el embarazo de efectos adversos para el feto
- R64: Puede perjudicar a los niños alimentados con leche materna
- R33: Peligro de efectos acumulativos.



- **Sustancias mutagénicas**

- T: R46: Puede causar alteraciones genéticas hereditarias.
- Xn: R40: Posibilidad de efectos irreversibles

Mención especial, por su carácter orientativo y utilidad, merecen las denominadas Fichas Internacionales de Seguridad Química (FISQ) –International Chemical Safety Cards– que se divulgan en lengua castellana por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, donde se recopilan de forma clara la información de los riesgos asociados a cada sustancia química.

Igualmente se ha de tener en cuenta el R.D. 374/2001, contra los riesgos químicos durante el trabajo.

d) Diversas directivas (transpuestas en su mayoría al ordenamiento español: así por ejemplo el R.D. 486/97 sobre seguridad y salud en lugares de trabajo) establecen la necesidad de que a las embarazadas se les posibilite descansar tumbadas.

e) Agentes biológicos: El R.D. 664/97 incluye a las mujeres embarazadas y lactantes como grupos especialmente sensibles a los riesgos derivados de agentes biológicos (muchos de ellos pueden afectar al feto o recién nacido por transmisión de la madre, tales como Hepatitis B, Sida, Herpes, Tuberculosis, varicela...).

Como vemos la dispersión normativa e incompleta que actualmente existe en el Ordenamiento español, reclama la unificación de las normas, para un mayor y mejor conocimiento de las mismas, a lo que obliga además la propia Directiva 92/85, cuya transposición seguirá siendo parcial, hasta tanto no se proceda a la recepción en nuestro Derecho de sus anexos I y II.

4.2. Normativa europea

La indicada Directiva contiene dos anexos que relacionan de forma no exhaustiva aquellos riesgos que obligarían a la inmediata adopción de medidas para la adaptación temporal de las condiciones o tiempos de trabajo, o bien incluso para la prohibición de determinados trabajos durante el embarazo y lactancia.

Las directrices, ya comentadas, elaboradas por la Comisión Europea (Doc. 5033/98) en desarrollo de la Directiva, establece una serie de obligaciones generales en cuanto al contenido de la Evaluación de Riesgos en caso de embarazo y lactancia, para posteriormente realizar un estudio muy detallado de cada uno de los riesgos generales, agentes especiales y condiciones de trabajo, analizando para cada uno de estos riesgos, los peligros a que están sometidas las mujeres embarazadas, fetos y recién nacidos, así como proponiendo, a título indicativo, las medidas de prevención a adoptar.



Un resumen de los riesgos analizados en estas líneas directrices podría ser el siguiente:

a) Evaluación de los Riesgos generales y situaciones asociadas:

- Fatiga mental y física
- Trabajo en solitario
- Estrés profesional
- Actividades realizadas de pie o sentada
- Zonas para el descanso
- Instalaciones reservadas para las trabajadoras lactantes
- Pausas para el almuerzo

b) Evaluación de los Riesgos derivados de peligros específicos:

- Agentes físicos:
 - Choques, vibraciones o movimientos
 - Ruido
 - Radiaciones ionizantes y no ionizantes
 - Frío y calor extremos
 - Atmósferas de sobrepresión elevada
- **Agentes biológicos**
- **Agentes químicos:**
 - Sustancias etiquetadas con frases de riesgo
 - Preparados
 - Mercurio
 - Medicamentos antimetabólicos
 - Absorción cutánea
 - Monóxido de carbono
 - Plomo
 - Procedimientos industriales
- **Condiciones de trabajo:**
 - Manipulación manual
 - Movimientos y posturas
 - Desplazamientos
 - Trabajos de minería subterráneos
 - Equipos con pantalla de visualización
 - Equipos de trabajo

Tales Directrices servirán de guías que orientarán, sin duda, la labor de los operadores jurídicos, en la aplicación de las leyes, así como a los negociadores sociales, en la elaboración de las normas convencionales que podrían regular los concretos riesgos que se dan en cada actividad y sector. Ello unido a una mayor concienciación social y de los poderes públicos sobre la relevancia y función esencial que se cumple durante la maternidad, facilitará la compatibilización por las mujeres de sus facetas de madres y trabajadoras, aspectos estos necesarios para su completa realización humana y vital.



La compatibilización de las obligaciones laborales y familiares de todo trabajador (ya sea hombre o mujer) redundará sin duda en beneficio de toda la sociedad, pues no sólo facilitará la mayor o mejor realización de la mujer en el ámbito laboral sino que posibilitará a los hombres, cuando asumen la titularidad de las responsabilidades familiares y domésticas, realizarse en este terreno aún tan ajeno para el género masculino, dando lugar a hombres más completos que no sólo se realicen en el ámbito profesional, y con ello se atenderá además a un derecho esencial de los niños a gozar de la atención, cuidado especial y educación no sólo de sus madres sino también de sus padres.

5. La inspección de trabajo y la salud laboral por razones de reproducción, embarazo y lactancia

En la actualidad, se puede afirmar, sin duda que nuestro Ordenamiento Jurídico, recogiendo las Directrices normativas internacionales, no contienen discriminaciones por razón de sexo, a excepción de los Convenios Colectivos (en los que aún podemos encontrarnos algunas cláusulas ciertamente discriminatorias o desventajosas para las mujeres en distintos aspectos de las relaciones laborales).

No obstante, en nuestro Ordenamiento legislativo no encontramos estas discriminaciones, sino al contrario, podemos ver publicadas en el BOE diversas y solemnes declaraciones que condenan cualquier tipo de discriminación hacia la mujer. Sin embargo, esta teórica igualdad no se corresponde en la actualidad con una igualdad real, siendo variadas y complejas las razones que originan esta disociación entre las normas y la realidad social (la atribución a la mujer de las responsabilidades familiares y tareas domésticas, su menor preparación, la ausencia de deseo en algunas de ellas de alcanzar la situación de igualdad respecto a los hombres, la realidad biológica del embarazo y la lactancia natural o determinados comportamientos sociales).

Conseguir la auténtica igualdad entre hombres y mujeres es una tarea que no se vislumbra nada fácil y que comprende muchos frentes, entre ellos el laboral, y dentro de este campo la prevención de riesgo de la trabajadora: resulta obvio que la igualdad en las empresas no se logrará sólo con medidas que afecten exclusivamente a este ámbito. Sin embargo, no cabe duda que la participación de las mujeres en el mundo del trabajo en igualdad de condiciones con los hombres sí puede ayudar a lograr que las mujeres consigan una igualdad real en la sociedad.

En el desarrollo de este objetivo en el que sin renunciar a las diferencias de naturaleza biológica entre hombres y mujeres, se dirige a conseguir una auténtica igualdad entre ambos géneros tal como las leyes reconocen, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como Organismo Público competente en el ámbito laboral y de Prevención de Riesgos Laborales puede y debe tener una participación activa y relevante en la consecución de este importante objetivo, en desarrollo de sus funciones tanto preventivas (requerimientos, paralizaciones, mediaciones, asesoramientos técnicos) como sancionadoras que su



normativa ordenadora le confiere, lo que podría enmarcarse en las siguientes líneas de actuación:

- Desarrollo de campañas de información, difusión y sensibilización: en este ámbito los Inspectores de Trabajo podrían realizar un importante papel a través de su función de asistencia y asesoramiento técnico (impulsada de oficio, a través por ejemplo de campañas específicas sobre la materia dirigidas por la Autoridad Central de la Inspección en aquellos sectores donde existen estudios que ponen de manifiesto la incidencia del trabajo sobre el embarazo y la lactancia, o bien a instancia de parte, mediante la presentación de las correspondientes consultas ante este Organismo). Esta labor de asistencia y asesoramiento habría de ir dirigida tanto a trabajadores como a empresarios y podrían desarrollarse durante las visitas de Inspección (mediante el asesoramiento técnico a las partes sociales, recabando datos e información a las empresas, realizando laborales mediadoras en los conflictos laborales que sobre la materia pudieran surgir y proponiendo prácticas adecuadas).

- Análisis y revisión por los Inspectores de trabajo de aquellos Convenios Colectivos en los que pudieran existir indicios de discriminación, a fin de dar efectividad al control de legalidad que el Art. 90.5 del ET (RDLeg. 1/1995 de 24 de Marzo) encomienda a la Autoridad Laboral.

- Mayor colaboración y coordinación entre la Inspección de Trabajo y aquellos Organismos ad hoc que en el seno de la Administración (Instituto de la mujer...) existan o pudieran existir.

- Poner un mayor énfasis en la utilización de aquellos instrumentos jurídicos que la normativa sobre Prevención de Riesgos Laborales pone en manos de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, cuales son el Requerimiento (a fin de que el empresario adopte las medidas necesarias para subsanar las deficiencias observadas que puedan afectar a los trabajadores creando un riesgo para la salud de los mismos por razones de reproducción embarazo o lactancia) así como la Paralización de aquellas tareas que pudieran suponer un riesgo grave e inminente al trabajador por las mismas razones.

- Utilización por parte de los Organismos judiciales de la previsión contenida en el Art. 95.3 de la Ley de Procedimiento Laboral de conformidad con el cual cuando se suscite una cuestión de discriminación por razón de sexo se contempla la posibilidad de recabar el dictamen de los Organismos Públicos competentes. Si bien dicho precepto no concreta quiénes son los entes que han de emitir dicho dictamen, no cabe duda que la Inspección de Trabajo es el único Organismo Público con competencia en la materia facultado para visitar los centros de trabajo, realizar en él las comprobaciones oportunas, exigir al empresario la documentación necesaria, teniendo además los conocimientos técnicos y jurídicos suficientes para realizar este dictamen.



– Impulsión de oficio de procedimientos ante la Jurisdicción Laboral en reclamación de prestaciones a la Seguridad Social y la iniciación de oficio de otros procedimientos (como puede ser la incoación de proceso por perjuicio económico).

– La preceptiva emisión de Informes en procesos de clasificación profesional, expedientes de regulación de empleo, procesos en materia de accidentes de trabajo (en los que pueden existir implicaciones que originen discriminación por la pertenencia a uno u otro género).

– Por último, no podemos olvidar que la Inspección de Trabajo es el Organismo Público competente en el control de aplicación de la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales, de Seguridad Social y de Empleo, ámbitos en los que se incluyen normas sobre igualdad y no discriminación por razón de sexo, realizándose una función sancionadora al respecto, tras la comprobación de los hechos y su tipificación como infracción, incoándose procedimiento de imposición al empresario de las sanciones correspondientes.

El Inspector de Trabajo es, en principio generalista, en el sentido de que en su actuación va a realizar todas las funciones y entender de todas las materias relacionadas con el cumplimiento de la legislación social. No obstante, ello no impide que en la práctica se den ciertas especializaciones (en materia de Seguridad Social, en las actuaciones inspectoras desarrolladas en el sector marítimo...): en base a lo anterior, podría arbitrarse la especialización de un Inspector de Trabajo en tan relevante materia como es toda la normativa relativa a la mujer trabajadora, lo que sin duda garantiza una mayor eficacia en actuaciones inspectoras de este tipo, si bien, para tal especialización sería necesaria una previa y especial formación de estos funcionarios sobre la materia.

Los Inspectores de trabajo cuentan con instrumentos no sólo jurídicos sino también técnicos para sus actuaciones en esta materia, siendo para ello especialmente relevantes unas guías elaboradas por parte de un grupo de expertos para el desarrollo de un Proyecto aprobado por la UE relativo a la elaboración de guías prácticas y mejoras de la legislación sobre Seguridad y Salud laboral por razones de embarazo y reproducción, cuyo resultado de este trabajo (que ha incluido 5 visitas a países europeos a fin de realizar un estudio comparativo al respecto) desarrollado durante año y medio y en el que han intervenido destacados especialistas en la materia (tanto a nivel jurídico, con varios Inspectores de Trabajo especializados en la materia, como a nivel técnico y científico, con médicos expertos de reconocido prestigio, ergónomos biólogos...), ha sido la publicación de tres guías:

- Guía de buenas prácticas para la mejor aplicación de la normativa sobre salud laboral por razones de embarazo y reproducción.
- Guía para la negociación colectiva sobre la materia.
- Guía sobre la actuación de la Inspección de Trabajo en la indicada materia.
- Módulo de formación dirigidos a Inspectores de Trabajo sobre la materia.



Finalmente, hemos de resaltar que desde la Unión Europea se solicita actualmente la decidida actuación de la Inspección de Trabajo en esta materia. De esta forma, el Parlamento Europeo en una Propuesta de revisión de la Directiva 92/85 (Proyecto de Resolución Legislativa de 30/5/2000) establece:

– Considerando 14: Pide que la Comisión atribuya más importancia al uso y a los recursos que facilitan los Estados miembros a los Inspectores responsables de controlar sobre el terreno la aplicación práctica de las Directivas relativas a la Seguridad y Salud.

– Comentarios sobre la Directiva 92/85, Apartado 2.12: “más Inspecciones del lugar de trabajo. Basarse en el número de reclamaciones como único criterio para determinar los perjuicios a la salud de las mujeres embarazadas y sus descendientes no es lo mismo que garantizar que los riesgos derivados del lugar de trabajo no producirán condiciones patológicas. La Comisión debe instar a los Estados miembros a que creen, en el seno de sus respectivas Inspecciones de Trabajo, departamentos que cuenten con el personal de cualificación técnica adecuada para inspeccionar los lugares de trabajo y apoyar y/o controlar la responsabilidad de los empresarios de informar, formar y consultar a los trabajadores en general y a las mujeres en edad fértil en particular, acerca de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo. Sólo podrá hacerse un seguimiento efectivo de esta Directiva a través de inspecciones más exhaustivas de los lugares de trabajo”.

En definitiva y para acabar, teniendo en cuenta finalmente la necesidad actual de la Inspección de Trabajo de retomar e intensificar la función social que le corresponde, ámbito en el que este Organismo ha gozado de una acreditada tradición y reconocido prestigio, se considera esta materia como una en las que la Inspección realizaría, sin lugar a dudas, una eficaz labor de vigilancia, asesoramiento e información de la normativa aplicable.

Junto con una voluntad política decidida, para lo que resulta necesario la implicación y colaboración no sólo de la Administración General del Estado sino también de las Comunidades Autónomas (por incluirse tal materia dentro de su ámbito competencial), y una mayor motivación, conocimientos y especialización por parte de los Inspectores de Trabajo y Seguridad conseguiríamos entre todos una sociedad más justa más igualitaria y, en definitiva, más democrática.

Para conseguir tal objetivo, es imprescindible igualmente que los representantes de los trabajadores adopten una postura decidida en este tema no sólo en la adecuada utilización de los distintos mecanismos de tutela antidiscriminatoria sino en el desarrollo de la negociación colectiva, fijándose como objetivo prioritario la eliminación de las discriminaciones existentes, así como regulando en cada sector los riesgos específicos que en cada puesto de trabajo pueden alterar la salud de la trabajadora gestante o en periodo de lactancia o la del feto o recién nacido, todo ello en aras a conseguir un nuevo modelo laboral para todos (hombres y mujeres) más lógico, más coherente y más humanizado.

JOSEFINA GALINDO SÁNCHEZ



5

MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

PRECARIEDAD Y EXCLUSIÓN EN EL MERCADO DE TRABAJO

**Sobre La Situación Laboral en España y Andalucía.
Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.**

Juan Torres López

Catedrático de Economía Aplicada
Universidad de Málaga

Durante mucho tiempo, la exclusión social había sido un fenómeno cuyos orígenes se situaban, por decirlo de una forma gráfica, “fuera” de la actividad económica, y mucho más del mercado laboral. Al contrario, lo que se percibía es que era la actividad laboral y económica en general lo que permitía “incluir”.

En los últimos años esta situación ha cambiado, de modo que cada vez es más habitual que un tipo específico de actividad económica o laboral esté siendo el origen específico e inmediato de situaciones de exclusión social.

En esta intervención voy a señalar cuáles pueden ser las circunstancias concretas que, de forma singular en el mercado laboral, dan lugar a ese fenómeno y cómo se podrían tratar de resolver ese problemas.

En primer lugar, sin embargo, hay que hacer una mención previa al concepto de exclusión.

Es sabido que esta es una situación que responde a una situación personal y social que tiene muchas dimensiones. La exclusión es necesariamente el resultado de una serie conjunta de factores, de modo que no se puede entender su origen, ni tampoco tratar desde cualquier tipo de políticas, desde una perspectiva unidimensional.

Como voy a tratar de establecer enseguida, el mercado de trabajo, y más concretamente determinadas situaciones de desempleo, ni siquiera todas, pueden ser factores coadyuvantes de exclusión pero esta no tiene por qué darse si, al mismo tiempo no se dieran otros determinados factores. Igual podría decirse, por ejemplo, de las variables educativas, culturales, de género, etc. que igualmente pueden coadyuvar a generarla, aunque nunca por sí solas.

Por otro lado, partiré de la base de entender por exclusión aquella situación en que un individuo deja de disponer de los recursos (materiales o inmateriales, monetarios o



no) que son intrínsecos a la convivencia social, a la participación en las relaciones entre individuos que convencionalmente consideramos básicas cuando vivimos en sociedad.

Eso quiere decir que la exclusión no puede concebirse ni siquiera como solamente una situación de carencia material, sino como un estado en el que no se ejerce la condición básica de la ciudadanía. Aunque pueda parecer redundante, la exclusión no consiste solamente en “no tener”, sino en “estar fuera de”, en este caso, las relaciones sociales elementales que proporcionan cobertura, satisfacción, protección, cultura, ... a los individuos.

Dicho esto, debe parecer evidente que lo que ocurra con los individuos en los mercados laborales va a tener mucho que ver con dichas situaciones, puesto que es allí en donde la mayoría de las personas obtiene los recursos, en forma de ingresos directos, indirectos o aplazados que pueden permitirle adquirir bienes o derechos de apropiación imprescindibles para satisfacer sus necesidades.

Determinadas situaciones en el mercado de trabajo, como especialmente la carencia de empleo o el empleo que no vaya acompañado de ingresos o recursos suficientes para adquirir esos derechos, serían claramente generadoras de exclusión social, naturalmente si se dan, como dije anteriormente, algunas otras condiciones.

Estas otras condiciones son, lógicamente, fundamentales a la hora de determinar si se van a producir fenómenos de exclusión o no. Se trata, por ejemplo, de la existencia de subsidios de desempleo, de rentas mínimas garantizadas, de sistemas apropiados de protección social, etc. a las que me referiré más adelante o, considerando el problema más ampliamente, redes familiares, por ejemplo, que puedan amortiguar los efectos de la carencia de todos lo anterior.

La primera circunstancia que, en el mercado de trabajo puede considerarse como factor de riesgo de exclusión es la falta de empleo aunque para que el paro pueda aceptarse que provoca exclusión debe tratarse de:

- una situación de paro que se alargue a lo largo del tiempo.
- que vaya acompañada de la ausencia de otro tipo de ingresos distintos a los salariales.

Concretamente, que se carezca de subsidios, de ahorro suficiente para hacer frente a las necesidades en el periodo de desempleo o de otros miembros de la familias (naturalmente, esto último está vinculado además a la voluntad de ponerlos a la disposición de la persona desempleada, es decir, del grado de altruismo existente o a factores más objetivos que tengan que ver con la composición de la familia u otras condiciones dadas).

eso quiere decir que para que el desempleo se considere un factor de exclusión en realidad debe ocurrir que cree una situación de pobreza permanente que implique la ausencia de oportunidades sociales para la adquisición de los recursos necesarios para hacer frente a las necesidades de todo tipo que se puedan plantear.



