



## EL VALOR DE LA TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO EN EL SISTEMA PRODUCTIVO. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

**D.<sup>a</sup> Antonia Aránega Jiménez**

Catedrática de anatomía y embriología humana.  
Universidad de Granada.


Tras años de bonanza económica y sin superar los efectos de la transferencia real del conocimiento, la economía global y la española también, ha entrado en estado de alerta y esto por varias razones: un sistema económico español con riesgos y debilidades importantes, la estructura industrial de nuestro país ha estado basada y polarizada en la concentración del crecimiento en un sector: el de la construcción, concatenado con un enorme endeudamiento familiar, y con un sector industrial con dificultades para exportar, debido a una productividad poco competitiva.

El sistema de Ciencia y Tecnología de nuestro país ha mostrado en los últimos veinte años un avance muy importante y evidente, prueba de ello son los datos que muestran como España ocupa el decimo puesto mundial en cuanto a número de publicaciones científicas y además se ha incrementado de forma notable la inversión pública en I+D. Aun así, tenemos y mantenemos una considerable desconexión entre el sector productivo y las instituciones que generan la ciencia y lideran el desarrollo del conocimiento. En este escenario, ocupan un lugar destacado las Universidades. Además en todos los informes y análisis tanto internos como externos, abundan las recomendaciones de fortalecer las políticas y actuaciones específicas de transferencia.

En estos momentos de crisis global y de intentos de cambio del sistema productivo, parece más que fundado dar prioridad a la generación de mecanismos facilitadores que conduzcan a la transferencia real entre el conocimiento generado en los centros públicos de investigación y el sector industrial y/o empresarial, conquistando el objetivo de incrementar la inversión privada al sistema de I+D.

Es obvio que se plantea un nuevo paradigma que -mediante un neomodelo bidireccional- se consiga que el conocimiento producido se transforme en utilidad específica y que además se acorte los plazos en los que se produce este fenómeno.

Son muchas las Instituciones, Organismos y Foros europeos desde donde se debate y se insiste en la idea de que la transferencia de conocimiento es una herramienta esencial en el desarrollo socio-económico general y se relaciona este binomio directamente con una mejora de la innovación y la productividad de las empresas.



Es en ese contexto es donde se ubica la Nueva Estrategia Universidad 2015, diseñándose un específico **Plan director para la valorización y la transferencia del conocimiento**, con este Plan director se pretende que actúe como un “Estimulador de Acción” desarrollando toda una programación que contempla distintas actuaciones que tienen como finalidad principal la convergencia real con la sociedad. Para ello es necesario el aumento de productividad y la innovación en las empresas, unido a la necesidad de incrementar la cultura emprendedora.

En estos momentos de crisis, en donde se trata de diseñar un modelo productivo diferente, que esté basado -no en estructura especulativa y la desmesurada ambición-, sino en el CONOCIMIENTO como nuevo Paradigma, se plantea con imperiosa necesidad el incrementar la innovación en el sistema productivo y los servicios, ideando estructuras dinámicas que sean capaces de acelerar la virtualidad del Triángulo del Conocimiento y por tanto haciendo real la transferencia del “logro científico” generado en los Laboratorios al ámbito empresarial. Solo así se producirá una nueva tendencia, una forma diferente de hacer de “Palanca del desarrollo” a la “cadena del conocimiento”. Será un distinto Paradigma.

La nueva situación de la economía global, cuyo diagnóstico fue difícil, tiene más compleja la solución: el tratamiento. Pero lo que concilia mayor número de criterios es que se necesitan nuevos modelos productivos y sociales; no es una ocurrencia ni tan siquiera una moda, **es un cambio de estrategia en todos los aspectos existenciales del ser humano**. Solo así, nuestra sociedad será capaz de hacer viable la rentabilidad de la “gestión optimizada del Conocimiento” induciendo un cambio del patrón del sistema productivo, y encontrado la ruta eficaz y eficiente de desarrollo sostenible para los próximos años, comprometiéndose con la prosperidad de las generaciones siguientes y la viabilidad del ecosistema.

Si queremos establecer un compromiso serio, nuestro país, los gobiernos y cada uno de nosotros deberemos de iniciar y llevar a cabo las actuaciones y actitudes necesarias para promover un cambio de cultura integral.

Se ha de incidir en la necesidad de potenciar la Valorización del conocimiento, dado que es una de las carencias más evidentes de los últimos diez años y no es una tarea fácil.

El conocimiento generado es en sí mismo un poderoso activo pero es imprescindible identificar en el valor real para cada mercado y para cada momento, solo así se conseguirá que sea realmente transferible. Esta habilidad de identificación y ubicación de lo que tiene valor y su temporalidad, es lo que verdaderamente le aporta el valor añadido a corto o medio plazo. Pero esto no lo puede realizar cualquier aficionado de forma voluntarista, lo tiene que llevar a cabo un especialista, un experto. De aquí la necesidad imperiosa de generar nuevas estructuras o entidades público-privadas sectoriales y especializadas en la gestión de la valorización y de su posterior comercialización que consiga de forma eficiente esta Valorización en las mejores condiciones. Parece razonable que con esta estructura se consiga que las patentes no sean solo curriculares sino también industriales.



Para ello el Gobierno ha diseñado el **PLAN DIRECTOR PARA LA VALORIZACION Y LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA** (2008-2011)

Este Plan Director tiene como objetivos:

- Identificar las directrices necesarias para una potenciación de la Valorización y Transferencia de Conocimiento y tecnología y
- Proponer los Programas y medidas para su incorporación a las Líneas Instrumentales de actuación del Plan Nacional de Investigación 2008-2011.

Estos objetivos permitirán

- Valorizar correctamente los resultados de la investigación generada tanto por el sector público como por el privado.
- Acortar los plazos que median entre la generación del conocimiento y su aplicación específica.
- Concienciar y formar a los Agentes el sistema.
- Facilitar y promover las estructuras que faciliten la Valorización y la Transferencia.
- Eliminar las barreras existentes en la legislación actual.

El Plan director contemplará como programas básicos:

1. Programa sobre RRHH, para la formación, contratación y estímulo a la movilidad de personal especializado en la *función transferencia*.
2. Programa para potenciar Alianzas público-privadas Responsables
3. Reconocer en el *curriculum vitae* los méritos tecnológicos y cambiar los baremos en la selección creando incentivos para la *función transferencia*.
4. Fortalecer en Universidades y OPIs las Unidades dedicadas a facilitar la transferencia de conocimiento y tecnología. Fundamentalmente se promoverá la creación de Oficinas de Gestión de la Propiedad Intelectual y de su Comercialización (OGPI) así como los Parques Científicos y Tecnológicos, ubicados en los campus universitarios o en entornos de su influencia, y las incubadoras académicas y tecnológicas.
5. En el marco del Programa Campus de Excelencia Internacional (CEI) se analizará de manera especial la programación que se presente, por la institución universitaria coordinadora, de la política de valorización, transferencia e innovación que el conjunto del sistema diseñe. Esta programación deberá responder a la voluntad de todos los actores que conformen la "agregación estratégica" del



Campus de forma que se aproveche al máximo y se rentabilicen las unidades, o entidades dedicadas a la gestión y desarrollo de la función transferencia.

Estos programas se irán desarrollando como Programas específicos del Plan Nacional y en particular a través de los que se incorporen a la LIA nº5 de Utilización y Valorización del Conocimiento.