A su vez, y para poder concluir sobre el efecto que el desempleo pueda tener sobre la exclusión, habría que ponerlo en relación, consecuentemente, con la naturaleza de las redes sociales en las que se incluya la persona afectada y, a su vez con sus nivel educativo o formativo (que determina en una gran medida esas oportunidades).

Por lo tanto podríamos decir que hay una mayor vinculación entre el desempleo y la exclusión en la medida en que lo sea de larga duración, incluso sin vuelta al mercado de trabajo, y esté acompañado de falta completa de ingreso. O que, aunque haya vuelta al empleo, se produzcan tantas situaciones de entrada/salida al mercado de trabajo que realmente se rompa la continuidad y, en consecuencia, la posibilidad de establecer una relación permanente con el empleo.

Esto último es lo que suele ocurrir en las situaciones llamadas de “empleo de exclusión”, habitualmente consistente en puestos de trabajo que implican o muy poco salario o muy pocas horas, o ambas cosas a la vez.

La crisis del fordismo

Cualquier individuo suele disponer o acumular a lo largo de su vida tres tipos de capital: el humano que se relaciona directamente con el trabajo, el físico que suele manifestarse en la vivienda y el social o relacional que fundamentalmente tiene que ver con la familia.

Los años de acumulación fordista, en el modelo de crecimiento intensivo de la postguerra habían permitido generar, también en el ciclo vital de las personas, el mismo círculo virtuoso que se manifestaba en el conjunto de la economía: suficiente nivel educativo permitía acumular el capital humano suficiente para encontrar empleo que proporcionaba ingresos así mismo suficientes para mantener una vivienda, una familia e incluso para hacer frente a contingencias como el desempleo (más imprevista en la época de bonanza) o la jubilación.

Lo que ha ocurrido en los últimos años por circunstancias que no voy a tratar aquí o es que esa secuencia se ha roto.

La educación ya no proporciona generalizadamente el suficiente capital humano como para encontrar un trabajo deseado.

Además, una gran parte de los empleos, no proporcionan recursos suficientes ni para adquirir la vivienda, ni para crear una familia ni para hacer frente a las contingencias mencionadas.

Esto último se manifiesta en dos grandes problemas. Por un lado, en la nula o baja empleabilidad de muchas personas o, por otro, en la existencia de empleos que, como señalé antes, no proporcionan ingresos suficientes.



Estas situaciones se dan en momentos o con intensidades diferentes , pero pueden llevar a la misma situación.

Situación de plena integración labora. Se da cuando existe trabajo estable y los individuos disfrutan de redes sociales estables a su alrededor. Sin embargo, en esta situación puede darse un debilitamiento de la integración que lleve a la erosión del encaje de los individuos en el mercado laboral o incluso, en una gran proporción, a que hayan de considerarse en situación de pobreza aunque se mantengan integrados y ocupen permanentemente el empleo.

Una situación situación sería de riesgo de exclusión, en la que la inestabilidad se agudiza y las redes y relaciones sociales se hacen demasiado frágiles. Aquí ya no sólo se dan situaciones de pobreza con empleo sino que los pobres tienden a quedar excluidos, se pierden definitiva o temporalmente las relaciones salariales, se pierden ,os derechos a la protección social como consecuencia de la precariedad laboral en la que se había estado empleado y, en suma, se quiebra el mecanismo de integración a través del trabajo y el salario.

Finalmente, la exclusión en sentido estricto une el paro con el aislamiento social, se produce una pobreza ya completamente excluyente que incluso está acompañada de estigmatización, de procesos de marginación y segregación, de un efectivo apartamiento de los individuos afectados de las relaciones sociales que son constitutivas de la ciudadanía efectiva.

Los datos disponibles en España y en Europa nos indican que aproximadamente una tercera parte (algo menos en etapas de mayor expansión económica) de los parados son pobres de forma permanente, aunque, paralelamente, un 70% de los empleados no ha estado nunca en situación de pobreza.

Los estudios que han seguido la situación de los trabajadores pobres ponen de relieve que las entradas y salidas en la situación de pobreza desde el empleo se dan normalmente o bien cuando se producen situaciones de paro total durante un periodo de tiempo largo o cuando se hace continua la transición entre el paro, el empleo o la inactividad.

Una circunstancia que resulta especialmente determinante del abandono de las situaciones de pobreza a las que puedan haber llegado los empleados es la situación del cabeza de familia.

Lógicamente, estos estudios muestran que cuando los cabezas de familia se encuentran el el paro tienen más probabilidad (casi el doble) de entrar en situación de pobreza que si están jubilados y casi cuatro veces más que si están ocupados a tiempo completo. También se muestra en el caso español que la ocupación es menos frecuente (aproximadamente un tercio) entre la población pobre que en el conjunto de la población (entre el 40 y el 45%), así como la situación de desempleo es más frecuente entre los pobres (25%) que en el conjunto de la población (10%).



Todos los estudios disponibles muestran en suma, que la situación de inactividad y desempleo son las que generan más probabilidad de llevar a la pobreza y, en consecuencia, riesgo de exclusión.

Siendo desempleado la posibilidad de salir de la pobreza sería un 50% menor que si se está ocupado.

Existe una relación directa por lo tanto, entre el desempleo y la salida y entrada en situación de pobreza.

Otro asunto que hay que considerar a la hora de analizar la generación de riesgo de exclusión social desde los mercados laborales es el efecto que tiene las políticas sociales y, concretamente, las que tiene que ver con las situaciones laborales de los individuos.

En todos los países los estudios existentes han mostrado el efecto directo y potente que tienen las prestaciones sociales para reducir la pobreza. Se viene a calcular que tienen capacidad para reducirla en 2/3 y en mayor proporción cuando se trata de pobreza severa.

Lógicamente, no todas las prestaciones sociales tienen ese mismo efecto. Así, las pensiones de jubilación tienen el efecto reductor mayor, mientras que los subsidios de desempleo dependen del porcentaje de parados que los reciben y del tiempo y cantidad en que puedan disfrutarlos. Así, suele ocurrir que su efecto sea muy desigual entre diversos estratos laborales.

En cualquier caso, el problema de las políticas sociales es que se preocupan de la salida de la situación de pobreza, no de la entrada. Por eso son siempre insuficientes e incompletas. Se necesitan por el contrario, políticas económicas generales capaces de generar una situación proclive al empleo de calidad para evitar las situaciones que vengo señalando.

Además, hay que resaltar que no todas las “formas” de política social son igual de adecuadas, por lo que se requiere una evaluación ex ante de cada una de ellas en función del problema que traten de resolver y el objetivo que se propongan.

En todo caso, las prestaciones sociales suelen representar en torno a una cuarta parte de los ingresos familiares, mientras que los salariales son alrededor del 70% o 75%. Y, lógicamente, es la insuficiencia de estos últimos la que más fuertemente condiciona la existencia de riesgo de pobreza y exclusión.

La insuficiencia de renta salarial se muestra como la principal fuente de exclusión desde el mercado de trabajo. De hecho, el desempleo afecta, además, a los estratos de población con menos renta y está influido por variables como:

- nivel y volumen de prestaciones sociales
- de carácter familiar



– duración desempleo (que depende a su vez de su relación con el salario anteriormente percibido, con la duración del derecho y con la tasa de cobertura).

Un efecto interesante e importante es el de la familia que no es idéntico en todos los países.

Así, un aumento en el tiempo de desempleo da lugar a caídas en el consumo menos importantes en España o Italia (donde las redes familiares son más fuertes) que en Estados Unidos o Alemania.

Por eso, desde el punto de vista de la exclusión es importante determinar el número de familias en las que están en paro todos sus miembros o las que declaran no percibir ningún ingreso.

El desempleo de larga duración, como ya se ha señalado antes, implica un riesgo mucho más elevado y de hecho la población que se encuentra en esa situación genera mucho más riesgo de entrada en situación de pobreza.

El factor más importante que hay que subrayar es que actualmente la pobreza comienza a caracterizarse por estar generada en situaciones de empleo con salario insuficiente y condiciones precarias. La OCDE viene señalando que cada vez más la pobreza generada en el mercado laboral es compatible con el pleno empleo, bien por el salario escaso, bien porque se genera una oferta insuficiente de trabajo.

Ese organismo ha señalado que más del 15% de los trabajadores reciben menos del 60% del salario mediano, lo que significa que conceptualmente se les puede considerar como trabajadores pobres. En España el porcentaje es mucho mayor.

Las razones que han provocado esta mayor generación de pobreza en los mercados laborales son muy variadas:

- Desregulación de los mercados de trabajo
- Disminución de la demanda de trabajadores de baja cualificación
- Aumento de la actividad en el sector servicios
- Relocalización industrial

Todo eso ha dado lugar a una disminución de los salarios mínimos y marginales en relación con los salarios medios que implica la existencia de franjas más anchas de trabajadores con salarios de exclusión.

En España se viene produciendo la creación de puestos de trabajo principalmente en sectores en donde el salario es inferior a la media (con las excepciones del sector público y financiero, aunque en estos con un gran incremento de la temporalidad).

Un segundo problema es el aumento de las jornadas de trabajo insuficientes, de los empleos con número de horas que no pueden proporcionar un ingreso de inclusión a los trabajadores o, la sucesión desmesurada de situaciones de empleo/desempleo (rotación)



a lo largo del año, lo que provoca efectos no sólo cuantitativos, sino de frustración de pérdida de estima o de imposible reciclaje.

Para terminar habría que remarcar una vez más el papel de las políticas y algunas ideas fundamentales:

- Las políticas han de ser omnicomprensivas puesto que se trata de abordar un problema ocasionado por la confluencia de muchos factores.

- Aunque las políticas sociales y, en concreto, las prestaciones sociales son fundamentales para poder reducir la pobreza que genera el mercado laboral, no basta con las ellas.

- No es suficiente con procurar la salida de la pobreza sino que hay que evitar que se entre en ella.

- Hay que analizar cada uno de los instrumentos de política social para evitar ineficiencias y despilfarro.

- Son precisas políticas generales que generen un marco de actividad económica en donde se puede generar empleo de calidad.

JUAN TORRES LÓPEZ



EL TEJIDO PRODUCTIVO Y EMPRESARIAL EN LA ANDALUCÍA DE 2006

Sobre Factor Empresarial y Desarrollo Económico en Andalucía.
Sevilla, 17 y 18 de octubre de 2006.

Antonio Moya Monterde

Adjunto del Secretario General de CEA.

DESARROLLO ECONÓMICO ANDALUZ

La economía andaluza atraviesa por una etapa ciertamente favorable. Desde 1995 crecemos por encima de la media nacional año tras año; además nos mantenemos por encima del 3% anual (objetivo de Lisboa). En nuestra Comunidad se está creando más empleo en términos relativos que en el ámbito nacional, lo que ha permitido que ganemos peso en términos de población ocupada, y que nuestra tasa de desempleo se sitúe en mínimos históricos (13%). Y ello al tiempo que aumenta nuestra población, y lo hace sobre todo porque vienen personas de otros territorios que quieren trabajar aquí.

Y, no debe ser casualidad, que precisamente sea Andalucía la región de España en donde más ha crecido el tejido empresarial en los últimos años; más que en ninguna otra región de España. Ahora existen alrededor de 150.000 empresas más que en 1995; empresas que crean riqueza y puestos de trabajo y generan nuevas expectativas y más confianza.

Pero aún nos quedan nuevos pasos por dar. Por un lado, porque la convergencia con las economías de referencia (UE y España) está siendo más lenta de lo que a todos nos gustaría y, además, seguimos soportando un diferencial significativo en términos de paro que juega en nuestra contra.

Y, por otro lado, porque, cada vez más, tendremos que competir en mercados cada vez más globales y más integrados; es decir, cada vez más exigentes. Y eso significa no sólo invertir más, sino invertir mejor; invertir mejor en infraestructuras, en nuevas tecnologías, en conocimientos, en investigación, en educación y formación, etc.

Y para ello tenemos que partir de la base que en el mundo actual el éxito económico va de la mano de actitudes y políticas que apuesten por las ideas nuevas y por el fortalecimiento de la libertad económica y la iniciativa privada como motores de desarrollo y bienestar.



Somos acérrimos defensores de la iniciativa privada como protagonista en el ámbito económico y de la competencia frente al intervencionismo en los mercados y los sectores productivos como bases para el desarrollo económico y el progreso social.

DESARROLLO EMPRESARIAL EN ANDALUCÍA

Empresa y bienestar social

La estrategia que debe orientar nuestra política económica debe ser la de crear más empresas y hacer las existentes más competitivas, desde el convencimiento de que a la iniciativa privada corresponde, con la ayuda de administraciones e instituciones, crear empleo, impulsar el crecimiento económico e incrementar la competitividad del sistema en favor de unos niveles mayores de calidad, bienestar y cohesión social.

Nuestra visión de futuro es empresarial y descansa sobre los múltiples beneficios que la actividad empresarial aporta al desarrollo y el bienestar de la sociedad. Algunos de estos beneficios son:

- Las empresas generan puestos de trabajo. Y no existe nada que incida más positivamente en el bienestar de una sociedad que el empleo, desde el que se brinda, no sólo una remuneración económica, sino también mayores opciones de realización personal y oportunidades de progreso familiar, al tiempo que se liberan recursos de subsidios y coberturas al desempleo.

- Con sus iniciativas las empresas crean riqueza al tiempo que satisfacen las necesidades de una sociedad que, cada vez con más insistencia, demanda bienes y servicios diferenciados y de calidad.

- Las empresas, gracias a la concurrencia y libre competencia en el mercado en busca de un beneficio legítimo mediante la satisfacción de necesidades sociales, innovan más allá de aspectos puramente tecnológicos: desarrollo de procesos y productos, búsqueda de nuevas oportunidades, técnicas de comercialización, atención diferenciada de necesidades, reorganización de tiempos y formas de trabajo, etc.

- Las empresas dan la oportunidad a los ciudadanos de participar en el éxito de los proyectos empresariales, pero sin que tengan que asumir los riesgos inherentes a la iniciativa empresarial.

- Las empresas favorecen la participación directa de los ciudadanos en la vida en sociedad. Aspecto de especial importancia para los inmigrantes, aumentando sus posibilidades de integración y vinculación con la sociedad de acogida.

Dinamismo empresarial en Andalucía, 1995–2005.



La Comunidad Autónoma de Andalucía inició el ejercicio 2006 con un censo total cercano a las 490.000 empresas, y en una situación de evidente expansión, que dura varios ejercicios y que en el último cuatrienio le ha llevado a crecer del orden de 20.000 empresas por año.

De este modo, durante la última década Andalucía presenta un perfil de crecimiento empresarial superior al resto del territorio nacional, habiendo aumentado un 42,8% el número de empresas censadas entre 1995 y 2005, mientras que el crecimiento medio en España se situó en el 33,1%, quedando en el 31,5% si no se considera a Andalucía (resto de España).

También es reseñable la aceleración en el crecimiento empresarial andaluz durante la segunda mitad de dicho periodo, de manera que se ha pasado de un incremento de 6.650 empresas en 1996 hasta 22.500 empresas en 2005. Así, el promedio de 9.000 empresas/año entre 1995 y 2000, se ha duplicado para el periodo 2001-2005.

Este comportamiento ha originado que Andalucía haya ido ganando peso relativo en el conjunto nacional, representando en la actualidad algo más del 15% del total. Sólo es superada por Cataluña, una comunidad de amplia tradición empresarial.

No obstante, Andalucía aún no tiene el peso que sobre el total le correspondería tanto por población como por superficie; que en ambos casos nos situaría en torno al 17,5% de España. Conseguir estos algo más de dos puntos porcentuales de diferencia representarían disponer de alrededor de 70.000 empresas más en la región, creando riqueza y empleo.

Esta circunstancia queda reflejada al analizar la densidad del tejido empresarial andaluz, donde Andalucía (con 61 empresas por cada mil habitantes) presenta una relación inferior a la media (de 71 empresas por cada mil habitantes). No obstante, el indicador de densidad empresarial ha mostrado una evolución positiva en Andalucía en los últimos años, de manera que a finales de 2005 había quince empresas más por cada mil habitantes que diez años atrás. Ello ha permitido que Andalucía siga una línea convergente con la media nacional, reduciendo el diferencial en un 20% en la última década.

Por último, como avance para 2006 se pueden consultar los datos sobre sociedades mercantiles. Estos datos vienen a prolongar nuestra fase expansiva.

Así, hasta el mes de julio se constituyeron más de 15.000 sociedades mercantiles en Andalucía, un 4% más que los registros del mismo periodo de 2005; y representando el 16,4% del total nacional.

Estas nuevas sociedades constituidas trajeron aparejada una inversión inicial de 700 millones de euros, mientras que, hasta julio, ampliaron capital más de 3.700 empresas en Andalucía por un total de 3.500 millones de euros, un 70% más que en el mismo periodo de 2005, cuando en el conjunto de España las ampliaciones crecieron del orden del 25%.



Rasgos básicos del tejido empresarial andaluz

Con carácter general, el tejido empresarial presenta en Andalucía unos rasgos que en gran medida coinciden con los del tejido empresarial español. Estas características se concretan fundamentalmente en dos:

- Un tamaño medio (según plantilla) reducido, y
- Una elevada aportación de los servicios al entramado empresarial.

En nuestro tejido empresarial la pequeña empresa es su piedra angular y, por tanto, la base para crear riqueza y empleo en nuestra Comunidad Autónoma: *nueve de cada diez empresas son micro empresas (menos de diez empleados); y dos de cada tres son empresarios individuales (persona física).*

Ello no es óbice para que en los últimos años estemos contemplando una evolución favorable en el tamaño medio empresarial en Andalucía, donde la pequeña, mediana y gran empresa están ganando peso frente a la microempresa y sobre todo frente a la empresa sin asalariados. El censo de empresas que en Andalucía tienen asalariados ha aumentado en unas 100.000 desde 1995; cifra que supone algo más de las dos terceras partes del incremento total.

Igualmente, y muy relacionado con lo anterior, en los últimos años se observa también cómo en nuestra comunidad autónoma cada vez hay una mayor apuesta por las formas societarias, especialmente por las sociedades de responsabilidad limitada (frente a la empresa que se constituye como persona física o empresario individual).

Por sectores/ramas de actividad, cuatro de cada cinco empresas andaluzas desarrollan su actividad dentro del sector de los servicios, siendo especialmente destacable el volumen empresarial en comercio minorista, servicios empresariales tradicionales (como la asesoría financiero-fiscal, la consultoría o la publicidad), hostelería y transporte terrestre.

Ahora bien, en los últimos años en Andalucía se registra una iniciativa empresarial especialmente dinámica en la construcción y actividades inmobiliarias.

Y también destaca, aunque su participación sobre el total sea reducida, la expansión empresarial que está existiendo entre las actividades tecnológicas, los servicios personales y los servicios prestados a la sociedad (*actividades asociativas; recreativas; culturales y deportivas; de saneamiento público; etc.*).

Con todo lo expuesto, se puede concluir aproximando la "empresa andaluza tipo" a una empresa o negocio de carácter familiar y reducida dimensión, que opera con un único local y preferentemente en actividades de comercio al por menor, servicios empresariales, hostelería o transporte terrestre.

Mientras que, por su parte, las nuevas iniciativas empresariales están apostando cada vez más por la construcción, la promoción inmobiliaria, las nuevas tecnologías, la fabricación



de máquinas de oficina y equipos informáticos, los servicios personales y comunitarios, la educación, la edición y las artes gráficas, o la producción y la distribución energética.

CEA: REPRESENTATIVIDAD EMPRESARIAL

La representación empresarial es elemento clave e indispensable para la vertebración de la sociedad, al aportar el punto de vista de la iniciativa y el riesgo; de la inversión, el desarrollo y el progreso; de la innovación y la creatividad; y de la creación de empleo, riqueza y bienestar. El proyecto que subyace es ayudar a tratar de construir una sociedad más emprendedora y competitiva.