La Línea Instrumental de Actuación de Utilización del Conocimiento y Transferencia Tecnológica (LIA 5) del Plan Nacional de I+D, crea tres tipos de ayudas: para las Jóvenes Empresas Investigadoras, en función de los fondos destinados a la I+D en ejercicios anteriores; para que las empresas de base tecnológica se instalen en los Parques Científicos y Tecnológicos; y para que las Oficinas de Transferencia de Resultados de Investigación (OTRIS) puedan realizar proyectos y sufragar parte de sus gastos.

Por tanto, la estrategia española de ciencia y tecnología debe de estar fuertemente dirigida a la valorización del CONOCIMIENTO y para que el talento sea la herramienta que pone en valor de la transferencia de conocimiento al sistema productivo. Entendemos que el Talento será el verdadero Cemento consolidador de un nuevo sistema productivo.



## LA IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN FORMACIÓN-EMPLEO EN EL PROGRAMA NACIONAL DE REFORMAS: CONVERGENCIA Y EMPLEO

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Nieves Moreno Vida

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

Hoy en día existe un consenso generalizado en considerar que uno de los factores clave para asegurar el crecimiento de un país o región es su capital humano y que la inversión en educación constituye una de las vías más eficaces para impulsar el desarrollo económico y mejorar la competitividad.

La educación constituye un elemento indispensable para hacer frente a las circunstancias cambiantes en las condiciones económicas y a los retos que plantea la globalización económica. El ritmo de cambio de las tecnologías y de las formas de organización del trabajo en las sociedades actuales exige no sólo la adquisición de unos conocimientos básicos, sino que además se han de proporcionar las bases para que el individuo pueda seguir aprendiendo durante toda la vida.

La formación como una medida de política de empleo se recoge en todos los programas de empleo, comunitarios y nacionales, haciendo hincapié en la necesidad de reformas estructurales de la educación y en vincular los sistemas de educación y formación con el mercado de trabajo. En el Informe conjunto sobre el empleo de 2007 se establecen como objetivos: ampliar y mejorar la inversión en capital humano y adaptar los sistemas de educación y formación a las nuevas necesidades en materia de competencias. En él se señala que "Para lograr el objetivo de más y mejores empleos, es imprescindible invertir de forma eficaz y racional en el capital humano, y avanzar de forma decisiva en materia de aprendizaje permanente. Para aprovechar plenamente los frutos de la innovación es necesario que ésta vaya acompañada del necesario aprendizaje. A este respecto es necesario reconocer las formaciones formales y no formales".

El Consejo Europeo de Primavera, celebrado en marzo de 2005 (basándose en el Informe Kok, de noviembre de 2004) planteó la necesidad de relanzar la Estrategia de Lisboa, concentrando sus objetivos en el crecimiento y el empleo, y teniendo como referencias permanentes la cohesión social y el desarrollo sostenible. Además acordó que cada Estado Miembro presentara su respectivo Programa Nacional de Reformas (PNR), estructurado en torno a Veinticuatro Directrices Integradas para el Crecimiento y el Empleo (2005-2008). El PNR de España constituye la referencia fundamental de la política económica del Gobierno español para el período 2005-2010.



En las Directrices Integradas para el crecimiento y el empleo 2005-2008 (adoptadas por Decisión del Consejo de 12 de Julio de 2005 y mantenidas en la Agenda Social Renovada para el período 2008-2010) se incluyen: *la necesidad de ampliar y mejorar la inversión en capital humano (directriz 23) y de adaptar los sistemas de educación y formación en respuesta a las nuevas exigencias en materia de competencias (directriz 24).*

Se destaca que demasiadas personas no llegan a acceder al mercado laboral o a permanecer en él debido a la falta de cualificaciones o a la inadecuación de éstas. De ahí la necesidad de invertir más y con mayor eficacia en capital humano y educación permanente: para ampliar el acceso al empleo de todas las edades, elevar los niveles de productividad y elevar la calidad del empleo.

Las economías basadas en el conocimiento y los servicios requieren cualificaciones diferentes que las industrias tradicionales; cualificaciones que a su vez exigen una actualización constante ante los cambios tecnológicos y la innovación. Es por ello que los trabajadores que deseen conservar su empleo y progresar profesionalmente deban adquirir nuevos conocimientos y reciclarse periódicamente. Por otro lado, la productividad de las empresas depende de la constitución y mantenimiento de una plantilla capaz de adaptarse a los cambios.

Existe la convicción generalizada de que la educación y, más generalmente, el capital humano, son factores determinantes clave de la productividad, y de que su función es crucial en una economía basada en el conocimiento. En estudios recientes se reconoce que una mano de obra cualificada es más capaz de crear, adoptar y aplicar nuevas tecnologías; el capital humano influye en el progreso tecnológico. Así pues, las economías que poseen una mano de obra adaptable y muy cualificada están mejor capacitadas para crear y hacer un uso efectivo de las nuevas tecnologías y sumarse al cambio.

Además, los resultados empíricos sugieren que el impacto de una mano de obra muy cualificada en el progreso tecnológico a través de la creación de tecnología es mayor en los países en los que el entorno laboral fomenta la adaptabilidad, es decir, la capacidad de los trabajadores muy cualificados de iniciar cambios en las condiciones económicas y de absorberlos y adaptarlos. También apuntan que, si bien es necesario invertir en educación superior, esta solución no es la panacea. De hecho, debería tenerse en cuenta toda la continuidad del aprendizaje permanente. También se debería invertir más en educación preescolar como un medio eficaz para establecer la base del aprendizaje complementario y evitar el abandono prematuro de los estudios. De ahí que se propongan:

- Acciones de educación y formación inclusivas que faciliten de manera significativa el acceso a la formación profesional inicial, a la enseñanza secundaria, a la enseñanza superior, al aprendizaje profesional y a la formación del espíritu empresarial;
- Reducción significativa del número de alumnos que abandonan la escuela prematuramente;



- Estrategias eficaces de aprendizaje permanente, incluyendo incentivos adecuados y mecanismos de reparto de costes. Ello con vistas a mejorar la participación en la formación continua y en el lugar de trabajo a lo largo de toda la vida, especialmente para los trabajadores poco cualificados y de mayor edad. Unido todo ello a la mejora y aumento de la investigación en I+D.

Por otra parte, no basta con fijar objetivos ambiciosos y aumentar el nivel de inversión de todos los actores sociales. Se presta cada vez más atención a la adaptación de la educación a las necesidades del mercado de trabajo. Si bien las tasas de empleo de los graduados son elevadas en la mayor parte de los países europeos, el desempleo se incrementa entre los graduados de la educación terciaria. Para responder a ello, las políticas deben centrarse más en la transición entre la educación superior y el mercado de trabajo.

Para que la oferta se adecue en la práctica a la demanda: los sistemas de educación permanente deben ser asequibles, accesibles y capaces de adaptarse a la evolución de las necesidades. La adaptación y el refuerzo de la capacidad de los sistemas de educación y formación son necesarios para mejorar su adecuación al mercado laboral y su capacidad de respuesta a las necesidades de la economía y de la sociedad. Se debe, por ello, aumentar y garantizar el atractivo, la apertura y el nivel de calidad de los sistemas de educación y formación, ampliando la oferta de oportunidades de educación y formación y garantizando vías de aprendizaje flexibles que permitan la movilidad de los estudiantes y personas en formación.

Se debe, pues, facilitar y diversificar el acceso para todos a la educación y formación y al conocimiento mediante la organización del tiempo de trabajo, los servicios de apoyo a la familia, la orientación profesional y, en caso necesario, mediante nuevas formas de reparto de costes. Se plantea la exigencia de dar respuesta a las nuevas necesidades profesionales, las competencias clave y las necesidades futuras en materia de cualificaciones mediante una mejor definición y mayor transparencia de las cualificaciones, su reconocimiento efectivo y la convalidación de la educación no formal e informal.