En los últimos veinticinco años las organizaciones empresariales han ido adquiriendo prestigio, nombre y una madurez tal que se han convertido, tanto en España como en Andalucía, en referentes institucionales y sociales.

Desde la defensa y promoción de la inversión privada y el crecimiento de la base empresarial, las organizaciones empresariales tratamos de contribuir a generar y consolidar entornos que favorezcan el ejercicio de la actividad productiva como instrumento para el crecimiento económico y el progreso social. Para ello, las organizaciones empresariales llevamos a cabo una doble función.

- Prestar servicios de calidad en apoyo de nuestros asociados, mediante tareas de información y asesoramiento, y promoviendo y ejecutando acciones de diversa naturaleza encaminadas a fortalecer las capacidades y actitudes competitivas de nuestras empresas.

- Ejercemos la representación empresarial ante otros sectores o colectivos sociales; a través de la participación institucional, la interlocución en la concertación y el diálogo social, y siempre desde la defensa de unos intereses que nos son propios y con el objetivo último de favorecer nuestro desarrollo económico y social.

Dicho esto, **en nuestra Comunidad Autónoma, la Confederación de Empresarios de Andalucía (CEA) ostenta la condición de agente económico más representativo.** Ello se fundamenta sobre:

- La normativa Legal: La Disposición Adicional 6ª del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores: "A efectos de ostentar representación institucional en defensa de intereses generales de los empresarios ante las Administraciones Públicas y otras entidades u organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista, se entenderá que gozan de esta capacidad representativa las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal".



- El reconocimiento expreso de la Junta de Andalucía: a través de la sucesiva firma de acuerdos de concertación social y, en concreto, del VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía (25 de enero de 2005). También se reconoce expresamente nuestra condición de agente económico más representativo, en la Ley de creación del Consejo Económico y Social de Andalucía.

Algunos datos sobre la base asociativa de la CEA:

A) Organizaciones

La publicación sobre organizaciones miembro de CEA, cuya última edición fue elaborada con ocasión de la celebración de la última Asamblea General Ordinaria (31 de enero de 2006), directa o indirectamente, pertenecen a la CEA un total de 882 organizaciones empresariales, de las cuales, muchas tienen carácter confederativo. Es decir, a su vez están formadas por organizaciones sectoriales y locales¹.

Consecuentemente, nuestras estimaciones apuntan a que, en conjunto, pertenecerían a la CEA en torno a **1.300 organizaciones empresariales sectoriales e intersectoriales de ámbito regional, provincial y local**.

B) Empresas

La determinación del número de empresas que pertenecen a la CEA resulta algo más complicada dado que, en muchos casos, se produce una doble o triple afiliación. Además, existen muchos grupos empresariales directamente asociados que, a su vez, están integrados por varias sociedades. Todo ello dificulta la estimación.

No obstante, atendiendo a las mediciones que CEA ha realizado a través de las 1.300 organizaciones empresariales a ella asociadas², se puede estimar en torno a 150.000 las empresas que estarían asociadas a la CEA.

Esta amplia base asociativa (más de 1.300 organizaciones y 150.000 empresas) es la que permite que:

- Implantación Territorial: la Confederación cuenta en la actualidad con 70 centros de servicios empresariales avanzados (RED CSEA), con una implantación en red pionera en Europa, sin precedentes en esta dimensión en el mundo empresarial.

1 A modo de ejemplo, indicar que la Confederación Empresarial de Comercio de Andalucía (CECA) tiene asociadas a 260 organizaciones empresariales.

2 Por seguir con el mismo ejemplo, sólo en el sector del comercio están asociadas a la CECA, organización miembro de CEA, 24.000 empresas comerciales.



- Participación Institucional: la Confederación tiene reconocida su participación en más de 300 órganos de participación institucional, en los que tiene designados en torno a 1.500 representantes empresariales³.

- Cámaras de Comercio: el 90% de los representantes en los órganos plenarios de las 14 Cámaras de Comercio (Industria y Navegación) de Andalucía son miembros de organizaciones empresariales asociadas a CEA.

- Convenios Colectivos: las organizaciones empresariales de CEA han participado como firmantes en aproximadamente el 95% de los 795 convenios colectivos suscritos en 2005 en Andalucía, los cuales afectaron a 1.476.397 trabajadores y 239.028 empresas.

ANTONIO MOYA MONTERDE



3 Destaca especialmente la representatividad exclusiva del mundo empresarial por parte de CEA en órganos como el Consejo Económico y Social de Andalucía, el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales o el Servicio Andaluz de Empleo.

LA PROMOCION DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA EN EUROPA Y ESPAÑA

**Sobre Factor Empresarial y Desarrollo Económico en Andalucía.
Sevilla, 17 y 18 de octubre de 2006.**

Eugenio Triana García

Ingeniero Industrial

1. El Marco General Europeo

La activación de la política europea en relación a las PYMES conoce un punto de inflexión con la adopción de la European Charter en el Consejo de la Unión Europea de Junio del año 2000 en Feira. La Carta Europea parte de un conjunto de principios de carácter positivo:

- a) el reconocimiento del dinamismo de las PYME en la respuesta al mercado y la creación de puestos de trabajo.
- b) su papel destacado en el desarrollo económico y social.
- c) el alto valor del activo que representa el espíritu empresarial.
- d) la legítima compensación del éxito empresarial.
- e) el reconocimiento que las iniciativas de riesgo implican un cierto grado de fracaso y son también un proceso de aprendizaje.
- f) el valor del conocimiento, dedicación y flexibilidad en el marco de la Nueva Economía global y digital.

Lo que conduce a propiciar el espíritu innovador en las pymes y facilitar el acceso de las mismas a los proyectos de investigación y desarrollo europeos, el acceso de las pymes a los diversos mercados.

Especial relevancia tiene la voluntad de hacer viable la financiación a estas empresas en condiciones apropiadas en las diferentes fases del ciclo de vida corporativa, así como crear un marco normativo potenciador de la iniciativa empresarial.

La Carta Europea da lugar a la propuesta y aprobación de diez líneas de actuación de la CE en la política de pequeña y mediana empresa que son el fundamento de los programas y decisiones aplicadas desde el año 2000:



1. la potenciación de la formación del espíritu empresarial en el sector pymes.
2. la puesta en funcionamiento de estas empresas de la forma más rápida y menos costosa.
3. la mejora apreciable del marco legal y regulatorio.
4. favorecer la disponibilidad de especialidades y conocimientos precisos para el desarrollo de las pymes.
5. a mejora del acceso en línea de las pymes a la información y a los recursos.
6. obtener la mayor utilidad del Mercado Único Europeo.
7. las mejores prácticas en la fiscalidad de pymes y en los instrumentos de financiación, con especial referencia a la aplicación intensa de los Fondos Estructurales y a los esquemas BEI, Banco Europeo de Inversiones, en el soporte a los proyectos de empresas emergentes e innovadoras.
8. promoción de la capacidad tecnológica y la participación en los programas europeos de I +D, la integración de las tecnologías de la sociedad de la información, así como el mejor uso de la patente europea y comunitaria.
9. el apoyo al sector económico de las empresas electrónicas, así como las ayudas para la integración de los sistemas avanzados de información en las operaciones de las pymes.
10. la potenciación de los niveles de representación de las pymes en las instituciones comunitarias.

Estas líneas de actuación son objeto de análisis de seguimiento por parte de la CE con informes anuales de aplicación. Una de las medidas prácticas de la CE ha sido la constitución de la figura de "SME Envoy", dentro de la Dirección General Empresas e Industria, siendo la persona responsable de coordinar las diferentes políticas y programas relacionados con las pymes, junto a la toma en consideración de los intereses específicos de las pymes en el marco de las políticas de la Unión Europea.

El SME Envoy ha elaborado en el año 2005 un Informe sobre las actividades de la Unión europea para las Pequeñas y Medianas Empresas, SEC(2005) 170, en relación con las líneas delineadas en la Carta Europea junto al exámen de los efectos de las políticas de la UE contenidas en el Tratado de la Unión: Competencia, Empleo, Energía, Medio Ambiente, Transporte, Fondos Estructurales, Agricultura.

El Informe remite a la nueva definición de Pequeña y Mediana Empresa introducida por la Recomendación de la Comisión Europea 2003/361, Mayo 2003, relativa a la distinción entre Micro, Pequeña y Mediana Empresas, actualizando los parámetros de 1996 y proponiendo las categorías siguientes:

"Autonomous Enterprises"

"Partner Enterprises"

"Linked Enterprises"

según la estructura de relaciones accionariales y de control, si bien una PYME puede ser considerada autónoma cuando tiene como socios entidades públicas de promoción, universidades o instituciones para el desarrollo tecnológico.

También se recogen los cambios de 2003, en vigor desde 1 Enero 2005 sobre definición de pymes:

- aquellas con menos de 250 empleos deben tener ahora una cifra de negocios superior a 50 millones de Euros(antes 40), y balance total valorado en 43 millones de Euros(antes 27).

- las pequeñas empresas, menos de 50 personas, han de presentar una cifra de negocios de 10 millones de euros(antes 7), y valor de balance de 10 millones Euros (antes 5)

- la nueva categoría de micro-empresas, menos de 10 empleados, han de tener hasta 2 millones de Euros de cifra de negocios y 2 millones Euros de valor de balance.

Esta clasificación analógica de PYMES, por tipos y por tamaños, es relevante a efectos de las posibles Ayudas de Estado reguladas por el artículo 87 del Tratado de la UE, o en relación con los posibles créditos del BEI, Banco Europeo de Inversiones.

Por otra parte, la ponderación de las PYMES en la economía de la Unión Europea de 25 países es de especial importancia:

- Las microempresas representan el 91 por ciento del número total de empresas, las pequeñas el 7.3 por ciento y las medianas 1,2 por ciento. Como es lógico, las grandes corporaciones solamente comprenden el 0,2 por ciento.

- En términos del número total de personas empleadas, las proporciones se alteran:

Las grandes compañías aportan 34 por ciento del empleo, lo que supone el 66 por ciento restante corresponde a las PYMES, siendo las microempresas las receptoras de 28,4 por ciento. En términos de Valor Añadido, la mayor eficiencia relativa de las grandes organizaciones da lugar a que estas contribuyan con el 43 por ciento de la economía no financiera, pero el 57 por ciento es aportado por las pymes, siendo las microempresas movilizadoras de casi el 20 por ciento del VA de la economía directamente productiva, excluida el sector financiero.

El ciclo de vida de las PYMES indica es frecuente identificar entre las microempresas aquellas emergentes que son resultado de una innovación tecnológica de importancia, que alcanzan la madurez en el caso de acceder al mercado con éxito. En ciertos programas especialmente sofisticados, GALILEO, algunas de las innovaciones de mayor alcance en la operación proceden de pymes en muchos casos consolidadas gracias a esquemas proactivos de soporte a la tecnología y de capital riesgo de temprana financiación.



2. Las políticas fundamentales de la Unión Europea

2.1. Los Programas de Fomento de la Investigación y la Innovación

En la actualidad el proceso de aprobación del 7º Programa MARCO de Investigación y Desarrollo de la Comunidad Europea ha conocido un avance significativo con la adopción de la Posición Común del Consejo de Ministros de la UE, en armonía con las enmiendas del Parlamento Europeo y la Comunicación de la Comisión Europea, lo que hace presagiar una constructiva Segunda Lectura del proyecto en el PE, evitando el procedimiento complejo de la conciliación, de acuerdo con el artículo 251 del Tratado de la Unión Europea.

El Programa Marco ha seguido una evolución positiva respecto a los proyectos otorgados a las pymes europeas, alcanzando en el periodo 2002-2006 la cifra de 2.300 millones de Euros en proyectos I+D del Sexto Programa Marco asignados a las PYMES, incluyendo como beneficiarias las empresas sin instalaciones de investigación pero que son partícipes activos mediante los casi 500 millones de Euros atribuidos a Centros Tecnológicos coordinadores de un conjunto de pymes, o también por concesiones a consorcios plurinacionales de pymes.

El Séptimo PM se propone acentuar esa política bajo el presupuesto global de 50.000 millones de Euros en el horizonte 2007-2013, de los que 32.365 millones de Euros se atribuyen a la partida "Cooperación", la prioridad mayor del PM desde la perspectiva del reforzamiento del mercado Interior ya que recoge las ayudas a los proyectos presentados por grupos de empresas y entidades europeas de distintos países UE.

Como en Programas anteriores el sector TIC, tecnologías de la información y las comunicaciones, resulta particularmente favorecido (junto al de Ciencias de la Vida) recogiendo el 28 por ciento de los fondos de Cooperación, lo que permitirá intensificar las acciones hacia PYMES en las áreas de aplicaciones a la Salud, eLearning, Software Avanzado, Transporte, Redes TransEuropeas, etc, áreas propicias a la integración de las PYMES europeas.

Una novedad de interés es la línea de actuación "Capacidades" en la que importa optimizar el uso y desarrollo de las infraestructuras de I+D, reforzar las capacidades de innovación de las pymes y su aptitud a obtener beneficio de la Investigación, a liberar el potencial de I+D en las regiones de convergencia y las ultraperiféricas de la Unión Europea, según la propuesta casi literal del borrador de 7º Programa Marco. La línea de Capacidades contará en principio con fondos por valor de 4.217 millones de Euros.

Los aspectos cualitativos relativos a las PYMES dentro de la propuesta de 7º PM son abundantes en el texto objeto de la Posición Común del Consejo:

a) Velar por garantizar una participación apropiada de las PYMES en la cooperación transnacional, sobre todo las de fuerte intensidad de conocimiento. Se aprobarán



medidas precisas para facilitar la participación de PYMES en la línea Cooperación en el marco de una estrategia específica de cada sector tecnológico. El OBJETIVO es alcanzar al menos 15 por ciento del financiamiento disponible para cooperación, meta ambiciosa que desborda los niveles de anteriores programas.

b) Bajo el epígrafe “Investigación al servicio de las PYMES” la propuesta de 7º PM se propone reforzar la capacidad de innovación de las pymes europeas y su contribución a la creación de productos y mercados basados en nuevas tecnologías, ayudando a externalizar la investigación y multiplicar los esfuerzos propios en I+D, en particular a la mejor explotación de los resultados de la I+D y del saber hacer tecnológico.

c) Tales criterios conducen a postular acciones destinadas al beneficio de las pymes o de sus asociaciones, abriendo la vía de convertirse en suministradoras de medios de I+D a las PYMES de fuerte intensidad de innovación, o recibir los insumos técnicos de otras empresas relacionadas. Otra importante novedad está en el compromiso de ayudas a los programas nacionales de los países de la UE que proporcionen recursos financieros a las pymes para elaborar propuestas al 7º programa Marco, orientadas al beneficio de las pequeñas empresas.

Las sinergias entre las políticas generales y sectoriales de Innovación se materializan en la propuesta de PROGRAMA MARCO DE COMPETITIVIDAD E INNOVACION, CIP, en iniciativa paralela y coherente con el 7º Programa Marco de I+D. Se ha previsto un a asignación a CIP en el periodo 2007–2013 de 3.600 millones de Euros, estimándose que dicha cantidad supone un incremento superior a 60 por ciento respecto al conjunto de las acciones CE en competitividad e innovación en siete años.

El programa CIP se compone de tres programas específicos:

I. EIP, de Innovación y Espíritu Empresarial, que cubre el 60% de los fondos del CIP.

II. el programa de Apoyo a tecnologías TIC, sociedad de la información y comunicaciones, con aportaciones de 20% de CIP, y

III. el programa IEE, la Europa de la Energía Inteligente, dotado con el 20% restante.

Con la ayuda de EIP las pymes se pueden beneficiar de las redes europeas BSN, business support networks, las EIC e IRC, euroinfo centres o innovation relay centres, o ayudar a empresas pequeñas y emergentes a compartir riesgos de innovación con sociedades de inversión en fondos propios, equity funds, a fin de situar nuevos productos en el mercado. Se han previsto instrumentos ad hoc de capitalización de proyectos de alto riesgo, o de securitización de la deuda de las pymes innovadoras.

La acción TIC va a favorecer la modernización de servicios públicos on line con participación de pymes, la promoción de servicios electrónicos y de Internet en el ámbito europeo, o el fomento de la economía digital en redes, servicios y contenidos



multimedia, con especial énfasis a los proyectos de distribución de contenidos digitales de carácter pluurial en el espacio europeo.

Finalmente, la línea de la Energía inteligente se focaliza en las ayudas pymes para la diversificación energética, la eficiencia en el uso de la energía en los procesos de producción, así como la reducción del consumo de energía en actividades críticas como el transporte.

Una de las políticas más sensibles en la cadena de innovación de las pymes es la PROTECCION DE LA TECNOLOGIA Y LOS CONOCIMIENTOS, indispensable para acceder a los mercados, evitar la copia o reproducción por parte de entidades con mayores medios que las pequeñas empresas, establecer acuerdos y partenariados o acceder a la financiación de terceros en condiciones razonables y no discriminatorias.

Existe un lugar común de entendimiento que parece situar a las PYMES dentro de los sectores interesados en un sistema débil de protección de la propiedad intelectual, algo que la observación cuidadosa de las circunstancias reales del mercado podría refutar. La protección de las invenciones o de las obras originales es crucial precisamente para entidades de reducida dimensión que no pueden proteger su tecnología por medio del secreto industrial, trade secret, o susceptibles de ser copiadas por entidades dotadas de laboratorios o infraestructuras de gran capacidad que disponen de información sobre las novedades técnicas.

Durante el proceso de adopción de la Constitución de los Estados Unidos hace 225 años, los reunidos en la Convención de Filadelfia dictaminaron tras amplio debate que el mejor modo de fomentar el progreso técnico e industrial era la debida protección de las invenciones útiles así como de los derechos de los autores de obras originales, en ambos casos por un tiempo limitado, redactando las definiciones de derechos de Patente y de Copyright, derechos de autor, que han desafiado en su literalidad el paso de estos dos siglos en cuanto a vigencia. Los constituyentes de entonces eran personas del común, comerciantes, industriales o agricultores, cercanos a la realidad económica.

La Comisión Europea procura aligerar los costes de protección de la tecnología para las PYMES, que pueden llegar a suponer una parte significativa del coste total de la innovación. La Propuesta para crear una Patente Comunitaria, basada en el actual Convenio de la Patente Europea, y administrada por la existente Oficina Europea de Patentes podría ahorrar, aproximadamente, 9.000 Euros de media por cada solicitud de una Patente Comunitaria, en mayor medida cuando se busca la protección vía EuroPCT que protege la invención en los principales países del mundo, adheridos al Patent Cooperation Treaty de Washington.

Asimismo, la CE ha llevado a cabo notables avances en los sistemas de protección de los Derechos de Autor en el marco de la Sociedad de la Información, mediante la aprobación de la Directiva ad hoc, que asegura la adecuada protección de los contenidos originales difundidos en el medio digital, lineales y no lineales, junto a los sistemas modernos de gestión digital de los derechos de autor, DRM, asociados directamente a la recepción de



contenidos por TV o mediante el acceso a Internet, algo que interesa a muchas pymes europeas capaces de crear contenidos originales cuya supervivencia comercial es sólo posible con un sistema riguroso de protección en la Red Digital.