El aprendizaje permanente, que permita a los individuos mantenerse al día con respecto a las nuevas competencias solicitadas por el mercado, y unas políticas activas de mercado de trabajo que brinden a los desempleados y a los inactivos una nueva oportunidad en dicho mercado, se configuran también en el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la modernización del Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI, como políticas que forman parte del enfoque integrado de la flexiseguridad. En esa línea uno de los “principios comunes” de la flexiseguridad se refiere a la mejora continua de las capacidades. Dentro de la política de flexiseguridad, la formación, junto con la activación de las políticas de empleo y medidas de protección frente al desempleo, constituye uno de los pilares del componente de seguridad para los trabajadores, seguridad referida no al puesto de trabajo sino al empleo. Sin embargo, el Libro Verde sólo se refiere de forma genérica a la formación y al aprendizaje permanente.



Las estrategias de aprendizaje permanente se vienen desarrollando en el ámbito comunitario desde hace tiempo y tienen su base en el Libro Blanco sobre educación y formación de 1995 (*White Paper on Education and Training. Teaching and Learning. Towards the Learning Society*). Más recientemente, la Comunicación de la Comisión sobre los principios comunes de la flexiseguridad desarrolla la idea planteada en el Libro Verde de que “los ciudadanos necesitan cada vez más la seguridad del empleo, y no la del puesto de trabajo de por vida”. Y para garantizar esa seguridad del empleo se sitúa como uno de los pilares básicos el aprendizaje permanente, pero sin olvidar las exigencias de la flexibilidad. Así sostiene la necesidad de disponer de “estrategias globales de aprendizaje permanente” y de mejorar la inversión en recursos humanos, en cuanto que constituye un factor cada vez más importante tanto para la competitividad de las empresas como para la empleabilidad de los trabajadores a largo plazo. Un sistema general de educación de alta calidad y una inversión continua en el desarrollo de las capacidades aumentan las oportunidades de las empresas de responder adecuadamente al cambio económico (las empresas deben ser capaces de adaptar su mano de obra a unas condiciones económicas cambiantes, para lo cual han de poder contratar a trabajadores “que dispongan de una mejor combinación de capacidades y que sean más productivos y adaptables”) y las posibilidades de los trabajadores de seguir empleados o encontrar un nuevo empleo.

En esta Comunicación, la Comisión advierte también de la incidencia negativa que la segmentación de los mercados de trabajo tiene sobre las estrategias de formación y aprendizaje permanente, poniendo de manifiesto que frecuentemente “los trabajadores poco cualificados, los trabajadores con contratos temporales, los autónomos y los de más edad, son los más afectados por la falta de inversión en formación”, mientras que son los trabajadores altamente cualificados los únicos que se benefician de estas inversiones. Señala como factor de disuasión de las empresas de invertir en el desarrollo de las capacidades el temor a que, una vez formados, sus trabajadores puedan ser contratados por otros empleadores, proponiendo como medida para evitar parcialmente este problema el reparto de los costes, a través de la creación de fondos a escala sectorial o institutos de formación a escala regional. Y reclama en esta materia la participación activa de gobiernos, interlocutores sociales, empresas y trabajadores. En esta línea, el Comité de las Regiones [Dictamen del Comité de las Regiones sobre “La flexiseguridad” (2008/C 105/04)] subraya “que los entes locales y regionales desempeñan un papel esencial porque pueden influir en el grado de capacitación ofreciendo formación y educación. También son importantes empleadores, por lo que tienen el deber de actualizar la capacitación de su personal y de la comunidad en general”. También “recomienda que las medidas de formación y perfeccionamiento profesional, y en algunos casos también las de reciclaje profesional, corran en parte a cargo de sus empleadores, pues ellos se benefician de los conocimientos de sus empleador y, por tanto, deberían invertir en el desarrollo de sus capacidades”.


El aprendizaje permanente, bajo las premisas señaladas, forma parte de todos los itinerarios-tipo propuestos por la Comisión, pero se plantea de forma destacada en el Tercer itinerario, en relación con aquellos “países en los que el principal desafío es la



existencia de diferencias marcadas entre la población en cuanto a capacidades y oportunidades". Se refiere a países en los que las tasas de empleo tienden a ser elevadas, pero no representan por igual a todos los grupos, que tienen disposiciones contractuales suficientemente flexibles, pero que presentan diferencias en cuanto a capacidades y oportunidades pudiendo dar lugar a la segmentación de ciertos sectores y lugares de trabajo y al riesgo de exclusión de determinados grupos específicos (mujeres, madres solteras, emigrantes, personas con discapacidad, jóvenes y trabajadores de más edad). Esta situación puede dar lugar a que se eleve la proporción de población que recibe prestaciones de carácter permanente y pueden incrementarse las tasas de pobreza. Aunque en estos países las políticas activas del mercado laboral ofrecen poderosos incentivos para aceptar el empleo, la Comisión considera que puede ser necesario redoblar los esfuerzos para garantizar el progreso en términos de calidad del puesto de trabajo y niveles de capacidades. En este sentido, propone que las políticas de aprendizaje permanente aborden las diferencias de oportunidades entre la mano de obra, empezando por el sistema general de educación. La formación de mano de obra se orientaría, en particular, a las personas poco cualificadas, se promoverían las combinaciones de trabajo y formación, la movilidad entre distintos sistemas de formación, se reconocería y validaría el aprendizaje informal (como recientemente se ha hecho en España: Vid. RD 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad) y se organizarían modalidades de formación a todos los niveles, tanto dentro como fuera de los lugares de trabajo.

- Dentro de los distintos tipos de aprendizaje (formal, no formal, informal y permanente), el aprendizaje informal es el que se obtiene en las actividades de la vida cotidiana relacionadas con el trabajo, la familia o el ocio. No está estructurado (con objetivos didácticos, duración ni soporte) y normalmente no conduce a una certificación; puede ser intencional, pero en la mayoría de los casos no lo es.
- Para crear una cultura del aprendizaje es preciso que la cuestión de cómo valorar el aprendizaje en los sistemas formal, no formal e informal se plantee de forma coherente. Permitir a los ciudadanos que combinen y estructuren el aprendizaje obtenido en la escuela, la universidad, los centros docentes, el trabajo, el tiempo libre y las actividades familiares presupone que todas las formas de aprendizaje puedan ser identificadas, evaluadas y reconocidas. Es preciso un nuevo planteamiento global de la valoración del aprendizaje para tender puentes entre los diferentes contextos y formas de aprendizaje y facilitar el acceso a currículos individuales de aprendizaje (Comunicación de la Comisión "Hacer realidad un espacio europeo de aprendizaje permanente" [COM (2001) 678 final]).

Además sería conveniente que las autoridades públicas aumentasen los incentivos para, por un lado, estimular a las empresas a invertir en la mano de obra, mediante incentivos fiscales u otros instrumentos, y, por otro lado, estimular a los trabajadores mediante el establecimiento de un sistema de cuentas individuales de formación, que les permitirían invertir una cantidad determinada de tiempo de trabajo en su desarrollo personal, en cooperación con sus empleadores (en esta línea avanza el "Accord du



11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail” en Francia, art. 14 “Ouvrir l'accès à la portabilité de certains droits”).

En cuanto a su dimensión financiera, la Comisión advierte de que la mejora del aprendizaje permanente exigirá una utilización más eficaz de los recursos públicos y privados, y, en algunos casos, un mayor desembolso económico, pero considera que esta inversión se rentabilizará gracias al aumento de puestos de trabajo y de la productividad laboral. El coste financiero seguirá recayendo básicamente sobre el Estado y los empresarios, proponiendo no obstante la aplicación de deducciones fiscales para estimular el aprendizaje permanente financiado por particulares, pero además plantea la posibilidad de “responsabilizar a los trabajadores de las inversiones realizadas en aprendizaje permanente y de su participación en la oferta de formación”, de forma que los trabajadores sufraguen parte de los costes (invirtiendo su tiempo, por ejemplo). En cualquier caso, la Comisión señala la necesidad de, a corto plazo, asignar una cantidad mayor de recursos y aumentar el gasto público y privado. Pero esta financiación adicional no tiene por qué traducirse necesariamente en un mayor gasto público total, sino que se puede obtener a través de una distribución de dichos costes entre las empresas, los particulares y los presupuestos públicos. Sin olvidar la contribución económica comunitaria (a través de la financiación del Fondo Social Europeo) para las acciones de formación a escala de la empresa y las medidas activas del mercado laboral, incluida la asistencia en la búsqueda de empleo para los desempleados, el aprendizaje permanente y la promoción del trabajo autónomo y el espíritu empresarial.

También en este ámbito, la Comunicación de la Comisión mantiene un enfoque “unidireccionalmente economicista, que ignora el lenguaje y la lógica de los derechos”. El criterio de eficiencia económica que predomina en la Comisión, sin ser rechazable, debe ser conjugado y compatibilizado con los objetivos de socialidad y aquí, como en otras cuestiones, se acentúa el valor económico de la educación y formación frente a su valor personal y profesional y de “desmercantilización” de la fuerza de trabajo. Por el contrario, este valor personal y profesional parece estar más presente en la Resolución del Parlamento Europeo, que “alienta al desarrollo del sector educativo y a unos centros de formación que respondan tanto a las necesidades del mercado de trabajo como a las expectativas personales de los trabajadores y empleadores”, e insiste en la debida vinculación entre la carrera profesional y los programas de estudio [Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI [2007/2023 (INI)], apartado 32] y, sobre todo, en el Comité de las Regiones [Dictamen del Comité de las Regiones sobre “La flexiguridad” (2008/C 105/04)], que, partiendo de la necesidad de potenciar los sistemas de aprendizaje permanente para garantizar la empleabilidad de los trabajadores, establece que “habría que animar a todo el mundo a hacer realidad todo su potencial, potencial que debería ser reconocido y apoyado por los empleadores y por la sociedad”. Cree que el aprendizaje permanente debería ser real y estar al alcance de las personas durante toda su vida y que la calidad de las medidas de formación y perfeccionamiento debería fomentarse, tanto antes como después de conseguir un empleo”. Además, aunque considera correcto que se capacite a la gente para que pueda adaptarse a los nuevos retos, considera que



“es necesario un cambio cultural para que se puedan corregir los riesgos en el mercado laboral, aunque este cambio de actitud sólo se conseguirá si los cuatro componentes de la flexiseguridad no significan una merma de derechos laborales y los mecanismos de su puesta en marcha son sólidos y tienen la misma importancia”. Esta misma perspectiva se pone de manifiesto también por la Confederación Europea de Sindicatos, según la cual “Desde el punto de vista de la cohesión social, consideramos la formación y la cualificación para el empleo y una ciudadanía activa como las dos caras de una misma moneda” (Cuarto informe sobre la cohesión económica y social “Las regiones en pleno crecimiento, una Europa en pleno crecimiento”. Resolución de la CES adoptada por el Comité Ejecutivo en su reunión de los días 17 y 18 de octubre de 2007, pág. 3).

Desde luego no puede obviarse el carácter preventivo frente al desempleo que tienen las políticas formativas y de recualificación profesional, además de constituir un elemento que permita potenciar las oportunidades de encontrar o mantener el empleo. Para ello, como señala el Comité Económico y Social Europeo “es esencial disponer de soportes normativos sólidos y duraderos para garantizar la formación permanente y los cambios de empleo”, que deberán establecerse mediante el esfuerzo compartido de los poderes públicos, las empresas y los interlocutores sociales (dimensión concertada a través del diálogo social que apenas aparece reflejada en el Libro Verde). El sistema que deba aplicarse está relacionado con los contratos de trabajo y debe materializarse, como señala el CESE, en “unas instituciones que garanticen el apoyo a los cambios, asistencia económica (las formas de financiación deberían negociarse o debatirse) y centros de formación públicos, colectivos o cooperativos, o formación laboral en la empresa (empresa cualificadora) con reconocimiento de las cualificaciones así obtenidas”. La legislación puede favorecer la mejora de las competencias y cualificaciones organizando o facilitando la utilización de financiación y estructuras de formación, precisando derechos e incentivos respecto de la formación (permisos para formación, cuentas de tiempo de trabajo) a lo largo de la carrera profesional, según las leyes y la negociación colectiva. Pero sin olvidar, recuerda el CESE, que el Derecho laboral en sentido amplio no puede recoger más que una parte limitada (formación continua, participación de los trabajadores) de los elementos indispensables para dominar las nuevas tecnologías y adaptarse a los cambios industriales y sociales, de tal forma que “la enseñanza superior, la investigación, el capital riesgo, las ‘incubadoras’ de nuevas empresas y los polos de innovación tienen también un papel que cumplir en el marco de una política industrial competitiva y coordinada a escala regional, nacional y europea” (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El Libro Verde –Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” (2007/C 175/17), apartado 3.3.).

Todos estos planteamientos se recogen en el **Programa Nacional de Reformas de España**, establecido en octubre de 2005 con el subtítulo de “Convergencia y Empleo”. Entre los 7 ejes de actuación se incluyen también el aumento y mejora del capital humano, además de medidas relaciones con el mercado de trabajo. Para cada uno de estos Ejes se realiza un diagnóstico y unos objetivos específicos y se desarrollan las medidas dirigidas a su cumplimiento. El conjunto de medidas contempladas en el PNR se dirigen a corregir las debilidades detectadas en la economía española y, por tanto,



a lograr un sistema productivo más moderno. Las acciones de política económica que se contemplan en él se encaminan, entre otras cosas, a mejorar las dotaciones de capital humano, tecnológico e infraestructuras; aumentar la competencia y eficiencia de sectores clave (incluyendo la modernización de los servicios prestados por las Administraciones Públicas); y reducir la tasa de temporalidad, prestando especial énfasis en la transversalidad de género y promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En definitiva, a aumentar la productividad y el empleo sin menoscabo de la cohesión social.

El desarrollo del primer ciclo de la implementación en España de la Estrategia renovada de Lisboa se pone de manifiesto en el **Informe anual de progreso 2008 del PNR de España**, manteniéndose hasta el 2010 las 24 Directrices Integradas para el Crecimiento y el Empleo y los objetivos establecidos en el PNR (no obstante, se pone ya de relieve el deterioro de la situación económica y del empleo iniciado a partir de 2007).

Entre los objetivos fundamentales establecidos, siguiendo las directrices europeas, en el PNR destaca la necesidad de establecer medidas orientadas a asegurar el correcto funcionamiento y la calidad del sistema educativo en todas sus etapas y de la formación continua.