El éxito creciente de la Marca Comunitaria, y de su Oficina con sede en Alicante, está potenciando tal forma de protección que expresa de forma sintética las cualidades y el prestigio asociado a una empresa, a un producto o a un servicio, facilitando por parte de los consumidores la identificación de los mismos. Las pymes europeas disponen de un instrumento multinacional a un coste permisible que protege sus ofertas de manera uniforme en el territorio de la UE, proceso que podría resultar muy complejo por medio de la protección en cada uno de los 25 países de la Unión.

Algunas excepciones al derecho de competencia en Europa en la aplicación del artículo 81 del Tratado de la UE a los acuerdos de transferencia de tecnología, block exemption regulation, mantenidos y mejorados a lo largo de más de 25 años, hacen posible que las pymes europeas, tanto en función de cedente como de receptor de tecnología, puedan entrar en la negociación de contratos de cesión de derechos de forma asequible, sin otro requisito que la acomodación a alguna de las categorías posibles bajo el Reglamento de exenciones en bloque para contratos de tecnología, basado en lo prescrito por el artículo 81.3.

2.2. Los programas de acceso al Mercado y Financiación de las PYMES

Una de las políticas clave de la UE en la regulación de los mercados es la de velar por la competencia abierta en los mismos, en base a lo establecido en el Tratado de la Unión Europea, artículos 81 sobre las prácticas concertadas o restrictivas, el artículo 82 sobre los posibles abusos de una posición dominante, o el artículo 86 relativo a la eliminación de los derechos exclusivos o especiales a organizaciones determinadas.

Como es sabido estos preceptos son fundamento de la existencia misma de la UE establecida hace casi 50 años en torno al paradigma de la competencia en los mercados y la abolición de las situaciones de monopolio o dominio de algunas empresas. Son preceptos de especial relevancia para las PYMES, que están muy lejos de producir distorsiones en la competencia por conducta abusiva, o claramente por debajo de los umbrales económicos que definen las concentraciones con dimensión comunitaria.

Las reglas recientes de la CE conducentes a simplificar y flexibilizar los procedimientos de análisis y decisión sobre los Casos de Competencia, junto a una delegación más extensa de los mismos en las Autoridades Nacionales de Competencia de los Estados Miembros, son de interés para las pymes, cuyo beneficio parece estar en prevenir las prácticas restrictivas y los efectos de un poder significativo de mercado.

Las conductas relativos a imponer precios excesivos, a limitar la capacidad de compra o venta, los efectos de la integración vertical de un conglomerado son perniciosos para las



pequeñas empresas, que pueden ser favorables a su vez a las regulaciones ex ante que se adoptan en la prevención de abusos por posición dominante en sectores específicos de la economía: energía, comunicaciones, transporte, etc., cancelando los derechos exclusivos o especiales en dichos sectores.

En los mercados internacionales, 63 por ciento de las PYMES europeas no tienen actividad fuera de su país y solamente 13 por ciento cuentan con filiales en el exterior de sus fronteras, por tanto la ayuda de mayor valor estratégico es la información sobre la situación y evolución de precios y mercados, practicada en la UE por medio de los EuroInfoCentres EIC, y habitual en todos los Estados Miembros. Las aportaciones fiscales y económicas directas a la exportación están fuertemente limitadas por las reglas de competencia de la Unión, como posibles Ayudas de Estado.

Otro componente de importancia para las pymes en el acceso a los mercados está en las políticas de Normalización y Standardization. La elaboración de standards voluntarios orientados al mercado mediante el consenso de las empresas implicadas ha resultado ser de extraordinaria importancia en la economía europea. Los ejemplos de la norma GSM, de comunicaciones móviles digitales, probablemente la innovación de mayor y más rápida penetración comercial en la historia de la humanidad, prueba el impacto de la normalización consorciada con fórmulas originales de licencias cruzadas y apertura a la obtención de licencias por terceros, y que evitan a la vez los conflictos con las reglas de Competencia.

El caso de la diseminación del uso del protocolo Internet, TCP/IP, gracias al acuerdo voluntario y general sobre normas de transmisión y acceso, con participación de las pymes cercanas a dicha acción de innovación constituye una prueba concluyente. Cada vez más, la construcción de normas que son capitales para la economía se lleva a cabo por medio de procedimientos abiertos en línea, con participación de toda persona física o jurídica interesada en contribuir. Es lo que acontece con el Internet Engineering Task Force, IETF, la organización básica en la elaboración de standards y protocolos en el uso de Internet, o el WWW Consortium en las aplicaciones sobre el web.

El formato abierto y flexible conviene particularmente a las pymes innovadoras y hace posible una relativa presencia en las fases de definición de especificaciones y normas a las PYMES, posibilidad antes fuera del alcance de estas empresas. La CE cuenta con importantes instituciones, CEN, CENELEC, dedicadas a la normalización en las que intervienen de manera prominente las pymes europeas. En el sector de comunicaciones debe citarse a ETSI, European Telecommunications Standards Institute, sobre las normas de electrónica, telecom o audiovisual.

Los programas de FINANCIACION a las pymes han seguido un proceso de maduración notable mediante la colaboración de las instituciones comunitarias y el Banco Europeo de Inversiones. Cerca de 600 millones de Euros en forma de Fondos de Capital Riesgo se han aportado en el periodo 2001–2006 por parte del European Investment Fund, EIF,



estimándose que un cuarto de millón de pequeñas empresas se han beneficiado de tales sistemas, la mayoría entidades hoy categorizadas como micro-empresas.

Los instrumentos activados por la Comisión Europea se adaptan a las diversas fases del ciclo de vida empresarial:

- a) La conocida como European Technology Facility, destinada a las fases de emergencia de empresas innovadoras.
- b) Los Fondos de Capital Riesgo en la fase de crecimiento empresarial mediante el EIF.
- c) Los esquemas de garantías y avales que hacen posible la obtención de créditos bancarios por parte de las pymes en condiciones razonables.
- d) Los Fondos Regionales de Desarrollo, estructurales, que significan la contribución de 3.000 millones de Euros por año para las pymes en Europa.

El programa referido PIC, competitividad e innovación, ha previsto una línea de 1.000 millones de Euros, con soporte del Banco Europeo de Inversiones, en una acción MFBR que supone la aceptación de riesgos compartidos entre firmas de capital riesgo y empresas productivas.

El programa JEREMIE destinado a la financiación en zonas de menor desarrollo económico se ha creado para, mediante la colaboración con los Estados Miembros, aplicar 3 líneas de actuación:

- la asistencia técnica y de asesoramiento.
- la provisión de capital riesgo y fondos propios.
- la aportación de Garantías a los préstamos a pymes

es un esquema complementario de los fondos estructurales que busca extender la financiación a lo largo de un periodo más dilatado en la vida de la empresa.

Los programas de Garantías y Avales se dividen en aquellos dirigidos a empresas con fuerte potencial de crecimiento de hasta 100 empleados, Loan Guarantee Window, o los orientados a garantizar la contribución con Fondos Propios, Equity Guarantee Window, e incluso fondos de carácter sectorial, ICT Loan Guarantee Window, para ayudar a las pymes en las inversiones en tecnologías de la información de hasta 100 empleados.

Finalmente, la Comisión Europea apoya a las entidades mutuales que en los distintos países de la UE tienen como objetivo la provisión de Garantías Recíprocas o Avales Mutuas a las PYMES para hacer posible el acceso al crédito bancario.



3. Dos formas notables de promoción de las pymes en España

Se presentan a continuación dos instrumentos calificados que contribuyen a la promoción de las PYMES en España, seleccionados principalmente por la dinámica de su desarrollo en los últimos quince años, así como por haber alcanzado niveles de implantación y eficacia que les posiciona entre las experiencias destacadas dentro del conjunto de países de la Unión Europea.

Se trata de :

A. Las Sociedades de Garantía Recíproca, que aseguran los préstamos a las PYMES.

B. El sistema de Parques Tecnológicos, como medio de surgimiento y desarrollo de pequeñas empresas innovadoras.

En ambos casos, la función de las Comunidades Autónomas ha resultado de particular relevancia para la aparición y consolidación de ambas formas de promoción de Pequeñas y Medianas Empresas en nuestro país.

3.1. El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca

Las Sociedades de Garantía Recíproca han conocido un proceso de despliegue y consolidación notable a partir de la aprobación de la Ley 1/1994 de régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca. Esta nueva situación se refleja en las cifras de impacto de las SGR en la economía, periodo 2000– 2005 (Memoria CESGAR 2005, Confederación Española de Sociedades de Garantía Recíproca):

- Número de empleos asociados a la actividad SGR: 492.410 trabajadores.
- Empresas receptoras de aval SGR: 79.931 pequeñas y medianas empresas.
- Inversión relacionada: 15.987 millones de Euros
- Importe avales otorgados: 13.167 millones de Euros.
- Tamaño PYMES receptoras: 81 por ciento con menos de 50 empleados. En términos de Riesgo Vivo más del 50% son empresas beneficiarias con menos de 10 empleados, las consideradas críticas para el despegue de la iniciativa empresarial.

También es relevante señalar que casi el 80 de las operaciones formalizadas responden a esquemas de financiación de largo plazo, superiores a tres años.

Otro aspecto interesante es que casi el 30% de las operaciones SGR habidas con pequeñas y medianas empresas en el ejercicio 2005 no contaban con ningún tipo de garantía complementaria, sea personal o basada en activos reales, lo que ilustra la función del sistema SGR de hacer posible la actividad empresarial cuando no es posible ofrecer garantía alguna a la financiación necesaria.



La citada Ley 1/1994 define las SGR como entidades financieras, siendo obligado que al menos el 80 por ciento de los socios sean pequeñas y medianas empresas, entendidas como las empresas con menos de 250 empleados, de acuerdo con la metodología comunitaria.

Son sociedades de capital variable, novedad notable en el panorama de las sociedades mercantiles, y los socios no responden personalmente de las deudas sociales de la entidad. El objeto social de las SGR se recoge en el artículo 2 de la Ley:

“...el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de las empresas de que sean titulares”.

Estableciendo que los avales soportan operaciones de empresas constituidas por socios de las SGR. Ello significa el carácter mutualista de estas sociedades: el pequeño empresario que pretenda conseguir el aval SGR tiene que ser o devenir socio de la misma. Este perfil mutualista es común en Europea, mutual guarantees societies, o las entreprises de cautionnement mutuel, Bürgschaftsbanken, etc, llevando a cabo actividades de aval a PYMES de similar naturaleza.

Como dice la Declaración de Madrid de la AECM, la asociación europea de garantías mutuas, emitida el 13 de Junio de 2002:

«las Sociedades de Garantías Mutuas están al servicio de las PYMES en base al no ánimo de lucro....Buscan facilitar a las PYMES el acceso al crédito de buena calidad en términos de tipos de interés, plazos de maduración del mismo y programas de reembolso sostenibles».

Es precisamente el paradigma del acceso a “un crédito de calidad” en términos comparables a empresas de mayor entidad, el fundamento de la existencia de dichas Sociedades de Garantía Recíproca o de Garantías Mutuas, y la razón de la importante innovación regulatoria introducida por la Ley 1/94.

La calificación de las SGR como entidades financieras implica la autorización de las mismas por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, así como la inscripción de las SGR en el Registro Especial del Banco de España. De mayor alcance serían las disposiciones del Capítulo X de la Ley que se refieren a la supervisión administrativa de las SGR bajo la autoridad del Ministro de Economía y Hacienda, con informe previo del Instituto de Contabilidad y Auditorías de Cuentas, para fijar normas y modelos de contabilidad de las SGR y las modalidades de la información financiera suministrada a las diversas administraciones.

Especialmente notable, en coherencia con la condición de entidad financiera, es la norma que otorga al Banco de España las competencias de control e inspección de las sociedades



de garantía recíproca y de las sociedades de reafianzamiento, estando sometidas ambas, junto a los administradores y directivos de estas sociedades, al régimen sancionador propio de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

El rigor de la regulación analizada es una muestra fehaciente de que el acceso de las PYMES a la financiación con criterios de calidad es plenamente compatible con la fijación rigurosa de condiciones que contribuyen a la salvaguarda de los intereses de los socios partícipes, del sistema financiero y de la actividad misma de las PYMES.

La solidez y solvencia de las SGR y del sistema de garantías recíprocas en su conjunto se lleva a cabo por una serie de disposiciones:

a) La figura de los socios protectores, distinta de los socios partícipes susceptibles de obtener las garantías de las SGR, quienes habrán de disponer de menos del 50% del capital social, si bien no se computan en tal ponderación las partes correspondientes a las Administraciones Públicas y otros entes de derecho público o entidades asociativas del mismo sector que la SGR en cuestión.

b) La creación del Fondo de Provisiones Técnicas como parte del patrimonio de la SGR formado por las dotaciones de la propia sociedad para la provisión de insolvencias con cargo a sus resultados, o por las subvenciones y aportaciones no reintegrables de las Administraciones Públicas o de las asociaciones sectoriales relacionadas.

c) La posibilidad de obtener reavales de carácter solidario mediante las Sociedades de Reafianzamiento, cuya creación se ha previsto en el artículo 11 de la ley. Estas sociedades, en la forma de sociedades anónimas, estarán participadas por la Administración Pública y son categorizadas asimismo como entidades financieras, por tanto sujetas a los controles e inspecciones del Ministerio de Economía y del Banco de España.

d) La solvencia de las SGR se completa en el artículo 52 por medio de la obligación de destinar al menos el 50 por ciento de los beneficios netos del ejercicio para constituir un Fondo de Reserva legal que llegue al triple de la cifra mínima de capital social fijada en los Estatutos de la SGR, preceptos que se añaden a las limitaciones en el reparto de beneficios a los socios.

El conjunto de previsiones relevantes antes descritas, junto a la gestión conveniente de los recursos de las SGR, ha producido un aumento significativo del número de socios partícipes de las SGR, casi 80.000 a finales del año 2005, registrando un aumento de 33 por ciento en los cinco últimos años, mientras los avales formalizados por el conjunto de las SGR se ha más que duplicado en el periodo 2000-2005, en la misma proporción que el importe del Riesgo Vivo del conjunto de las sociedades miembros de CESGAR.

En la actualidad, la estructura del capital social acumulado de las SGR, datos de CESGAR de 2005, se compone de la aportación de 61,9 por ciento de los socios partícipes y



del 38,1 por ciento de los socios protectores. De esta segunda forma de aportación corresponde el 60 por ciento a las contribuciones de las Administraciones Públicas, en su gran mayoría procedentes de las Comunidades Autónomas.

La mejora observada en la evolución de la Cuenta de Resultados de las SGR confirma los criterios de administración prudente, y a la vez impulsora de la promoción de la actividad de las PYMES por parte de las SGR, en el marco de una normativa rigurosa como entidades financieras. Un aspecto positivo es la proporción creciente de los Ingresos obtenidos de actividades otras que el otorgamiento de avales a los socios partícipes, estudios, trabajos de asesoramiento, etc, ahora cercana al 10 por ciento de los ingresos totales, lo que parece apuntar una vía de consolidación del equilibrio económico y financiero de estas entidades.

La Compañía Española de Reafianzamiento, CERSA, lleva a cabo una importante función de apuntalamiento de los mecanismos de garantías a PYMES y de la propia solvencia de las SGR al compartir los riesgos de las operaciones mediante reaval solidario de las demandas de financiación atendidas por las SGR, con una cobertura que varía entre 30 y 75 por ciento del compromiso de las SGR, practicando una política de favorecer con porcentajes superiores de cobertura a los proyectos de creación de nuevas empresas o aquellos que suponen un esfuerzo de innovación significativo.

CERSA tiene como socios principales, año 2004, a la Dirección General de Patrimonio del Estado, 70 por ciento, y el Instituto de Crédito Oficial, 23 por ciento, mientras la participación de las SGR se sitúa en torno a 3,5 por ciento. La colaboración económica del Fondo Europeo de Inversiones, EIF, y de la Administración Española ha permitido mejorar la calidad del reaval, aumentar las dotaciones y cubrir tanto provisiones como fallidos, contribuyendo a la mejora de la solvencia de las SGR a corto y largo plazo.

3.2. El Sistema de Parques Científicos y Tecnológicos

El despliegue de los Parques Tecnológicos, o parques científicos y tecnológicos, en España a partir de 1985 ha consituido un fenómeno de promoción de la innovación mediante fórmulas muy adaptadas a la potencialidad de las PYMES innovadoras, y se perfila actualmente como un sistema de referencia en el marco de la promoción de proyectos y espacios de innovación, con participación acusada de las PYMES, alcanzando efectos considerables en el entorno económico del área donde se localiza.

Se puede estimar que existen en nuestro país más de 65 Parques que responden a las características de un parque tecnológico, algunos con una vida activa mayor de 20 años. Practicamente todas las Comunidades Autónomas cuentan con un Parque Tecnológico en su territorio. Una novedad estimulante es la función promotora de las Universidades en la creación, y con frecuencia gestión, de los Parques: aproximadamente 20 de ellas desarrollan Parques Científicos por sí mismas y otras 40 Universidades participan en las actividades de otros Parques relacionados, según datos de la Asociación de Parques Tecnológicos, APT. Los datos de esta asociación apuntan a cerca de 2.000 empresas instaladas en los Parques Tecnológicos, que han generado más de 50.000 empleos, de los que el 20 por



ciento, aproximadamente, están asignados a actividades de Investigación y Desarrollo. La facturación conjunta de las empresas instaladas está alrededor de 9.000 millones de Euros en 2005. Una proporción considerable del empleo corresponde a Pequeñas y Medianas Empresas con alto potencial innovador.

Las características de los Parques como espacios, concentrado o disperso, donde se agrupan entidades y empresas de perfil tecnológico, que suelen disponer de Centros Tecnológicos o de Investigación, de Instituciones y Laboratorios orientados a la generación y transferencia de tecnología, cercanos o vinculados a Universidades que aportan recursos humanos de elevada calificación, configuran un medio particularmente propicio para acoger a las PYMES, sobre todo aquellas asociadas a una actividad de innovación o desarrollo de productos o servicios nuevos.

La Administración Central, por ejemplo la Subdirección General de Fomento de la Investigación, Ministerio de Educación y Ciencia, está contribuyendo al desarrollo de los Parques Tecnológicos, complementando la actuación fundamental de las Comunidades Autónomas. Así, la última convocatoria de Ayudas de esta institución ha mostrado la vitalidad del sistema de Parques en nuestro país:

- 53 Parques Científicos y Tecnológicos solicitantes de proyectos.
- 202 Proyectos Innovadores presentados
- 161 Proyectos Aprobados
- 235 millones de Euros de Ayudas aprobadas(2005-2006)
- 350 millones de Euros de Inversión asociada a dichos proyectos

La acción conjunta de las diversas administraciones, unida a la gestión cada vez más integrada de los Parques, hace de los mismos un instrumento de promoción de PYMES de gran entidad, desbordando las perspectivas pretendidas en la creación de los Parques, que ahora son mucho más que una forma complementaria de fomento de la innovación empresarial. A su vez, los Parques salen valorados positivamente de una posible comparación con otras modalidades en Europa :

- Polos de Competitividad
- Clusters de pymes sectoriales
- Grupos de Innovación inducida

que suelen resultar en una configuración con cierto grado de artificialidad y orientación predeterminada de los campos temáticos.

Asimismo, el concepto de Parque Científico y Tecnológico, debido a la transparencia de sus procedimientos, y a la universalidad del acceso al mismo, es más apropiado para superar con éxito el escrutinio de la Comisión Europea desde la óptica de las Ayudas de Estado, de acuerdo con el artículo 87 del Tratado de la Unión Europea. El perfil de área de innovación real y fácilmente constatable le califica como candidato aceptable en los programas europeos de Investigación y Desarrollo.

EUGENIO TRIANA



PRECARIEDAD LABORAL Y FORMAS DE GESTIÓN INDIRECTA DE LA MANO DE OBRA (EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y SUBCONTRATACIÓN)

Sobre La Situación Laboral en España y Andalucía.
Granada, 11 y 12 de mayo de 2006.

José Luis Monereo Pérez

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

SUMARIO: 1. Aproximación etimológica a la conjunción precariedad laboral y formas de gestión indirecta de la mano de obra. 2. Los modelos o tipos ideales de flexibilización de la regulación laboral del mercado de trabajo. 3. El fenómeno de la externalización de actividades. 4. Tratamiento de la externalización en la negociación colectiva. 5. Tratamiento de los mecanismos de gestión indirecta en el Pacto Social de mayo de 2006. 5.1. Lo que aporta el Pacto Social de 2006. 5.2. Insuficiencias: La reforma laboral no ha resuelto varios problemas fundamentales en la gestión indirecta de mano de obra.

1. Aproximación etimológica a la conjunción precariedad laboral y formas de gestión indirecta de la mano de obra

Hablamos de “precariedad laboral”. Etimológicamente, precariedad es calidad de precario. El adjetivo precario, viene del latín, *precarium*. En un primer significado (que es el que aquí más interesa realzar) hace referencia a “inestable”, “inseguro” o “escaso”. Tienes otros significados jurídicos, pero no interesan instrumentalmente a nuestros efectos. La precariedad es un concepto socio-económico. El empleo precario se conjuga con empleo no liberador de la necesidad (incluso generador de pobreza: “trabajadores pobres”); se vincula a las situaciones de exclusión social y de vulnerabilidad; y con ese particular modo de estratificación social que es la subclase o infraclass. No es, pues, un concepto estrictamente jurídico, pero sí el presupuesto de reformas de los modelos legales de regulación normativa. Resulta paradigmático, al respecto, la presente reforma laboral.

Las distintas formas de precariedad laboral (especialmente los modos de gestión indirecta de la mano de obra, ETT y Subcontratación) se vinculan con la estructura segmentada del mercado de trabajo español. En la gestión indirecta de mano de obra apreciamos una dualización del mercado de trabajo: a) Mercado interno (Protegido); y b) Mercado externo (precario o menos protegido).



2. Los modelos o tipos ideales de flexibilización de la regulación laboral del mercado de trabajo

La precaridad laboral –y su proyección específica en los instrumentos de gestión indirecta de mano de obra– es dependiente de los modelos de regulación. Como es sabido, existen tres modelos o tipos ideales de flexibilización de la regulación laboral del mercado de trabajo, el cual, en el fondo, es un mercado de “trabajadores” –de personas–, lo que hace explícita la realidad económica subyacente a las relaciones de trabajo asalariado.

a) Por un lado, está el llamado comúnmente modelo de flexibilidad de tipo neoliberal. Postula una desregulación radical del mercado de trabajo suprimiendo la normativa estatal que establece condiciones mínimas de trabajo (supresión de normas garantistas), aunque no hace desaparecer toda regulación pública, sino que más bien fija una regulación flexibilizadora a menudo de aplicación dispositiva o subsidiaria respecto de la autonomía privada.

b) Por otro lado, está el modelo denominado de “liberalismo colectivo” o “laissez faire colectivo”, donde la retracción de las normativa pública garantista viene acompañada de la promoción de los mecanismos de regulación y de representación colectiva de los trabajadores. Ello se traduce un cambio en los modos de establecimiento de las normas, es decir, en el sistema de fuentes, de manera que se hace prevalecer las normas colectivas de origen profesional, reforzando sus funciones de complementación y suplencia.

c) Finalmente, se ha propuesto –y puesto en práctica– el modelo de flexibilidad de adaptación o de ajustes a la crisis económica o a la reestructuración del proceso productivo. Su rasgo típico es la realización de reformas de carácter corrector respecto a determinadas normas consideradas rígidas para una situación crítica concreta, pero sin se produzca un cambio sustancial en los principios básicos y en las estructuras normativas del sistema jurídico–laboral clásico. Este modelo tipo entra una alteración del contenido normativo (esto es, un cambio morfológico). No tiene una vocación de permanencia, sino un carácter eminentemente coyuntural, “de situación”.

Es importante señalar, que se trata de tres modelos o paradigmas configurados como tipos ideales maxweberianos. De ahí que no puede pretenderse que encajen en una realidad histórica concreta, pero tiene la virtud de que permite una mejor comprensión y explicación del sistema de relaciones laborales.

Si se pasa de los “modelos teóricos” a los “modelos reales” (realmente existentes), cabe indicar que a partir de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de reforma del mercado de trabajo (y las muy abundantes e incisivas que le han seguido), ha inaugurado un transformación cualitativa del modelo de regulación en un sentido de liberalización legal y colectiva. En realidad, se ha venido construyendo un Derecho flexible del trabajo que ha instaurado (construido) una constitución flexible del trabajo, cuyo principio axial es el principio



de eficiencia económica (subordinación del trabajo a las exigencias de rentabilidad y funcionamiento de la empresa); la retracción de la regulación legal y la atribución de espacios de regulación subordinada a la autonomía colectiva negocial. Lo que se está produciendo es una “des-construcción” gradual del modelo garantista de Derecho del Trabajo.

Por el momento, nuestro actual modelo de Derecho del Trabajo (y el subsistema interno formado por el grupo regulador de la gestión indirecta de la mano de obra). El modelo de flexi-seguridad se concreta en el hecho de que el grupo normativo refleja la asunción de un *garantismo débil*. Pero todavía garantismo al fin y al cabo. Es un modelo de garantismo débil con apertura a rasgos propios del liberalismo colectivo (potenciación de los instrumentos de regulación y de representación colectiva de los trabajadores). No estamos ya ante el modelo de garantismo “fuerte”, donde el centro de gravedad se sitúe en la tutela de la persona del trabajador, en una visión antropológica del Derecho del Trabajo. Bastaría inquirir sobre si los modelos actuales de Derecho del Trabajo podrían orientarse en la línea humanista de Hugo Sinzheimer, cuando afirma (en la lógica del paradigma garantista que defendía) que “lograr la dignidad del hombre es la misión esencial del Derecho del Trabajo”, y que el objetivo del Derecho Social del Trabajo “consiste en hacer posible al hombre un existir humano”. Actualmente se ha perdido esta perspectiva de política del Derecho, pero incluso ese modo de expresarse, porque se tiende a subordinar “lo social” a “lo económico” y sus correspondientes lógicas específicas de racionalización funcional e instrumental.

3. El fenómeno de la externalización de actividades

La nueva fase histórica de producción flexible requiere de la empresa una permanente acomodación en un contexto de mercado cada vez más cambiante y también responder a una permanente exigencia de economizar gastos de en la gestión de personal (denominación preferible a la “mercantilizada” de “recursos humanos”). Para ello se están utilizando diversas estrategias de flexibilización, constituyendo uno de sus elementos principales la “flexibilización externa” instrumentalizada a través de diversos medios de externalización o exteriorización de la producción o de distintas prácticas de sustitución de actividades mediante otras empresas o trabajadores autónomos.

Es reconocido por todos y constituye un lugar común en la doctrina jurídica que la exteriorización es un fenómeno estructural de la actual realidad de la organización de la producción y de las actividades empresariales en todos los sectores de la producción que muestran mayor atracción –y necesidad– por formas verticalmente desintegradas de la estructura empresarial. La noción de externalización es, sin embargo, imprecisa y resulta inapropiada para su empleo como concepto jurídico en cuanto que extraído de la teoría económica aunque se le reconocen indudables consecuencias jurídicas. Se trata de una técnica de organización de la producción y de la gestión en virtud del cual una empresa decide no realizar una fase variable de su actividad con las personas y medios propios desplazando la misma a otras personas o empresas con quienes establece



fórmulas variadas de cooperación. Son muchas las formas de externalización que tienen como objeto la sustitución de la producción interna o la gestión de la mano de obra por la colaboración exterior: subcontratación en la misma empresa, subcontratación externa, trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT), mediante el trabajo independiente como la contratación de servicios, el teletrabajo, etcétera. La externalización en sentido amplio es un concepto omnicomprendivo que agrupa a todas estas formas organizativas mediatizadas de utilización del trabajo ajeno.

La externalización de actividades o de servicios (en general) es, pues, un fenómeno económico-organizativo mediante el cual se produce la participación de una pluralidad de empresas en un proceso productivo o de gestión común que tiene por finalidad una mejor y más eficaz ordenación del sistema de producción, pero también –quizá como objetivo principal– una mayor reducción de los costes de los factores de producción y con ello incrementar los márgenes de productividad y competitividad. Concretamente, el fin principal de la externalización de servicios, explícitamente reconocido y amparado por la jurisprudencia, es que faculta después a reducir la plantilla que realizaba esas mismas tareas. Pero no sólo se produce una sustitución del personal por otro más especializado sino que probablemente en menor número y con reducción de las condiciones de trabajo especialmente las económicas y estabilidad laboral. En la práctica actúan como una forma de gestión indirecta de la mano de obra necesaria para realizar los fines de la actividad empresarial. Estas formas de gestión indirecta en el actual modelo de regulación son factores de de precarización laboral, a través de la utilización sistemática de la contratación temporal, inseguridad en el empleo, des–afiliación sindical; y una deficitaria protección social pública (que se ve penalizada por la excesiva rotación laboral, la discontinuidad de las carreras profesionales, la insuficiencia de la cotización, etcétera). Los trabajadores implicados en las prácticas de exteriorización ingresan, en términos generales, en el llamado “mercado secundario de trabajo” y sociológicamente en la subclase o infraclase.

Las decisiones empresariales de externalización productiva o de servicios representan opciones estratégicas de racionalidad económicas y de racionalidad laboral, puesto que permite aligerar las estructuras empresariales y dotarlas de mayor capacidad de respuesta ante los cambios del mercado y al marco de competitividad global reduciendo los costes de gestión y externalizando los riesgos.

4. Tratamiento de la externalización en la negociación colectiva

Las cláusulas convencionales relativas a la subcontratación empresarial y a la utilización de ETT suelen tener un carácter “defensivo”, en el sentido de “garantía del empleo”. Son cláusulas fundamentalmente dirigidas a limitar las facultades empresariales de descentralización productiva o de externalización del empleo. Se trata de garantizar el mantenimiento del empleo en la empresa y la contratación de nuevos trabajadores, ya que estos objetivos se verían afectados si la empresa opta por contratar o subcontratar parte de su actividad productiva, o utiliza los servicios de una ETT en vez de contratar



directamente los trabajadores temporales que necesite. De esta forma, la intervención de la negociación colectiva en relación con las contratas y subcontratas y los contratos de puesta a disposición que se puedan llevar a cabo con ETT se dirige fundamentalmente a garantizar la ocupabilidad con trabajadores propios de la empresa, limitando tanto las posibilidades de subcontratación de obras o servicios como la realización de dichos contratos de puesta a disposición y, por tanto, disponiendo una utilización restrictiva de las ETT.

Pero es destacable que, en relación con la *utilización* de las ETT, existe todavía una regulación muy escasa en la negociación colectiva, siendo más frecuente en la negociación sectorial, estatal o provincial, que en la negociación de empresa. No obstante hay que señalar que progresivamente los convenios colectivos están siendo más receptivos para regular esta materia, teniendo en cuenta que hasta hace poco tiempo apenas era objeto de negociación. De cualquier forma, en el ámbito de los convenios de empresas medianas y grandes examinados, sigue siendo mayoritaria la ausencia de regulación de esta materia.

Se puede decir que la mayor parte de los convenios que se ocupan de las ETT lo hacen desde la perspectiva de establecer compromisos en cuanto a la utilización de las mismas por parte de la empresa: permitiendo su utilización, excluyéndola, limitándola o proponiendo futuros estudios al respecto o, incluso, negociaciones con los representantes de los trabajadores sobre dicha utilización. La posibilidad de establecer en la negociación colectiva cláusulas que taxativamente excluyan la utilización de los servicios de ETT por parte de las empresas afectadas por los convenios está siendo una cuestión problemática en la jurisprudencia, planteándose en algunas sentencias la nulidad de este tipo de cláusulas (aunque existe al respecto una jurisprudencia contradictoria).

No obstante, en la mayoría de los convenios examinados no suelen aparecer cláusulas directamente excluyentes de la utilización de ETT, sino que suelen ser cláusulas que establecen propósitos, recomendaciones o compromisos solamente limitativos, tanto referidos a las propias posibilidades de su utilización por la empresa como relativos a obligaciones de información del empresario respecto a los representantes de los trabajadores en relación a los contratos de puesta a disposición que se puedan llevar a cabo. El alcance de estas limitaciones varía en los diferentes convenios colectivos, de modo que en algunos casos se establecen al respecto cláusulas más restrictivas (así, el CC de Gamesa Producciones Aeronáuticas, S.A.), otras veces tienen un alcance limitativo



menos rígido¹, y en otras ocasiones se trata sólo de meros propósitos o recomendaciones². Hay también un importante número de convenios colectivos que se ocupan de las ETT para permitir que la empresa realice contratos de puesta a disposición, remitiéndose a la regulación legal al respecto³, que a veces es directamente reproducida en las cláusulas del convenio colectivo que regulan este tema⁴. Sólo en casos aislados se establece el compromiso de no realizar más que un número limitado de contratos de puesta a disposición en relación con la plantilla total de trabajadores de la empresa o centro de trabajo (así, en el convenio colectivo para las empresas "Acerías y Forjas de Azcoitia, S.A.", "GSB Acero, S.A." y "GSB Forja, S.A." se establece que "el número de personas puestas a disposición en cada centro de trabajo mediante esta modalidad no será superior al 2% de la plantilla total", o el CC de Gamesa Producciones Aeronáuticas, que prevé que la empresa no podrá contratar a través de ETT un número no superior a 7 trabajadores en cómputo anual de jornada) o se establece una duración máxima general para los contratos de puesta a disposición inferior a los límites legales (como en el convenio colectivo de la empresa "Valeo Iluminación, S.A.

Uno de los problemas que se seguirán planteando en relación con estos compromisos es el de su efectividad. La formulación de los mismos deja, en muchos casos, abierta la vía de incumplimientos por parte de la empresa, lo que pone de manifiesto la necesidad de establecer mecanismos jurídicos que garanticen su efectividad, como podría ser la regulación que aisladamente aparece en algún convenio sectorial reconociendo la condición de trabajadores fijos de aquellos trabajadores que presten servicios en la empresa mediante contratos de puesta a disposición, desconociendo la cláusula convencional que lo impide o que lo limita a supuestos excepcionales o tasados (convenio colectivo para el Comercio Minorista de Droguería y Herboristería).

De cualquier forma, una pauta que generalmente suele ser común en todas las cláusulas convencionales que regulan la utilización de ETT, tengan un carácter más o menos limitativo, o se limiten a permitir su uso por la empresa, es la preocupación

1 V.gr., en el convenio colectivo de las empresas "Industrias de Óptica, S.A." e "Indóptica, S.A." (centros de L'Hospitalet de Llobregat), el art. 32 establece que "El contrato de puesta a disposición sólo se utilizará por causa coyuntural. Previamente a su utilización, se examinará con la legal representación de los trabajadores las actividades en las que pueda utilizarse, así como sus condiciones y plazo..."; art. 43 del convenio colectivo de la empresa "Siemens S.A.", según el cual "La empresa se compromete a limitar, en lo posible, y a utilizar en los casos estrictamente necesarios las contrataciones a través de ETT. Dichos casos serían los siguientes: -Ausencias imprevistas y de duración incierta (bajas laborales), -vacaciones, -otras circunstancias que puedan ser limitadas en el tiempo y que aconsejen la contratación a través de las ETT, con un límite de tres meses...

2 Art.3.4.3 del convenio colectivo de la empresa "Hispano Química, S.A.": "Ambas partes convienen que sólo se recurrirá a la contratación de personal a través de ETT para cubrir puestos de personal indirecto, en el menor grado posible y utilizando siempre los servicios de empresas que hayan firmado el Convenio de las ETT de Cataluña ..."; art. 58 del Convenio colectivo de la empresa "Teleinformática y Comunicaciones, S.A.U. (TELYCO)": "En la medida de lo posible se evitará la contratación a través de empresas de trabajo temporal y de consultoras externas".

3 Como en el art. 10 del convenio colectivo de la empresa "Fertiberia, S.A."

4 Así, por ejemplo, en el art. 40 del convenio colectivo de la empresa "Thyssen Boetticher, S.A."



por las condiciones laborales –y principalmente las salariales– de los trabajadores de las ETT. De forma que generalmente todas las cláusulas convencionales que se refieren a la posibilidad de utilización de trabajadores de ETT se preocupan de garantizar la equiparación retributiva entre los trabajadores propios de la empresa usuaria, lo que, por otra parte ya garantiza la propia Ley 14/1994 reguladora de las ETT (tras su modificación por la Ley 22/1999, de 16 de julio). Pero es significativo de la preocupación sindical por las condiciones de trabajo de los trabajadores de las ETT el que esta obligación se repita en la mayoría de los convenios colectivos que regulan este tema⁵.

Otra regulación común en las cláusulas convencionales relativas a las ETT son los derechos de información reconocidos legalmente a los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias. Los convenios suelen reiterar la obligación de la empresa de informar a los representantes de los trabajadores en cada centro de trabajo sobre cada contrato de puesta a disposición que celebre, así como del motivo de su utilización, estableciendo un plazo para el cumplimiento de estas obligaciones informativas. Pero normalmente estas cláusulas suelen reproducir la regulación legal, por lo que como regla general se suele establecer un plazo de 10 días siguientes y con entrega de copia básica de dicho contrato, como se prevé legalmente en el art.9 de la Ley de ETT, salvo en aquellos supuestos en que la utilización de las ETT queda condicionada en el convenio al acuerdo previo con el comité de empresa (como se establece, por ejemplo, en el convenio colectivo de la empresa “Printer Industria Gráfica, S.A. (Sant Vicenç dels Horts)”, o cuando en el convenio se prevé el compromiso de no contratar personal a través de ETT, salvo en situaciones excepcionales o de urgencia, de las cuales se habrá de informar a los representantes legales de los trabajadores “a la mayor brevedad” (Acuerdo Marco para el personal de “Altadis, S.A.” y de “Logista, S.A.”).

Con mucha menos frecuencia, sin embargo, en algunos convenios también se pone de manifiesto la preocupación por las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores de la ETT, en cuanto a las actividades y puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por estos trabajadores o las obligaciones de formación previa que deben recibir antes de su incorporación al puesto de trabajo⁶, haciendo referencia así a las disposiciones mínimas reguladas legalmente en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales o en el RD 216/1999, de 5 de febrero.

5 Art. 15 del convenio colectivo de la empresa “Financiera Maderera, S.A. (FINSA)”: “La empresa se compromete a que los trabajadores puestos a su disposición (por las ETT) tendrán los mismos derechos laborales y retributivos que les corresponden a sus propios trabajadores por convenio”; convenio colectivo de la empresa “Seda Solubles, S.L.”, cuyo art. 5 establece que “Las contrataciones que se efectúen con ETT tendrán una retribución del 100% del salario del convenio en la categoría correspondiente”; convenio colectivo de la empresa “Thissen Boetticher, S.A.”; art. 16 del CC de Gamesa Producciones Aeronáuticas, S.A., que reconoce la garantía de equivalencia salarial para los empleados puestos a disposición con respecto a las tablas salariales recogidas en el Convenio; y otros.

6 Art. 10 del convenio colectivo de la empresa “Fertiberia, S.A.”; art. 10.9 del convenio colectivo de las empresas “Praxair España, S.L.”, “Praxais Producción España, S.L.”, “Praxair Soldadura, S.L.” y “Praxair Euroholding”.