1) En relación con la Atención Primaria y Secundaria Reglada se establecen como objetivos:

- Actuaciones para aumentar la atención educativa en el primer ciclo de educación infantil (de 0 a 3 años), facilitando con ello la incorporación de la mujer al mercado laboral.
- Acciones relativas a la educación secundaria:


Una de las principales debilidades del sistema educativo español es la elevada tasa de abandono escolar prematuro (alumnos que sólo completan la educación obligatoria). La Comisión Europea ha señalado que éste es un punto que España debe resolver urgentemente (España dobla a la UE-25 en la proporción de jóvenes de 18 a 24 años que no ha completado la 2ª etapa de educación secundaria y que no sigue ningún tipo de educación o formación).

Dada la importancia de retener a los jóvenes en el sistema educativo el mayor tiempo posible, para que España tenga los niveles de formación propios de las sociedades más desarrolladas, se establecen una serie de medidas:

- a. Programas de mejora del éxito escolar.
- b. Programas dirigidos a disminuir las bolsas de abandono temprano de la escolarización.
- c. Programa de formación del profesorado.



- d. Programa de aprendizaje de lengua extranjera.
- e. Actuaciones dirigidas a la extensión y modificación de la jornada escolar, además de programas complementarios como el diseño y creación de materiales escolares.
- Con la finalidad de reducir el abandono escolar temprano, se han establecido Programas de Cualificación Profesional Inicial. Tienen como finalidad ofrecer a los alumnos mayores de 16 años que no hayan obtenido el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria la posibilidad de completar su formación en el conjunto de enseñanzas técnico-profesionales, obteniendo un título que les cualifique para insertarse en el mercado de trabajo.
- 2) En relación con la enseñanza universitaria.
- Avanzar en la consecución del Espacio Europeo de Educación Superior.
  - Ordenación de las enseñanzas universitarias según el Proceso de Bolonia.
  - Mejorar la calidad de la docencia y la investigación.
  - Mayor transferencia de conocimiento al sector privado.
- 3) Subsistema de Formación Profesional para el Empleo (uno de los principales retos del sistema educativo español)
- Está siendo objeto de una importante reforma, que, entre otras cosas, ha supuesto la integración en este Subsistema de la Formación Ocupacional y la Formación Continua.
  - En España sigue existiendo un déficit muy importante en formación profesional, que trata de paliarse a través de acciones dirigidas a incrementar el número de trabajadores y de empresas que participan en la formación profesional.
  - Se pretende configurar un nuevo modelo de Formación Profesional más flexible y más ágil en su adaptación a las necesidades de la sociedad.
  - Aumentar el atractivo y reconocimiento social de la FP, integrando plenamente la enseñanza de idiomas y de las TIC y favoreciendo la formación permanente, la movilidad nacional e internacional, y la inserción plena en el contexto europeo.
  - En el marco del Diálogo Social 2004 se firmó el Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo (febrero 2006), cuyo desarrollo se lleva a cabo a partir de una serie de iniciativas:
    - Se establecen los Centros de Referencia Nacional en el ámbito de la formación profesional.
    - Se regulan los Certificados de Profesionalidad, para la acreditación de las competencias profesionales adquiridas tanto a través de vías formativas, formales y no formales, como de la experiencia laboral.

- 
- Se desarrolla la formación de oferta y demanda del subsistema de formación profesional para el empleo, a través de acciones formativas destinadas a trabajadores y empresas.

La formación permanente debe permitir dotar a los trabajadores de una cualificación apropiada para el desarrollo de sus tareas y debe responder a las exigencias que se derivan de las nuevas formas de trabajo, siendo así uno de los principales desafíos a los que se enfrenta el mercado de trabajo español y europeo. Por ello constituye uno de los elementos clave de la Estrategia de Lisboa. Se requiere eliminar la inadecuación entre las exigencias productivas y la preparación de la mano de obra; y la actualización continua de los conocimientos, destrezas y competencias de los trabajadores, tanto básicas como específicas, a fin de que éstos puedan estar suficientemente preparados para enfrentarse a un entorno global y cambiante. Es necesario igualmente la puesta en práctica de programas específicos para conservarlas en todas las etapas de la vida y adquirir otras nuevas necesarias para el desarrollo de la actividad profesional. Un mercado de trabajo innovador y eficaz requiere niveles cada vez más altos de cualificación y una participación más intensa en actividades de aprendizaje, principalmente para aquellas personas más vulnerables y menos provistos de adecuada capacitación por encontrarse en situación de desventaja por motivos de sexo, discapacidad, o razones sociales o económicas. Ello sólo será posible a través de una política coherente e integral de formación.



## **CAPITAL HUMANO Y SISTEMA PRODUCTIVO. CAMBIOS RECIENTES EN LA RELACIÓN FORMACIÓN-EMPLEO. PROPUESTAS DE FUTURO.**

**D.<sup>a</sup> Rosa Quesada Segura**

Catedrática de Derecho del Trabajo.  
Universidad de Málaga.

- I. Introducción.
- II. La regulación laboral del derecho del trabajador a la promoción y formación en el trabajo.
- III Formación profesional y universitaria y su vinculación con el empleo.
  1. La formación profesional.
  2. El sistema universitario.

### **I. Introducción**

Según la Oficina Europea de Estadística (Eurostat ) en un informe publicado el 15 de junio de 2009, en España desde marzo de 2008 a marzo de 2009 se habían perdido 1,3 millones de puestos de trabajo, de ellos, 631.000 en el último trimestre, señalando que los sectores afectados principalmente eran la construcción - en este último año en España se han destruido 450.000 empleos en este sector -, y los servicios. Y respecto a la modalidad contractual, los contratos temporales de forma mayoritaria frente a los contratos estables – así, mientras que la tasa de temporalidad de la UE se sitúa en torno al 14% en España es del 25,4%, tras haber caído prácticamente cinco puntos en el mismo periodo de tiempo -.

No se trata de una noticia novedosa pero sí de la confirmación de que para combatir el desempleo, convertido ya en el mayor problema social en opinión de los ciudadanos, urge abordar soluciones para las principales debilidades de nuestro sistema productivo. Parece bastante evidente que no puede mantenerse una economía basada esencialmente en sectores que demandan mano de obra intensiva, de baja cualificación y de alta estacionalidad y dependiente de un mercado que ya puede haber quedado saturado.

El cambio que se demanda, y que es preciso, no viene por asegurar una reducción del coste del despido para los empresarios bajo la excusa que así se fomenta el empleo. Sin entrar en la discusión de ésta u otras propuestas semejantes que ofenden los principios sociales que inspiran nuestra Constitución, la lógica nos lleva a admitir que el problema no está en animar por esta vía a empresarios a construir más casas que nadie compra, sino en plantear un cambio sustancial en nuestro sistema productivo. Debemos



diversificar e intensificar la implantación de nuevos sectores productivos competitivos y de calidad, y junto a ello, y de forma preeminente, debemos apostar por una mejora en la formación de los estudiantes y de los trabajadores, lo que por otra parte, es un objetivo que nos obliga desde la Cumbre europea de Lisboa 2000<sup>1</sup>.

No se descubre nada nuevo recordando que la inversión en educación revierte en el propio sistema productivo y en el bienestar social general. Calidad en la educación, supone calidad en la formación, y ello a su vez, calidad en el empleo, calidad en las condiciones de trabajo, y finalmente, calidad en la mejora de la productividad y la competitividad.

En este sentido, el Programa Nacional de Reformas – para el periodo 2005-2010 - comienza declarando que el capital humano es un recurso productivo que no sólo contribuye al crecimiento económico, sino que es, además, uno de los pilares básicos para conseguir la igualdad de oportunidades en nuestra sociedad, señalando a continuación que el adecuado funcionamiento y la calidad de los sistemas educativos son vitales para la formación del capital humano durante las diferentes etapas educativas.