En cuanto al fenómeno de la *subcontratación*, su regulación en los convenios empresariales es manifiestamente escasa e insuficiente. La subcontratación empresarial es, como se sabe, el supuesto más típico de la descentralización productiva y ha llegado a convertirse en un fenómeno estructural de la actividad productiva. Dentro de la facultad empresarial de organización del trabajo en la empresa, sin perjuicio de los derechos de información y, en su caso, de audiencia reconocidos a los representantes de los trabajadores, se incluye la facultad de descentralizar parte de la actividad productiva, encargando a otras empresas la realización de obras o servicios necesarios para la actividad de la empresa principal, aunque correspondan a su propio proceso productivo. Se trata, por tanto, del recurso a diferentes formas de exteriorización de la organización del trabajo mediante el establecimiento de procesos de subcontratación a través de diversos negocios jurídicos (contrato de empresa, contrato de ejecución de obra, contrato de arrendamiento de servicios...) que permite la descentralización de funciones, y también normalmente de responsabilidades, por parte de la empresa principal. Sin embargo, la extraordinaria importancia y relevancia de este fenómeno no se corresponde con su tratamiento en la negociación colectiva en general, mucho menos en la negociación a nivel empresarial.

Ciertamente este fenómeno, unido a otros mecanismos de descentralización productiva y de externalización y en general a la aparición de nuevas formas de organización empresarial, están incidiendo en la estructura de la negociación colectiva, apareciendo nuevos ámbitos funcionales y territoriales de negociación o produciéndose modificaciones de los ámbitos existentes para dar cobertura a trabajadores y nuevas empresas que se crean con los procesos descentralizadores (Escudero). Sin embargo, desde el punto de vista de los contenidos de la negociación colectiva sigue existiendo un tratamiento muy pobre de estos procesos descentralizadores, que, sobre todo cuando se trata de la negociación empresarial, en su mayor parte, tiene un objetivo también "defensivo" respecto de la garantía de ocupabilidad y de mantenimiento del empleo de los trabajadores. En coherencia con el tratamiento de la política de empleo, como se ha dicho, básicamente "conservadora", por los convenios colectivos empresariales o de centros de trabajo, la regulación convencional de los procesos de subcontratación se dirige fundamentalmente a impedir que la empresa sustituya a sus trabajadores con el recurso a trabajadores de empresas contratistas o subcontratistas, y por tanto se procura limitar estas posibilidades de externalización de actividades productivas de la empresa principal. Es interesante señalar, a este respecto, que en muchos casos las empresas deciden recurrir a la externalización de actividades en vez de cubrir directamente con trabajadores contratados por ellas los puestos de trabajo que hayan quedado vacantes (muestra de esta práctica es el art. 17 del CC de Saint Gobain Cristalería, S.A., que partiendo del compromiso de que, por la externalización de actividades, no quede excedente ningún trabajador de la empresa, señala a continuación las actividades susceptibles de estos procesos de externalización, indicando, en relación con la posibilidad de subcontratar las actividades de carga y descarga de camiones y las actividades de carretillero, que "*para estas dos actividades la externalización se efectuará en función de las bajas vegetativas que se produzcan*").



Pero no hay aún en la negociación colectiva una respuesta adecuada a este fenómeno cada vez más extendido y con evidentes repercusiones sobre los derechos de los trabajadores. Queda al margen de la negociación colectiva, salvo algunos casos aislados, una intervención decidida (a veces, ni tan siquiera mínima) sobre el control de los procesos de subcontratación, y sobre el recurso empresarial a diferentes formas de exteriorización de la organización del trabajo. Hay que tener en cuenta que la subcontratación requiere de un proceso dinámico de adaptación de los *estatutos del trabajo*, sino se quiere que las garantías laborales operen en un espacio virtual caracterizado por la ineffectividad práctica. El tratamiento de la subcontratación en la negociación colectiva es insuficiente (a pesar de la extensión del fenómeno en diversos sectores y empresas de nuestro país). Parece existir una cierta reticencia del lado empresarial en regular colectivamente el extendido fenómeno de la subcontratación. Aunque no atenúa la crítica a esta deficitaria situación, es posible, sin embargo, pensar que la norma legal promoviera realmente una regulación colectiva al respecto. Una vía podría ser una regulación más detallada al menos en vía de norma dispositiva para la autonomía colectiva. De manera que de no entrar en estos aspectos se aplicara la garantía mínima legal.

Hay que decir que el tratamiento que en la negociación colectiva se hace de las distintas formas exteriorización de la organización del trabajo y, de modo más concreto, del establecimiento de procesos de subcontratación, a través de diversos negocios jurídicos y vías de hecho, es muy pobre e indicativo de que por parte de la representación de los trabajadores no se ha sabido responder adecuadamente a un fenómeno cada vez más extendido y con evidentes repercusiones sobre los derechos de los trabajadores.

En algunos casos, los convenios se limitan a restringir las posibilidades de subcontratación genéricamente mediante la fórmula de declarar que *“las actividades clave de la organización (...) deben de estar cubiertas por personal propio”* de la empresa (como establece el Primer Acuerdo Marco del Grupo Aceralia, art. 14; convenio colectivo de la empresa “Aceralia Transformados, S.A.”, Lesaca, Zalacaín, Legasa, art. 56) o a establecer el propósito de no utilización de la subcontratación (*“en la medida de lo posible se evitará la contratación a través de empresas de trabajo temporal y de consultoras externas”*, art. 58 del convenio colectivo de la empresa “Teleinformática y Comunicaciones, S.A.U. –Telyco”). Pero, en otros muchos casos, las cláusulas convencionales parten del presupuesto de que la subcontratación de actividades forma parte de la libertad de empresa y de las facultades organizativas y directivas del empresario y lo que hacen es introducir garantías respecto a su utilización (v.g., Acuerdo Marco para el personal de “Altadis, S.A.” y “Logista, S.A.”); garantías relativas al mantenimiento de los trabajadores de la empresa frente a la externalización de actividades (*“en ningún caso, por la externalización de actividades, quedará excedente trabajador alguno”*, art. 17 del CC de Saint Gobain Cristalería, S.A.). Ejemplo claro de este tipo de compromisos es el art. 15 del CC de Gamesa Producciones Aeronáuticas, S.A. que recoge una limitación relativa a las empresas de servicios con las que pueda subcontratar la empresa.



Se trata generalmente de cláusulas que reiteran las previsiones legales al respecto o que recogen los requisitos exigidos jurisprudencialmente para garantizar la licitud de estas subcontrataciones frente a posibles cesiones ilegales de trabajadores (así, convenio colectivo de la empresa "Fertiberia, S.A.", Acuerdo Marco para el personal de "Altadis, S.A." y "Logista, S.A."; convenio colectivo de las empresas "Acerías y Forjas de Azcoitia, S.A.", "GSB Acero, S.A." y "GSB Forjas, S.A."; convenio colectivo de la empresa "Bridgestone Firestone Hispania, S.A., art. 150,7). También algunos convenios optan por delimitar expresamente las actividades susceptibles de externalización (art. 17 del CC de Saint Gobain Cristalería, S.A., que expresamente señala como actividades susceptibles de externalización las siguientes: actividades de limpieza y evacuación de desperdicios, actividades para la carga y descarga de camiones, actividades de vigilancia y control, mantenimiento y conservación general de servicios, instalación, edificios, engrase instalaciones, etc.).

Las cláusulas convencionales que se ocupan de la subcontratación suelen recoger derechos de información de los representantes de los trabajadores, aunque la mayor parte de las veces se limitan a reiterar las previsiones legales al respecto. No obstante, en algunos casos estos derechos se refuerzan, previéndose a veces la obligación de negociar con la representación de los trabajadores sobre los procesos de subcontratación que se prevean en la empresa (*"en los casos en que la subcontratación de que se trate pueda afectar al volumen de empleo, la decisión ha de ser negociada previamente con los representantes de los trabajadores"*, señala el art. 28 del convenio colectivo de la "Empresa Nacional Santa Bárbara de Industrias Militares, S.A.")⁸. Pero, en cualquier caso, el problema sigue estando en la dificultad de obtener un adecuado cumplimiento por la empresa de los compromisos asumidos, frente a la cual los representantes de los trabajadores se encuentran con muchas limitaciones, ya que en la mayor parte de las ocasiones lo que se establece son mecanismos de colaboración entre empresa y representantes (del tipo, por ejemplo, de la prevista en el CC de Gamesa Producciones Aeronáuticas: *"El cumplimiento de este compromiso pasa por una correcta colaboración y entendimiento entre la Representación Social y la Representación de la Empresa, acordándose por ambas partes fórmulas que faciliten la consecución de tales compromisos"*).

7 Art.7 del Acuerdo Marco para el personal de "Altadis, S.A." y "Logista, S.A.": Información previa al Comité de Empresa de los siguientes aspectos: Nombre o razón social, domicilio, etc.. de la empresa contratista, objeto y duración de la contrata, motivos por los que se realiza la contratación, lugar de ejecución, número de trabajadores que van a ser ocupados por la contratista, medidas para la prevención de riesgos laborales, garantía de la legalidad de los contratos de la contratista y de que ésta está al corriente en las cotizaciones a la Seguridad Social. Junto a ello se prevén también obligaciones de información al Comité de empresa una vez iniciada ésta, mientras dure. Art. 29 del convenio colectivo de las empresas "Acerías y Forjas de Azcoitia, S.A.", "GSB Acero, S.A." y "GSB Forjas, S.A.": "Contratas.- La empresa podrá contratar con otras la realización de una obra o servicio distinta a la de su actividad. Se establecen los requisitos exigibles a la empresa.

8 Con una previsión de alcance general, la Dispos. Final Sexta del convenio colectivo de la empresa "Neumáticos Michelin, S.A.", de Lasarte-Oria prevé que "A la finalización de las negociaciones y cumpliendo los compromisos contraídos con las partes, la empresa negociará la subcontratación".



Estas cláusulas recogen también, en la mayoría de las ocasiones, previsiones sobre la seguridad y salud de los trabajadores afectados por los procesos de subcontratación. Dichas previsiones ponen de manifiesto claramente la preocupación de los sujetos negociadores por esta cuestión, pero suelen ser una reiteración de la regulación legal (quizás el compromiso reiterado de cumplimiento de las obligaciones legales al respecto tiene ya un importante valor dado el grado de incumplimiento existente, en la medida en que tiene poco sentido establecer mayores compromisos en esta materia cuando hay un reiterado desconocimiento de las obligaciones básicas). Generalmente se trata de reproducir las obligaciones que impone la LPRL y el propio ET: obligación genérica de velar por la seguridad y salud de los trabajadores afectados por procesos de subcontratación, obligación de la empresa de vigilar el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas y subcontratistas, información sobre los riesgos inherentes al puesto de trabajo y sobre las medidas de seguridad establecidas, formación en materia de prevención a los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista que prestan servicios en la empresa principal, y, sobre todo, la obligación de coordinación de actividades empresariales entre la empresa principal y la contratista que establece el art. 24 LPRL (convenio colectivo de la empresa “Neumáticos Michelin, S.A.” de Lasarte-Oria, convenio colectivo de la empresa “Petroquímica Española, S.L. –PETRESA”, convenio colectivo de la empresa “Telefónica España”...).

Uno de los principales problemas que se ha puesto de manifiesto en la doctrina en relación con los procesos de subcontratación consiste en que las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que prestan servicios en la empresa principal suelen ser peores que las de los trabajadores propios de la empresa principal. A éstos se les dispensa un mayor nivel de protección de sus derechos laborales, en tanto que a los trabajadores de las empresas contratistas se les aplican convenios colectivos mucho menos garantistas y de contenido más flexibilizador, produciéndose notables diferencias en las condiciones de trabajo entre ambos colectivos de trabajadores. Se trata claramente de una estrategia buscada por los procesos de externalización productiva.

Frente a ello, se puede proponer la necesidad de establecer mecanismos específicos de negociación interempresarial a través de la celebración de acuerdos entre el empresario principal y las empresas contratistas y subcontratistas que regulen las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por los procesos de subcontratación. En esta línea parece inscribirse la Dispos. Trans. 1ª del convenio colectivo de la empresa “Talleres Protegidos Gureak, S.A.”⁹: *“Al objeto de favorecer el empleo en situaciones de mercado regular ordinario (Enclaves) se podrán pactar condiciones laborales particulares en dependencia de los acuerdos existentes que en su caso se pudieran pactar entre Gureak y*

9 Esta empresa se define como “Organización creada para generar y gestionar oportunidades laborales estables y lo más adaptadas posible a las limitaciones de las personas con discapacidad, prioritariamente aquéllas afectadas por una deficiencia mental en Guipúzcoa, y que incluye el personal minusválido con contrato de trabajo de carácter especial regulado por el RD 1368/85, de 17 de julio...”



la Empresa cliente receptora de las personas que realizarán los servicios de que se trate. Estas condiciones particulares se recogerán en los contratos de trabajo de las personas promocionadas al exterior". Esta cláusula debe entenderse, así, en el sentido de que a través de los acuerdos adoptados entre la empresa contratista (Gureak, en este caso) y la empresa principal (que se inscribiría en las experiencias conocidas como "cartas de subcontratación", vid. Escudero), los derechos de los trabajadores afectados por la subcontratación se equiparen a los derechos propios de la empresa cliente; en ningún caso podría entenderse esta previsión como un mecanismo de individualización de las relaciones de trabajo que pudiera tener un alcance "in peius", o una ruptura de la eficacia normativa general del convenio colectivo, ya que las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la celebración de la contrata recogidas en sus contratos de trabajo no pueden en ningún caso ser inferiores a las condiciones reguladas en el convenio colectivo. De forma que estas condiciones particulares recogidas en el contrato de trabajo a las que se refiere la citada Dispos. Trans.1ª del convenio colectivo de la empresa Gureak, deben, en cualquier caso, mejorar la regulación convencional.

5. Tratamiento de los mecanismos de gestión indirecta en el Pacto Social de mayo de 2006

5.1. Lo que aporta el Pacto Social de 2006

La reforma laboral actual no realiza una aportación sustancialmente relevante para resolver los graves problemas regulativos que plantean los supuestos de externalización de actividades y servicios. Aun así no puede tampoco infravalorarse las aportaciones que incorpora en nuestro modelo de regulación de los mecanismos de gestión indirecta de mano de obra.

En la introducción del Pacto Social se observa que uno de los objetivos de la reforma es el establecimiento de medidas para introducir mayor *transparencia* en la subcontratación de obras y servicios entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo.

(a) Así a propósito de la "cesión ilegal de trabajadores" se produce una inclusión de la interposición fraudulenta en contratas. En el nuevo apartado 2 del art.43 de la LET se añade un nuevo párrafo según el cual "En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de actividad o de organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

(b) En la regulación directa de las contratas y subcontratas se busca, ante todo, la mejora del sistema de garantías colectivas.



La primer garantía, concierne a la exigencia de crear un “Libro de registro” de la cadena de cadena de contratas (“Cuando las empresas principal, contratista o subcontrata compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un Libro de Registro” en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes de los trabajadores”; cfr. art.42.4 de la LET). El Libro Registro puede ser un instrumento útil que llevar a cabo un control y una coordinación de la actividad sindical ante la creciente práctica de descentralización productiva.

La segunda garantía, es relativa a la representación “mediatizada” a través de las instancias representativas de la empresa. El nuevo apartado 6 del art. 42 de la LET dispone que “Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Lo dispuesto en este párrafo no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende”. Esta reforma acordada pretende favorecer que los trabajadores de la plantilla de las empresas contratistas y subcontratistas tengan una adecuada defensa colectiva, permitiendo, por otra parte, que pueda realizarse una acción sindical más coordinada y eficiente.

La tercera media de garantía, incide sobre el derecho de reunión para la coordinación de los representantes de los trabajadores. Al efecto, el nuevo apartado 7 del art. 42 de la LET dispone que “Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando *compartan* de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en los términos previstos en el art. 81 ET. La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación”. Las diversas representaciones colectivas que comparten un mismo centro de trabajo tienen derecho a reunirse a efectos de coordinación de su actividad sindical. Por otra parte, la aplicación práctica de este derecho está vinculada a poder utilizar los locales en la empresa principal. Apunta a una capacidad de representación, ámbito de actuación específica para tales casos a determinar por la Ley y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación.

La cuarta garantía, hace referencia a lo locales para reuniones de coordinación sindical. Se reforma en tal sentido el art.81 de la LET. En la redacción propuesta el art.81 de la LET dispone que “en las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tableros de anuncios”. Se añade, en virtud del Acuerdo político-social un nuevo párrafo a continuación, a cuyo tenor que “La representación



legal de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la inspección de trabajo". Es de señalar que existe en el precepto un llamamiento a un Acuerdo colectivo de empresa que determina las condiciones de utilización de los locales. En caso de discrepancias éstas se resolverán por la autoridad laboral, pero llama la atención el que no se haya remitido expresamente a los procedimientos extrajudiciales autónomos, aunque la norma no parece impedirlo.

(c) En materia de subcontratación es importante la *el Proyecto de Ley paralela al proceso de reforma laboral relativa a la regulación de la actividad de subcontratación en el sector de la construcción* (2006). En él se contiene dos medidas de garantía laboral: En primer lugar, introduce límites la cadena de subcontrataciones: se limita a tres los escalones de la cadena de subcontratación, salvo circunstancias de fuerza mayor ajenas al desarrollo de la obra. Y a un solo nivel en caso de actividades de mano de obra intensiva. En segundo lugar, se obliga a los subcontratistas a contar con una plantilla fija de un 30%, en un porcentaje de aplicación progresiva (dilatada a tres años).

(d) En lo que se refiere a las ETT, la incidencia de la reforma laboral pactada es mínima. A destacar la previsión de una reducción de cotizaciones empresariales a través de la modificación del art.110.9 de la LPGE para 2006. En tal sentido, se establece que "se igualará la cotización empresarial por desempleo de los contratos de duración determinada a tiempo completo celebrados por las ETT a la contratación de duración determinada *directa*, pasando del actual 7, 70% al 6, 70 % desde el 1 de julio de 2006". Es una reducción de un punto menos, como medida de apoyo económico-laboral a la actividad realizadas por la ETT.

5.2. Insuficiencias: La reforma laboral no ha resuelto varios problemas fundamentales en la gestión indirecta de mano de obra

Si se confronta la regulación actual de los mecanismos de gestión indirecta de la mano de obra con las innovaciones que pretende incorporar la reforma laboral pactada, se aprecian importantes insuficiencias de las mismas para resolver importantes problemas planteados en estas formas de gestión indirecta. Sin ánimo de exhaustividad podrían citarse, como mínimo, las siguientes:

- Concretar la coordinación de actividades empresariales en el trabajo en régimen de ETT. Atención preventiva a los riesgos profesionales. Porque el art. 24 LPRL parece estar montado más para los supuestos de subcontratación.

- Establecimiento de una negociación colectiva para la empresa-red de subcontratación. El marco legal vigente (artículos 87-88 de la LET) es insuficiente. La alternativa posible sería potenciar la negociación de "empresa-red" de subcontratación, la cual debería tener plena acogida y promoción en el modelo legal de negociación colectiva.



- No se ha reformado el supuesto de hecho ex art.42 LET en el sentido de su necesaria *ampliación* para abarcar efectivamente los nuevos supuestos de *subcontratación* (especialmente en el sector de servicios). Se debería clarificar el alcance del término contrata y sus límites y de otros instrumentos jurídicos que formalizan la subcontratación productiva y funcional. Y, sobre todo, se debería precisar la noción de “propia actividad” y sus límites, en un sentido omnicomprendivo de actividades inherentes e indispensables para el desarrollo de la actividad empresarial.