En España una gran conquista social ha sido la universalización de la educación en todos los niveles. Sin embargo subsisten graves problemas que brevemente pueden sintetizarse en los siguientes: el fracaso escolar, que determina que un número importante de jóvenes no consigan finalizar los estudios con el título de graduado en ESO<sup>2</sup>; el reducido porcentaje de alumnos que cursan las titulaciones en formación profesional; y, en el ámbito universitario, la falta de adecuación entre los planes de estudio y las necesidades profesionales.

Como pone de manifiesto el Informe 01/2009 del CES<sup>3</sup>, este desajuste entre el sistema educativo y el sistema productivo supone un grave lastre a las posibilidades de nuestro desarrollo económico y social, al constatar la fuerte y positiva relación existente entre el nivel de estudios alcanzado y el empleo al que se accede. Mientras que las mayores duraciones de búsqueda inicial de empleo y las menores duraciones del primer empleo

- 
- 1 La revisión intermedia de la estrategia de Lisboa destaca el relevante papel que la educación y la formación desempeñan en materia de empleo, crecimiento y cohesión social. En las directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2005-2008), se invita a los Estados miembros a ampliar y mejorar la inversión en capital humano y a adaptar los sistemas de educación y formación en respuesta a las nuevas exigencias en materia de competencias. En este contexto, el Consejo europeo ha pedido que el Programa de trabajo "Educación y formación 2010" se siga aplicando en su totalidad y se continúe evaluando anualmente el progreso realizado por los Estados miembros para alcanzar los objetivos en materia de educación y formación. Ver al respecto "La transición educativa-formativa e inserción laboral de los jóvenes en España" Cauces, nº 3, 2008, Págs. 28 a 47.
  - 2 Otros problemas en esta etapa formativa puestos de relieve en el PNR son los siguientes: la necesidad de mejorar notablemente los resultados en distintas disciplinas, como son la comprensión lectora, las matemáticas y las ciencias. También es necesario mejorar el aprendizaje de otros idiomas, en especial el inglés, y aprovechar plenamente las herramientas de la Sociedad de la Información.
  - 3 Sistema Educativo y Capital Humano, Colección Informes, CES, marzo, 2009



se corresponden con un menor nivel educativo, la mayor duración en el empleo y mayor frecuencia de empleos indefinidos corresponden a las personas con un nivel de formación profesional de grado medio, siendo además las personas con titulación universitaria y formación profesional de grado superior quienes gozan de mayor permanencia, estabilidad y mejores condiciones laborales en el mercado de trabajo<sup>4</sup>.

En resumen, es esencial favorecer la calidad del sistema educativo, entre otras muchas razones y por lo que ahora importa, porque es esencial al cambio que demanda el modelo productivo español, a partir de la consideración de la interconexión entre formación-innovación-competitividad-empleo- y (finalmente) bienestar<sup>5</sup>.

A partir de este planeamiento general, la exposición que ahora comienzo va a detenerse en dos aspectos diferentes y complementarios. En primer lugar el tratamiento que el derecho a la formación del trabajador recibe en el Estatuto de los Trabajadores, y en segundo lugar, las cuestiones que se derivan de la regulación de la formación profesional y universitaria en cuanto vinculadas al empleo. Al hilo de todo ello se irán sugiriendo propuestas con el ánimo de generar el debate.

## II. La regulación laboral del derecho del trabajador a la promoción y formación en el trabajo.

En el artículo 35.1 CE se reconoce el derecho a la promoción del trabajador a través del trabajo y en el artículo 40.2 CE se recoge dentro de los “principios rectores de la política social y económica” que han de inspirar a la legislación y a la actuación de los poderes públicos, el de “fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales.

La concreción legal de ambos preceptos se encuentra en el artículo 4.2 b) del Estatuto de los Trabajadores que reconoce, entre los derechos del trabajador en la relación de trabajo, el de “la promoción y formación profesional” Formación y promoción como dos facetas de un mismo derecho, conectadas pero conceptualmente distintas y cuyo

---

4 Según la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (Fedea) – informe de 15 junio, 2009 -, cuando sube el paro, los trabajadores menos formados son los que más sufren. En el primer trimestre del año 2009 quién sólo hubiera completado la primera etapa de educación secundaria tenía entre un 6% y un 8% de probabilidad de perder su empleo; para quien tuviera un título universitario, la probabilidad se reducía a menos del 3%. No es la única prueba de que la falta de formación es una desventaja en el mercado laboral. El 60% de los más de cuatro millones de parados no tienen completa la educación secundaria, según la encuesta de población activa correspondiente al primer trimestre de este año. Con estos datos podría pensarse que la mayor ocupación de los parados, además de buscar empleo, debería ser formarse. No es así. De acuerdo a la misma fuente, apenas un 15% de éstos sigue algún tipo de formación.

5 Es interesante desde el punto de vista empresarial, en cuanto a las relaciones y análisis de sus efectos en los resultados empresariales, la obra Donate Manzanares, M. : “Estrategias de Conocimiento e Innovación”, CES, Madrid, 2007. Y en cuanto al análisis de las diferentes experiencias en el ámbito internacional, la obra Iglesias de Ussel, J., De Miguel, J. y Trinidad, A. : “Sistemas y políticas de educación superior” CES, Colección Estudios, Madrid, 2009.



objetivo final es la mejora profesional y social del trabajador. Y a la vez, el reconocimiento constitucional y legal pone de manifiesto la mayor importancia que adquiere la persona del trabajador y sus intereses profesionales y, en un contexto más amplio, como el cumplimiento de estos derechos se convierte a su vez en una medida de política económica que debe responder – e incluso adelantarse – a las transformaciones del sistema productivo y a sus nuevas demandas de cualificación y especialización profesional.

Pese a todo el desarrollo de este derecho en el Estatuto de los Trabajadores ha sido siempre decepcionante. Principalmente centrado en el artículo 23 ET, en donde se reconoce a los trabajadores ciertas posibilidades de compatibilizar su trabajo con la asistencia a cursos o programas de formación – permisos para concurrir a exámenes, preferencia a elegir turnos de trabajo (si existe tal sistema en la empresa), y adaptación de la jornada o la concesión del permiso oportuno con reserva de puesto de trabajo- si bien en los términos pactados en los convenios colectivos, a los cuales, la norma se remite. Y sin que tales derechos generen una obligación incondicional a la empresa, ya que como señaló en su momento nuestro Tribunal Constitucional “no puede someterse la autonomía organizativa del empresario a la opción de un trabajador en favor de una determinada carrera, Facultad y horario, entre otros posibles” – STC 129/1989, de 17 de julio-.

Se trata por tanto de un conjunto escueto de derechos del trabajador, de deberes del empresario, y también escuetamente recogido en sus reglas, lo que ha dado lugar a numerosas cuestiones de interpretación y aplicación, si bien el Convenio número 140 OIT sobre licencia pagada de estudios, puede servir de guía para su interpretación y aplicación, el carácter general de esta disposición y la remisión de sus reglas a “la legislación nacional” o a “los contratos colectivos”, devuelve al mismo estado de cosas la cuestión controvertida. Por ejemplo, el carácter retribuido o no de la licencia para acudir a exámenes. Teniendo en cuenta que el artículo 37.3 ET no recoge entre los supuestos de los permisos retribuidos éste en concreto, habrá que estar a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación y en el supuesto de que no se establezca nada sobre ello, la obligación del empresario se reduce exclusivamente a permitir la ausencia cuando se cumplan los requisitos de antelación razonable y justificación posterior.