-No se ha *clarificado y precisado* el supuesto de hecho del art.44 LET en el sentido de garantizar su aplicación (y las condiciones específica que es se efectúe) a los supuestos de cambio de titularidad en contratas y subcontratas. A fin de incorporar la doctrina del TJCE y la muy matizada que está aplicando ya nuestro propio Tribunal Supremo.

- Prohibición del uso de los contratos para obra o servicio determinado para la duración del encargo: El contrato de obra o servicio determinado vincula la temporalidad a la duración de la contrata (criterio admitido por la doctrina del Tribunal Supremo). Esta vinculación al encargo (objeto de la contrata) impide la efectividad de dos tipos de garantías: 1º) Consolidar la estabilidad en el empleo en la empresa contratista o subcontratista; 2º) Impide (desviadamente) la norma aplicación del principio legal y convencional de sucesión o subrogación empresarial en los supuestos de cambio de titularidad en contratas o subcontratas.

- Sería preciso replantear el modelo de vinculación jurídica entre la ETT y los trabajadores “cedidos” en misión: Se debería de pasar del temporal predominante al indefinido de prestación discontinúa. Este sería, desde luego, un modelo de vinculación iuslaboral más garantista.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ



LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS A TRAVÉS DE LOS MECANISMOS DE ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

Sobre La Solución Extrajudicial de Conflictos.
Cádiz, 27 y 28 de octubre de 2006.

José M. Morales Ortega

Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Málaga

1. Presentación

1.1. Planteamiento del tema

1.1.1. Cádiz es la provincia de Andalucía con mayor tasa de actividad negociadora. En la actualidad, y según la memoria del CARL, existen 140 convenios colectivos vigentes –seguida de Sevilla con 133–. Sin embargo, este dato no significa que abarque a un número de empresas y trabajadores, en el conjunto de Andalucía, importante. Exactamente, el 7.30% de empresas y el 9.56% de trabajadores.

1.1.2. De esos 140 convenios, la mayoría, son revisados y, dentro de éstos, el mayor porcentaje es de convenios de empresa. Así, convenios originarios hay 41 –7 de sector y 34 de empresas– mientras que revisados 99 –22 de sector y de 77 de empresas.

1.1.3. Como puede preverse, la desagregación de datos permite observar que de todos los convenios existentes en Cádiz, el mayor número de trabajadores con cobertura convencional se da en el sector de la construcción –31.218–; mientras que, por el lado de las empresas, la hostelería –6.000–.

1.1.4. Descendiendo a los convenios colectivos. El muestreo se ha hecho sobre convenios de Cádiz y provincia.

1.1.5. Se ha escogido convenios, entre otros, del ámbito del golf, transportes de viajeros, hostelería, industria almadrabera; o empresas de relevancia social, como el ayuntamiento de Cádiz, Acerinox o Europa Ferrys, SA (personal de flota).



2. Administración del convenio colectivo: gestión del convenio

2.1. Concepto

2.1.1. Con independencia del carácter de norma del convenio colectivo estatutario en nuestro ordenamiento jurídico; no podemos olvidar su naturaleza contractual, que condiciona su fisonomía y, lo que es más importante, concede a los firmantes un papel privilegiado y protagonista en la fase de vigencia y aplicación del acuerdo.

2.1.2. Para los firmantes del convenio, éste es un conjunto de cláusulas interdependientes, es decir, una unidad inescindible.

2.1.3. Definición: la actividad de contenido negociador llevada a cabo por los firmantes del convenio o por sus representantes que, amparadas en el oportuno acto de delegación, aseguran la gestión y perfeccionamiento del convenio colectivo.

2.1.4. La administración es una manifestación del derecho a negociar aunque sujeta a los términos pactados convencionalmente y de titularidad exclusiva de los sujetos firmantes del correspondiente convenio colectivo. Una negociación de ejecución.

2.2. El derecho de libertad sindical tiene como contenido esencial, entre otros, el derecho abstracto a negociar pero no a negociar conforme a un modelo concreto y determinado como es el regulado en el Título III del ET. Por tanto, el derecho a la negociación colectiva, como parte integrante o manifestación del derecho de libertad sindical, sólo queda conculcado cuando algún sujeto titular del mismo queda excluido de manera arbitraria e injustificada de un acto de contenido negociador. Esta arbitrariedad no existe cuando un sujeto, libre y voluntariamente, se autoexcluye de la negociación, por lo que después no puede reclamar su intervención en una negociación que toma causa en el negocio jurídico del que se negó a formar parte. Así, debe asumir las consecuencias derivadas de su acto.

2.3. Acto de delegación: es la declaración de voluntad realizada por los firmantes, y contenida en el convenio colectivo, por la cual se autoriza a la comisión paritaria, o a cualquier otro órgano a realizar las correspondientes tareas de administración convencional. Este acto de delegación al formar parte del equilibrio contractual y porque forma parte de éste ha de ser ejecutado por sus creadores y artífices durante la vigencia de sus acuerdos colectivos.

Art. 19 del Convenio de la Empresa Vistahermosa Club de Golf de El Puerto de Santa María: *“cualesquiera otras que tiendan a la eficacia del convenio”*.

Art. 2 del Convenio del Ayuntamiento de Cádiz: *“la interpretación y eventual modificación o reforma de los preceptos del presente convenio colectivo corresponde en exclusiva a la CP”*.



DF VI del Convenio del Ayuntamiento de Cádiz: *“se negociará y creará en el nivel 3 un nuevo escalón retributivo a negociar en la CP”*. Existen otros muchos ejemplos, de este tipo, en este convenio colectivo.

2.4. El carácter estático de nuestro sistema negociador ha conllevado desprestigiar y menospreciar la fase de vigencia del convenio colectivo; e impedir esta negociación de desarrollo.

2.5. Rechazo a competencias negociadoras por la CP. Este es perfectamente posible que se pacte en convenio; sin embargo, tales afirmaciones son fruto, más bien, de la inercia histórica en esa materia.

STCo: la administración no supone facultades reguladoras en sentido propio o los firmantes tienen facultades normativas pero no negociadoras.

DFI del Convenio de la Asociación de la Prensa de Cádiz: *“quedará fuera de las competencias de la presente comisión, la negociación de nuevas condiciones o inclusión de nuevo artículo al contemplado por el presente Acuerdo, salvo las incorporadas al mismo por aplicación de la legislación que en cada caso se encuentre vigente”*.

2.6. Sujetos con capacidad para administrar –o gestionar– el convenio colectivo:

2.6.1. Firmantes.

2.6.2. Sus representantes.

2.6.3. Terceros designados y elegidos por los firmantes o por sus representantes.

2.6.3.1. Heterogestión: Esta es muy frecuente en relación con los medios extrajudiciales. Supone darle un importante protagonismo a esos terceros; sobre todo cuando su tarea sobrepasa las propiamente resolutorias como puede ser las de revisión o integración del convenio colectivo. Esta heterogestión no resulta aconsejable, ya que, a fin de cuentas, está permitiendo la intromisión –autorizada pero intromisión– de terceros en el equilibrio interno del convenio colectivo.

3. Comisión Paritaria (o los propios firmantes)

4. Aspectos Orgánicos de la comisión paritaria

4.1.1. Representación de los firmantes. Mismas personas, personas físicas, que en la comisión negociadora.

Art. 6 del Convenio de Transportes de Viajeros: *“ambas representaciones guardará la misma proporcionalidad de representatividad que tenía en la Comisión Negociadora del Convenio”*.



Art. 47 del Convenio de Hostelería: *“elegidos todos ellos de entre los componentes de la comisión negociadora de este convenio”.*

Art. 36 del Convenio de Europa Ferrys, SA (Personal de flota): *“compuesta por y entre los componentes de cada una de las comisiones deliberadoras que han negociado este convenio”.*

4.1.2. No es un tercero en relación con los conflictos casualizados en el convenio colectivo que la instituye. Imposibilidad de que actúe como tercero neutral e imparcial. Diferenciación con la comisión negociadora.

Art. 19 del Convenio de la Empresa Vistahermosa Club de Golf de El Puerto de Santa María (arbitraje en los problemas de las partes).

Art. 47 del Convenio de Hostelería: *“conciliación de aquellos problemas o cuestiones que le sean sometidas a las partes”.*

Art. 7 del Convenio de Oficinas y Despachos: *“la CP tendrá competencias de mediación a cuantas cuestiones o conflictos le sean sometidos tanto a través de las Organizaciones Empresariales como Sindicales firmantes del Convenio”.*

Art. 25 del Convenio del Depósito Franco de Algeciras Sociedad General de las Bahías de Algeciras y Cádiz, SA: *“con finalidad conciliadora y mediadora entre las partes del convenio y para entender de cuantas cuestiones...se crea” una CP.*

Un supuesto en el que la CP sí puede actuar como tercero; **art. 67 del Convenio del Ayuntamiento de Cádiz.** De acuerdo con éste, cuando tras el reconocimiento médico *“se descubriese en algún trabajador incapacidad para el desarrollo de sus funciones, la Corporación, de mutuo convenio con el empleado procurará destinarlo a otra puesto de trabajo....en caso de conflicto intervendrá como mediadora la CP que analizará y propondrá las posibles soluciones”.*

4.1.3. Miembros de las comisiones paritarias

Art. 7 del Convenio de Oficinas y Despachos: *“cada parte podrá designar un asesor y modificar los representantes establecidos con anterioridad”.*

Art. 5 del Convenio del Ayuntamiento de Cádiz: *“las funciones de secretaría de la comisión serán desempeñadas por un funcionario del servicio de personal, que asistirá con voz y sin voto”.*

4.1.4. Comisiones monográficas y subcomisiones (descentralización por razón de la materia o por razón del territorio).

4.1.4.1. Subcomisiones



Art. 47 del Convenio de Hostelería: subcomisión creada para el seguimiento de la contratación a tiempo parcial y de los contratos formativos. Los acuerdos de la misma servirán para una futura negociación del convenio.

Art. 5 del Convenio del Ayuntamiento de Cádiz: *“a los efectos de agilizar los trámites existirá una subcomisión específica de la CP”.*

4.1.4.2. Comisiones Monográficas

Comisiones de resolución de conflictos: los firmantes crean órganos específicos encargados de solventar las controversias, tanto individuales como colectivas, nacidas de la aplicación y/o interpretación del convenio colectivo en general o de materias concretas.

Art. 18 del Convenio de La Almoraima: *“se creará una comisión paritaria constituida por representantes del comité de empresa y de la dirección de la misma, encargada de evaluar las peticiones de ayudas para estudios y la distribución de los importes de las mismas entre los solicitantes”.* Otra Comisión monográfica, en este caso, para el estudio de las situaciones de jubilaciones anticipadas, incapacidades laborales, etc –DFI–.

Art. 5 del Convenio del Ayuntamiento de Cádiz: comisión de seguimiento de bajas.

5. Aspectos procedimentales

5.1. Reglamento autónomo y reglamento enclausulado

5.2. Imposibilidad de reconducir estos aspectos debido a la libertad de los negociadores

Art. 6 del Convenio de Transportes de Viajeros: *“deberán dirigirse por escrito”.*

Art. 46 del Convenio de Informática de Cádiz, SA: Un procedimiento relativamente detallado.

Art. 5 del Convenio del Ayuntamiento de Cádiz.

5.3. Diferenciación con respecto a que actúe como órgano negociador o simplemente como un procedimiento de solución de conflictos. Modus operandi (negociación). Actuación previa situación conflictiva; régimen ordinario de las reuniones.

5.4. Paridad: Simetría numérica. Forma de adoptar los acuerdos. Siempre es mejor que no haya acuerdos a que los haya en perjuicio de los trabajadores.



Art. 6 del Convenio de Transportes de Viajeros: Tres por cada parte; los acuerdos serán adoptados por la mayoría de los miembros de cada parte integrante de la Comisión paritaria.

Art. 7 del Convenio de Oficinas y Despachos: Los acuerdos deben ser adoptados por mayoría; y, de igual forma, **art. 47 del Convenio de Hostelería.**

Art. 5 del Convenio del Ayuntamiento de Cádiz: *“en todo caso se reconoce el valor paritario de las votaciones, mediante la delegación del voto”.* Por mayoría. En principio, parece que el convenio adopta la acepción correcta de paridad; sin embargo, en el momento en el que precisa que los acuerdos serán adoptados por mayoría se está negando dicha posibilidad.

Hay ocasiones, como en el **art. 32 del Convenio de las empresas dedicadas a la comercialización al por mayor de frutas y hortalizas para Cádiz capital**, en la que la regla exigida es la de la unanimidad.

No he encontrado ningún convenio de Cádiz o provincia que contenga un adecuado y acertado concepto de paridad.

5.5. Procedimientos para resolver las discrepancias nacidas en el seno de la CP. Estos son los medios extrajudiciales de solución de conflictos, con lo que se está patrocinando los mismos. Y aquí los convenios suelen equiparar la falta de acuerdo al hecho de que en el plazo previsto la CP no haya resuelto. La apuesta más clara de los firmantes es por el arbitraje, puesto que éste siempre da una solución al conflicto; y, además, porque la conciliación y la mediación, al ser medios de negociación asistida, permiten mantener la bilateralidad propia de toda negociación y, por ello, resultan disfuncionales de cara a la resolución de la discrepancia, puesto que, por lógica, se mantendrán las posturas encontradas en el seno de la CP.

Es más, este tipo de conflictos tiene cabida en el ámbito objetivo de los Acuerdos Marco tales como el ASEC.

Art. 46 del Convenio de Informática de Cádiz, SA: *“de no alcanzarse acuerdo, la Comisión levantará el acta correspondiente, dando traslado la misma, junto con la información de que se disponga al árbitro cuya designación corresponderá a la propia CP. El laudo arbitral deberá ser motivado y notificado a las partes en conflicto en el plazo máximo de diez días hábiles desde el inicio de su actuación. El laudo arbitral tendrá carácter vinculante y obligado cumplimiento”.*

6. Aspectos funcionales

6.1. Abstencionismo legal –sólo tres preceptos se refieren a la misma, los art. 85.3.e) y 91 del ET y el art. 2.e) del RD 1040/81 sobre registro y depósito de convenio colectivo–. Protagonismo de los interlocutores sociales. Inercia y pobreza de contenidos



convencionales. Convenios, que no la contemplan –de acuerdo con la memoria del CARL de 2003, el 98.07% de los convenios andaluces contenían a la CP– o que lo hacen con un valor meramente testimonial. **Ordenamiento sindical perfecto.**

6.2. La comisión paritaria como órgano de resolución de conflictos. Recordar que no es un tercero. Es una genérica y habitual competencia de la CP en nuestra negociación colectiva.

Art. 6 del Convenio de Transportes de Viajeros: *“resolverá las discrepancias y cuantas cuestiones se derivan del mismo”.*

La significación de los medios autónomos tras los Acuerdos Marco de resolución de conflictos. En ninguno de los convenios analizados existe referencia a un medio heterónimo propio. Cláusulas convencionales, que hacen referencia a la CP como titular de determinadas funciones conectados con dichos Acuerdos.

Art. 7 del Convenio de Oficinas y Despachos: *“la Comisión podrá acordar la designación de uno o más árbitros externos para la solución de un conflicto determinado a través del SERCLA”.*

6.3. Relación medios extrajudiciales y conflictividad.

7. Tratamiento en los acuerdos marco: dos vertientes

7.1. ASEC, SERCLA (Galicia, Canarias, País Vasco, Madrid, Baleares, etc): es un trámite previo y obligatorio.

ASEC: Potencia la CP al fijar, en su art. 10, su preceptiva intervención –*“sin la cual no podrá dársele trámite”*– en los conflictos jurídicos nacidos del correspondiente convenio colectivo.

- a) Se extiende a cualquier pacto (no sólo al convenio estatutario)
- b) El requisito se cumplirá tanto si hay sometimiento como si, a falta de requerimiento temporal, pasan 15 días sin que la CP haya contestado.
- c) De no tener competencias, según el convenio, la CP de resolución de conflictos, se podrá acudir directamente al ASEC indicando que se ha agotado el trámite ante el órgano paritario.

SERCLA: Es absolutamente imprescindible haber agotado el trámite ante la CP (o que haya pasado el plazo previsto convencionalmente o 30 días).



8. La cp en la negociación colectiva ordinaria

8.1. Conflictos sometidos a la CP.

8.1.1. Conflictos colectivos

Se excluye, en líneas generales, a los conflictos individuales. El argumento es una vez más la defensa a ultranza de la imposibilidad, por los representantes de los trabajadores, de disponer y renunciar a derechos de titularidad individual, la que sirve de soporte para dicha exclusión cuando, por el contra, es la necesaria promoción de los medios extrajudiciales, la que debiera justificar su inclusión. No sólo, que también, por la significación que la vías extrajudiciales puede tener en la resolución de conflictos individuales sino, igualmente, por el hecho de que siempre, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, queda abierta la vía judicial, que depuraría, en el caso de darse, los posibles abusos e ilegalidades de la correspondiente resolución extrajudicial.

No obstante, algún precepto se puede encontrar como el **art. 5 del Convenio del Ayuntamiento de Cádiz** al indicar que la CP entenderá *“de cuantos conflictos de trabajo, individuales y colectivos puedan surgir en la aplicación de este texto”*. Y este mismo artículo añade que esta CP *“asume la mediación en las reclamaciones individuales o de conflictos de intereses”*.

8.1.2. Conflictos jurídicos

La administración convencional no es un conflicto de intereses. Esta afirmación es fruto de que la administración supone una negociación, con la que se está ejecutando el convenio colectivo. De forma que, en realidad, con la misma se está dando cumplimiento al convenio. Así la parte incumplidora podrá, de tener la comisión paritaria, competencias a estos efectos, ser llevada por la contraparte ante la CP para así reclamar el cumplimiento de la oportuna cláusula. Lo que no significa, en última instancia, obligarla a obtener el acuerdo sino a mostrar su disposición, conforme a la reglas de la buena fe, para alcanzarlo.

9. Interpretación general e interpretación aplicativa

9.1. Interpretación aplicativa

9.1.1. Concepto

Aclaración de una norma preexistente, que requiere de sus términos al haber parte de los sujetos afectados por ella que la interpretan de manera divergente.

Art. 24 del Convenio de La Almoraima: *“así como las diferentes interpretaciones que tuvieran lugar, de cualquier artículo del”* Convenio. Y curiosamente, este convenio, en la **DF IV**, crea otra CP con idéntica competencia de interpretación.

Art. 2 del Convenio de Europa Ferrys, SA (Personal de flota): *“cuando la interpretación del texto del convenio se prestase a soluciones dudosas, se recurrirá en primer lugar a la CP y en caso de desacuerdo a la **autoridad laboral**”*.



9.1.2. Cláusula de estilo: previa, preceptiva e inexcusable.

Art. 7 del Convenio de Oficinas y Despachos: *“en los conflictos colectivos en el intento de solución de las divergencias laborales a través de la CP, tendrá carácter preferente, constituyéndose trámite preceptivo, previo e inexcusable, para el acceso a la vía de conciliación y/o arbitraje establecidos en el SERCLA”.*

9.1.2.1. Trámite previo. Descrédito a los medios extrajudiciales.

STC 217/91: *“un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales...ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo...la intervención de la CP...es, pues, una manifestación del principio de autonomía colectiva, y más concretamente del derecho de negociación colectiva y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, entre las que se encuentran no sólo el planteamiento del conflicto sino también las de crear medios propios y autónomos para solventarlo” (FJ5).*

9.1.2.2. Preceptivo e inexcusable

No se trata de un requisito de procedibilidad, ya que estos sólo lo pueden instituir las leyes procesales sino de un requisito preprocesal de origen convencional.

SSTSJ del País Vasco 5104/98 y 5458/98: *“el trámite que establece viene a suponer una restricción en el acceso al proceso, al retrasarlo, sin causa suficiente que justifique la demora, dado que las partes afectadas por el mismo ya tienen un trámite previo al que han de acudir para intentar evitarlo, como es el acto de conciliación ante la autoridad laboral, lo que le hace inaplicable al violentar el derecho fundamental que nuestra Constitución consagra a una tutela judicial efectiva...al tiempo que vulnera lo dispuesto en su art. 117.3 en cuanto reserva al legislador la facultad de dictar normas reguladoras del procedimiento para administrar justicia y éste no ha dispuesto más vía previa al proceso que el acto de conciliación...sin que desde luego pueda entenderse que un mandato como el contenido en el art. 85.3.e) del ET constituya un cheque en blanco a los negociadores de los convenios colectivo para que puedan dar a la CP del mismo cuantas funciones se les ocurra”.*

De lo contrario, se estaría permitiendo el incumplimiento del convenio colectivo además de que estaría menospreciando los medios extrajudiciales.

9.1.3. Compartirla con los órganos jurisdiccionales

Art. 91 del ET: *“Con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias, de conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos, se resolverá por la jurisdicción competente”.*

9.1.4. Engranaje: CP à MEDIOS EXTRAJUDICIALES (recordar su tratamiento en los Acuerdos Marco) à MEDIOS JUDICIALES



Art. 6 del Convenio de Transportes de Viajeros: *“en el caso de que no se llegara a acuerdo entre los miembros de la comisión mixta paritaria en el plazo de 7 días hábiles después de haber celebrado la reunión, la comisión elevará el acta de la misma a los interesados, donde se recogerá la posición de las partes, con el fin de que las partes puedan expedir la vía para acudir a los órganos de la jurisdicción laboral o a aquellos otros que las partes acuerden para la resolución del conflicto”*. Y con parecidas palabras, la **DF IV del Convenio de La Almoraima; Cláusula Adicional III del Convenio de la Industria Almadradera de Barbate, Tarifa y todos los centros de trabajo de la provincia de Cádiz; art. 47 del Convenio de Hostelería** (*“la comisión intervendrá preceptivamente en estas materias, dejando a salvo la libertad de las partes para, agotado este campo, proceder en consecuencia”*); **art. 5 del Convenio del Ayuntamiento de Cádiz; art. 7 del Convenio de Acerinox, SA** (SERCLA y órganos jurisdiccionales).

Convertir a la CP en una auténtica primera instancia en la resolución de conflictos. Y lo que es más importante haciendo entender a los destinatarios de la norma el papel de este órgano en la resolución de conflictos.

9.1.5. Interpretación auténtica

art. 19 del Convenio de la Empresa Vistahermosa Club de Golf de El Puerto de Santa María. Valor de las resoluciones: la vinculabilidad de las resoluciones cede a favor del art. 24 de la CE. Prueba valiosa. Aunque no lo vincule probablemente sí condicionará su decisión.

9.2. Interpretación general

9.2.1. Concepto

Cláusulas ambiguas o genéricas: soluciones intermedias nacidas de delicados equilibrios negociales, que cuentan con el beneplácito de ambas partes. Por consiguiente, son cláusulas intencionadamente ambiguas. Estas cláusulas, para su aplicación, requieren necesariamente de una previa actuación normativa de los firmantes, ya que la ambigüedad o generalidad no es fruto de una interpretación divergente sino que nace de la propia necesidad de que el acuerdo se aplicado. Es una **interpretación integradora**.

Dificultad: se suelen reproducir los problemas que durante la negociación del convenio ocasionaron la ambigüedad de la cláusula.

9.2.2. El Convenio del Ayuntamiento de Cádiz contempla de interpretación general; entre todos ellos, se va a destacar los siguientes:

Art. 34: *“corresponde a la CP determinar si en el plus de convenio e incentivo de productividad está ya incluida la jefatura de equipo, si ésta será de carácter permanente o no, así como la designación del trabajador que percibirá dicho complemento”*.

Art. 41: *“corresponde a la CP determinar su aplicación a los puestos en que concurran las circunstancias incluidas”*.

Es necesario que los actos de delegación sean claros y precisos.



9.2.3. Compatibilidad con los órganos jurisdiccionales. Art. 91 del ET.

9.2.4. Valor de las resoluciones. Incorporación al convenio colectivo. Registro, depósito y publicación.

Art. 6 del Convenio de Transportes de Viajeros: *“la resolución de la Comisión...tendrá los mismos efectos de aplicación que lo establecido en el convenio colectivo”.*

DF IV del Convenio de La Almoraima: *“los acuerdos alcanzados tendrán el mismo valor que el resto de las normas contenidas en el presente convenio”.* Se está refiriendo a un supuesto de interpretación aplicativa.

Art. 5 del Convenio del Ayuntamiento de Cádiz: *“La resolución de la CP tendrá los mismos efectos de aplicación que lo establecido en convenio”.* *“Los acuerdos adoptados en el seno de esta comisión serán vinculantes para ambas partes y tendrán la eficacia del convenio colectivo en aquellos aspectos que supongan la interpretación, aplicación, desarrollo o ejecución de las normas laborales contenidas en el presente convenio”.*

10. Conclusiones

10.1. La comisión paritaria (o cualquier otro órgano de resolución autónoma de conflictos) no se ha visto eclipsada por los acuerdos marco.

10.2. Pese a ello no se le está dando toda la significación que merece (como tampoco se hacía con anterioridad).

10.3. Se debe y se puede potenciar algo más, ya que la gran virtualidad de los medios extrajudiciales está en que conceden todo el protagonismo a las partes (acuerdo más duradero en el tiempo por ser más acorde con sus intereses) en conflicto; además de que no se vulnera el equilibrio interno del convenio colectivo.

JOSÉ M. MORALES ORTEGA



LA SOLUCION EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN ESPAÑA

Sobre Solución Extrajudicial de Conflictos.
Cádiz, 27 y 28 de noviembre 2006.

Francisca Fuentes Rodríguez

Profesora T.E.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

1. Introducción

Quizá una de las características más destacadas del sistema español de relaciones laborales en la actualidad sea el desarrollo y expansión desde hace algunos años de lo que ha dado en llamarse “sistemas de solución extrajudicial de conflictos”.

Y su desarrollo a través de acuerdos fruto del diálogo entre los interlocutores sociales, independientes sí, pero apoyados fuertemente por los poderes públicos, en una clara muestra de lo que es y puede ser el diálogo social.

Ello encaja perfectamente en el marco diseñado por la Constitución de 1978 en cuanto al otorgamiento a los interlocutores sociales de un papel esencial en el desenvolvimiento del sistema de relaciones laborales y de los medios para asumir dicho papel.

En cuanto a los sujetos, y de forma muy breve, debe apuntarse, por un lado, que el artículo 7 de la Constitución establece que los sindicatos de trabajadores y las organizaciones de empresarios contribuyen a la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios. El artículo 28.1, por otro lado, diseña el marco de la titularidad y contenido del derecho de libertad sindical, que se va a configurar como un derecho fundamental.

En cuanto a los medios de actuación, la Constitución va a contemplar expresamente los dos medios de actuación principal de los sujetos colectivos:

- El art. 37.1 reconoce el derecho a la negociación colectiva. Este reconocimiento autónomo no impide que, a su vez, la negociación colectiva sea calificada por el Tribunal Constitucional como contenido esencial del derecho de libertad sindical que recoge el artículo 28.1.

- Se produce, de un lado, el reconocimiento del derecho a la huelga en el artículo 28.2 como derecho fundamental; de otro, el derecho a adoptar medidas de conflicto



colectivo, reconocido en el artículo 372, si bien con un alcance distinto al derecho a la huelga, al no gozar de la calificación de derecho fundamental.

Pese a que el texto constitucional contiene, pues, los elementos necesarios para ello no va a ser, sin embargo, inmediatamente tras la promulgación de ésta a cuando comienza a construirse el modelo de medios de solución extrajudicial, pues el sistema de relaciones no parece estar preparado para ello.

Las razones que se han apuntado en este sentido son tanto la falta de un marco suficiente en el ámbito de la legalidad ordinaria como la propia debilidad de los actores sociales, incapaces en esos momentos de abordar el planteamiento de estos sistemas.

Aún con precedentes señalados en momentos anteriores, que ya hacían presagiar la normalización de la solución extrajudicial de conflictos (los acuerdos más tempranos se producen en el País Vasco, Cataluña, Galicia) va a ser a partir de 1994 cuando se produce una expansión del fenómeno, y ello debido a la confluencia de varios factores:

De un lado, las reformas legales que se producen en ese momento, que van a dotar de un mayor espacio reconocido a la autonomía colectiva frente a la norma legal indisponible, incluyendo una referencia expresa a los medios de solución extrajudicial (mediación y arbitraje)

De otro lado, el cambio en la actitud de los actores sociales, que parece que comienzan a confiar en sus posibilidades de poner en marcha los sistemas y crear un ambiente propicio para el establecimiento de estos procedimientos. A ello contribuye sin duda la experiencia de varios años que aportan los sistemas vascos, catalán y gallego de solución de conflictos.

En 1996 se firma el primer acuerdo de ámbito nacional (ASEC), al que tendremos ocasión de referirnos posteriormente. Con mayor o menor rapidez, un poco antes o un poco después, todas las Comunidades Autónomas asimismo van a contar con un sistema de solución extrajudicial de conflictos.

2. Características del sistema.

2.1. Origen convencional

La primera característica que debe destacarse es que los sistemas de solución extrajudicial de conflictos son fruto del diálogo social. No se trata de un modelo impuesto por el legislador, sino que es la iniciativa de los interlocutores sociales, y su compromiso a través de la negociación colectiva la que sustenta el sistema.

Pero no se trata de cualesquiera interlocutores sociales ni de cualesquiera acuerdos.



Son acuerdos suscritos por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, a tenor de lo dispuesto en el art. 83.3 del estatuto de los Trabajadores, configurándose como “Acuerdos sobre materias concretas”.

2.2. Complejidad

La segunda característica es, sin duda, su complejidad, que se va a manifestar en distintos planos:

De entrada, en la propia denominación. Ni la doctrina ni los acuerdos manejan una única denominación, y nos encontramos con que la terminología que se utiliza para referirse a estos sistemas puede ser la de “extrajudiciales”, “autónomos”, “privados”.

Nosotros hemos preferido en estas Jornadas mantener el calificativo de “extrajudiciales”, y ello por diversos motivos:

De un lado, en el bien conocido binomio de medios de solución de conflictos laborales, solución autónoma (por las propias partes en conflicto)– solución heterónoma (con intervención de terceros, con carácter dirimente o no) en los sistemas que nos ocupan estaríamos hablando de procedimientos heterónomos, pues en cualquier caso interviene un tercero, dirimiendo o no la controversia dependiendo de la modalidad de la que hablemos (conciliación o mediación, de un lado, o arbitraje, de otro).

De otro lado, se trata de en cualquier caso de sistemas de solución de conflictos laborales extramuros de la jurisdicción, puedan ser o no sustitutivos de ésta (esto es, se trate de conflictos jurídicos o de intereses).

Finalmente, su autonomía respecto de los poderes públicos no es ni mucho menos absoluta, puesto que su financiación e incluso su funcionamiento en algunos casos viene relacionado directamente con la Administración (estatal o autonómica) de referencia.

De salida, la complejidad es consecuencia de la diversidad, que se va a manifestar, a su vez, en diversos planos:

De un lado, no hay un único procedimiento. No podemos hablar de un sistema de solución extrajudicial de conflictos, sino de un conjunto, en todo caso de un “sistema de sistemas”.

Existen 17 acuerdos autonómicos y un acuerdo nacional que va a ser aplicable en aquellos supuestos en que el ámbito del conflicto exceda de una Comunidad Autónoma.



De otro lado, no sólo son varios los modelos, sino que tienen características diferentes unos y otros:

Así, en cuanto a los conflictos que pueden ser sometidos a los procedimientos que establecen los acuerdos, en unos casos sólo se contemplan conflictos colectivos (era el caso de Andalucía hasta hace poco); en otros, conflictos individuales y colectivos.

En cuanto a los procedimientos de intervención, en unos casos se contempla la conciliación, la mediación y el arbitraje; en otros, sólo la mediación y el arbitraje; en otros (como el andaluz) el arbitraje y el híbrido conciliación–mediación.

En cuanto a la vinculabilidad de los acuerdos por los que se establecen los sistemas de solución extrajudicial: en unos casos hace falta la adhesión expresa al acuerdo para que éste pueda ser aplicado; en otros, el acuerdo dispone su obligatoriedad en todos los supuestos que contempla.

Finalmente, en cuanto a la forma de articular la aplicación de los acuerdos: en unos casos se hace mediante una fundación, en otros mediante la inserción del procedimiento en la estructura de la Administración.

Esta diversidad implica, por tanto, una dificultad enorme para la homogeneización de sistemas, siquiera sea a efectos expositivos.

2.3. Financiación pública

La totalidad de los acuerdos están acompañados de un compromiso por parte de los poderes públicos de financiación de los sistemas que establecen.

A lo que parece, en la actualidad sigue siendo necesario que sea así si se quiere que los sistemas funcionen, sean aceptados y se conviertan en la vía habitual de solución de conflictos. Como tendencia de futuro, lo deseable, en aras a la auténtica autonomía del sistema, sería que los interlocutores sociales asumiesen la financiación de los sistemas establecidos.

2.4 Operatividad

La última característica que nos gustaría señalar en esta intervención respecto de los sistemas de solución extrajudicial en España es la operatividad de los mismos, en el sentido de eficacia.

Así, a través de estos sistemas se puede abordar la solución de conflictos tanto jurídicos (versan sobre la interpretación o aplicación de una norma preexistente, estatal o convencional), como económicos o de intereses (no nacen de la aplicación ni de la



interpretación de una norma preexistente, sino de la pretensión de sustituir la norma por otra diferente)¹.

Son sistemas gratuitos para las partes que acuden a ellos, lo cual es un incentivo importante para su utilización.

Son sistemas ágiles y flexibles, en los que la celeridad, además, se convierte en un principio inspirador.

Son sistemas, por último, cercanos a las partes, que van generando cada vez más confianza entre empresarios y trabajadores como medio adecuado para resolver sus discrepancias.

3. El modelo de solución extrajudicial de conflictos andaluz en el conjunto del sistema

Partiendo de la base de que los modelos de sistemas de solución extrajudicial de conflictos existentes en las Comunidades Autónomas y el estatal son muy diversos, vamos a hacer una somera exposición del modelo andaluz, como ejemplo cercano de lo que puede ser la solución extrajudicial de conflictos.

Ya desde principios de los años 90 en Andalucía se pone de manifiesto la existencia de un importante debate en torno al establecimiento de un sistema de solución extrajudicial de conflictos. Esta inquietud se plasma tanto en los debates en el seno del CARL como en el Acuerdo para el desarrollo económico y social de Andalucía de 1993 como, de forma importante, en el Pacto Andaluz por el empleo y la actividad productiva, de 1995.

Los compromisos que se plasman en este Pacto cristalizan en la adopción en abril de 1996 del “Acuerdo Interconfederal para la constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales en Andalucía” (SERCLA), suscrito por U.G.T., CC.OO. y la Confederación de Empresarios de Andalucía sobre la base del artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores, configurándose, por tanto, como un acuerdo sobre materias concretas.

La Administración pública andaluza asume el papel de garante de estos acuerdos en la medida en que aporta medios materiales y personales para el establecimiento y desarrollo del sistema de resolución de conflictos.

1 Ciertamente es que esta separación conceptual no está exenta de un cierto grado de artificiosidad, dado que en todos los conflictos late en el fondo una confrontación de intereses, y desde luego una discrepancia que puede traducirse en términos económicos, pero seguimos utilizándola a los efectos de poder diferenciar aquellos conflictos que son susceptibles de ser llevados ante la jurisdicción de aquellos otros que no lo son.



El desarrollo reglamentario se produce en 1998, y a partir de ese momento se pone en funcionamiento el Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales en Andalucía, algunas de cuyas características, muy brevemente expuestas, son las siguientes:

En primer lugar, como ya hemos apuntado, el sistema se instaura a través de un Acuerdo sobre materias concretas de los que regula el artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores, y que se califica como directamente aplicable, sin necesidad de recepción expresa ni de adhesión posterior (STS 30 de enero de 1999).

En segundo lugar, se trata de un sistema paritario, con presencia de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en Andalucía, y cuya administración queda encomendada a dichas organizaciones, quedando de este modo patente su responsabilidad y el compromiso en el empeño.

Los procedimientos que establece son, de un lado, la conciliación–mediación y, de otro, el arbitraje.

La conciliación–mediación, llevada a cabo por una Comisión integrada por miembros de los sindicatos y la organización empresarial firmantes del Acuerdo, en cuanto que conciliación previa a la interposición de la demanda de conflicto colectivo, se configura como sustitutiva del procedimiento administrativo a que se refiere el artículo 155 de la Ley de Procedimiento Laboral. En el resto de los supuestos, cuando alguna de las partes solicita deviene obligatoria para la otra.

El arbitraje se lleva a cabo por los profesionales designados de entre los incluidos en el Colegio de árbitros establecido “ad hoc” y requiere siempre el mutuo acuerdo entre las partes para someterse al mismo.

Se trata de un sistema de ámbito autonómico, pues atiende a la resolución extrajudicial de conflictos que no trasciendan el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Andaluza.

Su ámbito personal, refiere a conflictos que afecten a empresas y trabajadores que desarrollen su actividad en el marco territorial de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de las especificaciones previstas para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía.

Su ámbito funcional, en el Acuerdo inicial de 1996 y hasta 2005, ha estado configurado de la siguiente forma:

- Conflictos colectivos laborales, tanto de intereses como de interpretación y aplicación de normas jurídicas, convenios colectivos o prácticas de empresa suscitados en el ámbito territorial y personal del acuerdo.



- Conflictos surgidos en los períodos de consultas previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores.

- Conflictos causantes de una convocatoria de huelga.

- Conflictos suscitados por la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento durante la huelga.

Pues bien, la novedad más notable en el sistema de solución extrajudicial de conflictos de Andalucía refiere a la ampliación de este ámbito funcional, mediante la inclusión en el mismo de conflictos individuales, si bien no todos y no para toda la Comunidad Autónoma.

En efecto, el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía preveía el establecimiento de un sistema de resolución extrajudicial de conflictos individuales. Esta previsión se plasma en el Acuerdo de 4 de marzo de 2005 y su Reglamento de desarrollo de 22 de septiembre del mismo año.

Aunque, como decimos, no todos los conflictos individuales van a estar incluidos en el ámbito del Acuerdo², y pese a que sólo se ha puesto en marcha en una provincia andaluza³, no cabe duda de que se trata de un paso importante en la configuración del sistema de resolución extrajudicial de conflictos laborales en Andalucía, que consolida la actuación llevada a cabo hasta el momento y avanza en el desarrollo futuro del mismo.

FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ

2 Están incluidas las reclamaciones individuales sobre clasificación profesional, movilidad funcional y trabajos de superior e inferior categoría; las reclamaciones individuales sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; las reclamaciones individuales en materia de traslados y desplazamientos; la determinación del período de disfrute de vacaciones; las discrepancias en materia de licencias, permisos y reducciones de jornada, incluidos los vinculados al cuidado de hijos y familiares; asimismo están incluidas las pretensiones económicas derivadas directa e inmediatamente de las anteriores.

3 La experiencia piloto, por decirlo de alguna manera, se ha limitado a Sevilla.