En esta materia, por tanto, cumplen un papel decisivo los convenios colectivos y especialmente los acuerdos interconfederales que sobre esta materia concreta se han producido. En este sentido el III Acuerdo Nacional de Formación Continua – ya sustituido – establecía el régimen de los permisos individuales de formación – requisito que debe reunir el trabajador, procedimiento que debe seguirse, facultades de denegación de la empresa, derechos y obligaciones del trabajador beneficiario y competencias de los representantes legales de los trabajadores-.

Otras normas del Estatuto de los Trabajadores se refieren al deber del empresario de proporcionar la formación adecuada al puesto de trabajo asignado. Se trata de reglas muy específicas en cuanto dirigidas a procurar la adaptación del trabajador a los



cambios empresariales y por lo tanto en modo alguno generalizables. Así la regla del artículo 22.3 ET permite la movilidad entre categorías profesionales equivalentes previa la realización “de procesos simples de formación o adaptación”, y el artículo 52 b) ET considera la posibilidad, antes de despedir a un trabajador por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo que el contrato quede en suspenso hasta un máximo de tres meses “cuando el empresario ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional... que le capacite para la adaptación requerida”.

De carácter muy particular están las obligaciones que se imponen al empresario en situaciones o contratos especiales, como sucede con las empresas de trabajo temporal respecto del deber de formación para con sus trabajadores establecido en el artículo 12.2 L 14/1994, o del que corresponde a las sociedades publicas respecto de estibadores portuarios de acuerdo con el artículo 9 RDL 2/1986.

Más importantes, por ser contratos cuya naturaleza reside, precisamente, en el doble objetivo de intercambio de actividad profesional y salario y deber de formación y derecho a la misma, los contratos formativos del artículo 11 ET, son la expresión de cómo la formación puede y debe producirse a través del desempeño del puesto de trabajo. Como se sabe el artículo 11 introduce dos modalidades diferentes, el contrato en prácticas, para el adiestramiento de conocimientos previamente adquiridos y que requiere estar en posesión de una titulación reciente universitaria o de formación profesional en grado medio o superior, y el contrato para la formación para la habilitación mediante el aprendizaje de un oficio para aquella persona joven, discapacitada o alumna de un programa de talleres de empleo. En ambos casos la limitación de los sujetos a los que van dirigidos y su carácter temporal, sin que hayan llegado a convertirse en un procedimiento real de inserción laboral – limitaciones por otra parte consustanciales con el contrato singular de que se trata –, constriñen las posibilidades de formación al ámbito reducido de estos contratos.

Al mismo tiempo, quedan fuera de las normas laborales otro tipo de practicas profesionales, como las realizadas por estudiantes como parte integrante de sus estudios académicos o de los cursos de formación profesional de las que se ocupan entre otras normas el RD 1.497/1981 sobre programas de cooperación entre empresas y universidades, el RD 707/1976 sobre practicas de estudiantes de formación profesional reglada, o el RD 631/1993 sobre practicas de alumnos de formación profesional ocupacional y , en general la LO 5/2002 de Cualificación y Formación Profesional. Con estas exclusiones se pretende evitar las reclamaciones sobre la naturaleza laboral de estas relaciones basadas en la fórmula de prestación de actividad profesional más formación más compensación económica, manteniéndolas en ese espacio que la doctrina hace tiempo califico como “zonas grises” del ordenamiento laboral.

Por otra parte existen contratos formativos que cuentan con una regulación especial, en algunos casos de carácter laboral como la de los médicos residentes o la de los abogados en despachos de abogados, ambas consideradas de forma relativamente reciente,



relaciones laborales de carácter especial, terminando con ello con una situación de inseguridad e indefensión de los jóvenes profesionales que inician por tales vías su entrada en el mercado de trabajo. Subsisten, sin embargo, importantes vacíos de regulación laboral en otros sectores profesionales cualificados como son los de la carrera de los investigadores universitarios, bien en su orientación en la docencia en las Universidades, bien para su incorporación a Institutos de Investigación.

Definir los pasos de la carrera universitaria supone un acicate para atraer a nuevos jóvenes universitarios al garantizar una mayor estabilidad y premiar el esfuerzo a través de valoraciones de calidad e incentivos. Uno de los males de nuestra Universidad es la lentitud en su regeneración, siendo, la española, una de las Universidades publicas europeas con una plantilla cada vez más envejecida<sup>6</sup>.

Y por otra parte, debe ponerse orden en la gran diversidad de becas y contratos tanto nacionales como autonómicos y en entidades publicas y privadas, o con cargos a proyectos específicos diversos, de tal forma que pueda darse continuidad profesional a nuestros jóvenes investigadores evitando que, con una media académica igual o superior al notable y tras cuatro o cinco años de formación predoctoral o posdoctoral, quede truncada su carrera investigadora, frustrando, de esta forma, sus expectativas profesionales, y sin que, a su vez, la sociedad reciba el beneficio del gasto público invertido en su formación.

Por ello debe recibirse de forma positiva el que, en el Anteproyecto de la Ley de la Ciencia y la Tecnología se diseñe, en su Título II, un modelo de desarrollo profesional susceptible de ser utilizado tanto por entidades públicas como privadas, articulado en dos etapas previas y en una carrera profesional, utilizando además la figura contractual de los contratos formativos contenida en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, adoptada a las peculiaridades de esta formación, lo que supone, por ejemplo, la ampliación temporal de estos contratos<sup>7</sup>.

6 Según el Instituto Nacional de Estadística, en 2008 los docentes menores de 35 años se han reducido del 21% al 14 % en siete años. Y uno de cada diez es mayor de sesenta años.

7 Así: a) el personal investigador predoctoral en formación podrá realizar las tareas conducentes a la obtención del título de Doctor mediante un contrato de trabajo en prácticas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores. El contrato tendrá una duración máxima de cuatro años. No se aplicará para celebrar este contrato el límite general de cuatro ó seis años desde la terminación de los estudios que habiliten para la realización del doctorado; b) el personal investigador posdoctoral podrá concertar con los agentes de ejecución contratos laborales en prácticas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores, con las siguientes particularidades: No será de aplicación el límite de cuatro años o de seis años a que se refiere el precepto antes citado, cuando el contrato se concierte con un trabajador minusválido. El trabajo a desarrollar consistirá en la realización de tareas orientadas al perfeccionamiento y especialización profesional, que permitan ampliar, o completar la experiencia investigadora de los interesados. La duración del contrato no podrá ser inferior a un año, ni exceder de tres. c) El personal investigador en el grado de acceso de su carrera profesional podrá concertar con los agentes de ejecución contratos temporales con las siguientes particularidades: La duración del contrato no podrá ser inferior a un año, ni exceder de cinco años. El trabajo a desarrollar consistirá en la realización de actividad investigadora que conduzca a la consolidación de su experiencia profesional. La actividad investigadora desarrollada será objeto de una evaluación.



### III. Formación profesional y universitaria y su vinculación con el empleo


#### 1. La formación profesional

La política de promoción de los trabajadores y de formación profesional está íntimamente ligada con la política económica y singularmente, con las políticas activas de empleo. Con respaldo constitucional - el artículo 35 CE consagra el derecho de todos los españoles a "la promoción a través del trabajo" mientras que el artículo 40.2 encomienda a los poderes públicos fomentar "una política que garantice la formación y readaptación profesionales"- el legislador ordinario se ocupa de desarrollar normativamente ambas políticas. De esta forma la Ley 56/2003 de Empleo incluye, dentro de las políticas activas de empleo a las acciones formativas- por ejemplo en los artículos 2.c), 6.1 g), 13.e. 2º, 23.1, 24.2, 25.1 y 2, 27.4 -, si bien , y sin duda, la norma más importante encargada de regular esta materia es la LO 5/2002 de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

No obstante, y a diferencia de la mayoría de los países que integran la Unión Europea, en el nuestro, el número de jóvenes que siguen estudios de formación profesional es realmente escaso. España se sitúa a 24 puntos porcentuales del objetivo europeo y no cumple con los objetivos marcados en nuestro actual Plan Nacional de Reformas.

Diferentes factores pueden influir en esta baja aceptación en los estudios de formación profesional. Entre ellos, el Informe CES 01/2009 señala los siguientes. Ausencia de orientación a los alumnos en los últimos cursos de la ESO, la excesiva rigidez de las titulaciones de formación profesional y de la organización de las enseñanzas, además de la escasa valoración social de tales titulaciones. En este sentido se sitúan las propuestas que introduce el Informe CES 01/2009, tendentes, especialmente, a dignificar los estudios y las titulaciones de formación profesional, empezando por exigir una formación de calidad, que debe medirse a través de la dotación de las instalaciones, equipo y profesorado, a fin de que los centros de formación profesional se conviertan en verdaderos referentes de la oferta de formación profesional para todo el entorno social y productivo. En cuanto a las titulaciones ofertadas, éstas deben ser flexibles, deben adaptarse a las cualificaciones profesionales que demanda nuestro sistema productivo en la actualidad; y deben establecer las vías que faciliten a quien posea esta titulación la posibilidad de acceder a títulos superiores como la formación profesional de grado medio, grado superior y, finalmente, la Universidad. E igualmente, debe impulsarse su estudio mediante campañas informativas que incidan en la valoración social de la cualificación profesional y, especialmente, debe impulsarse mediante un sistema de becas, programas de apoyo y ayudas al estudio que facilite y promueva la opción por la formación profesional.

Todo ello se refiere a la formación profesional reglada, pero la formación profesional requiere un sistema integrado que conecte la formación reglada y la formación dirigida a los ocupados y a los desempleados. Un sistema integrado de formación para el empleo que supere la estructura de subsistemas y establezca referencias comunes en el terreno de la oferta formativa y en el reconocimiento y la acreditación de competencias.



Y es que, hasta momentos muy recientes no existía una verdadera integración de la formación profesional, y ello pese a que la LO 5/2002, de las Cualificaciones y de la Formación profesional, señalase en su Exposición de Motivos que “en este contexto, es necesaria la renovación permanente de las instituciones y, consiguientemente, del marco normativo de la formación profesional, de tal modo que se garantice en todo momento la deseable correspondencia entre las cualificaciones profesionales y las necesidades del mercado de trabajo, siendo su objetivo el organizar un sistema integral de formación profesional, cualificaciones y acreditación, y para ello, entre sus fines, esta la capacitación profesional, la formación en calidad y la información y orientación.

En esta misma línea aparecen los Acuerdos Nacionales de Formación Continua (ANFC) y los Planes Anuales de Acción para el Empleo. Los sucesivos ANFC firmados por las Organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios, han venido estableciendo un marco general en el que se contemplan las iniciativas o Planes de formación y desarrollando el modelo de formación continua. Modelo basado en dos elementos sustanciales. Por una parte, la utilización de las cotizaciones que realizan empresas y trabajadores para formación profesional como recurso para financiar las acciones formativas de las empresas y la oferta formativa dirigida directamente a los trabajadores; del otro, la participación de los Interlocutores Sociales en una materia que les es propia. El IV Acuerdo Nacional de Formación suscrito con fecha 1 de febrero de 2006, siguiendo el planteamiento ya apuntada en los anteriores Acuerdos Nacionales y recogido también en el enfoque de integración de la Ley Orgánica 5/2002 de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, refuerza la promoción del aprendizaje permanente a lo largo de toda la vida. Se trata de una perspectiva enmarcada en las directrices europeas, que permite avanzar en la calidad de la formación y superar las barreras existentes entre las distintas ofertas y sistemas formativos y que culmina en el actual RD 395/2007, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo, en donde se garantiza la formación a lo largo de la vida de los trabajadores desempleados y ocupados mediante la creación de un Subsistema único en el ámbito laboral - “Subsistema de Formación Profesional para el Empleo”- que no diferencia entre la Formación Profesional Ocupacional y la Formación Profesional Continua.

Este marco normativo podría ser suficiente para fomentar una formación profesional de calidad, pero la realidad nos muestra como existen graves carencias que la LO 5/2002 no ha solucionado, y es que, la formación para el empleo debe entenderse como eje de la estrategia de la formación permanente.

Por ello, debe actualizarse y completarse el Catalogo Nacional de Cualificaciones introduciendo las titulaciones que correspondan a las nuevas necesidades formativas. Lo que debe, además, realizarse en un periodo de tiempo razonable para evitar que, una vez identificada la necesidad, el traslado a la oferta real de titulaciones sea inoperante o quede desfasado.

En cuanto a contenido de la propuesta formativa, en lugar de los planes de estudio actuales generalistas y amplios, la propuesta que realiza el Informe CES 01/2009, es la



formación en competencias profesionales de carácter más específico. Además las titulaciones deben orientarse a cubrir las necesidades más novedosas, diferenciadas y con mayor nivel de cualificación o especialización. Sin duda, en este aspecto la negociación colectiva podría jugar un papel importante.

Debe conseguirse, igualmente, el establecimiento de un sistema eficaz e integrado de formación y orientación profesional para los trabajadores ocupados, para los parados y para los estudiantes. Dotado de manera suficiente de recursos técnicos y humanos. Así como debe potenciarse la creación de centros integrados de formación profesional y de centros de referencia. Además de sistemas de evaluación de la calidad. En este sentido, el RD 1558/2005 por el que se regulan los requisitos básicos de los Centros integrados de formación profesional, permite la creación de una red de Centros de esta naturaleza con la finalidad de desarrollar la integración de las ofertas de formación profesional para que las personas puedan acceder a una formación permanente que mejore sus condiciones de empleabilidad. Estos Centros constituyen el último eslabón donde deben plasmarse todas las acciones e instrumentos que fueron determinados en la Ley Orgánica de las Cualificaciones y la Formación Profesional.

La cuestión en este punto es que se deja en manos de las distintas administraciones su creación y/ o autorización con las condiciones y requisitos que éstas determinen. De esta forma la creación de estos Centros integrados dependerá con carácter flexible y abierto de la administración correspondiente y de su interés en el tema, además del presupuesto que se le quiera destinar, pese a que, como se dice en el propio RD 1558/2005, se pretenden alcanzar dos grandes objetivos a través de los mismos: la cualificación y recualificación de las personas en la permanente construcción de su itinerario de formación a lo largo de la vida, y, en segundo lugar, la articulación de un “espacio de cooperación, diálogo y gestión conjunta” entre el sistema de formación profesional y el entorno productivo sectorial.

Cuestión muy importante es la que se refiere a la formación de los desempleados. Es este un aspecto de la formación que requiere una atención especial por diversas cuestiones. Por una parte, los cursos de formación ocupacional van dirigidos principalmente a los colectivos más vulnerables – mujeres, mayores de edad, menor nivel de estudios...- que son los que con mayor frecuencia forman el grueso de los desempleados. Se trata además de una formación a la que se dedica poco presupuesto- la media española en esta materia está por debajo de la media de la Unión Europea -. Y especialmente grave, es la ausencia de una política coherente con los objetivos compartidos como consecuencia de la descentralización de los Servicios Públicos de Empleo autonómicos. A lo que debe añadirse el fenómeno habitual de la subcontratación de la oferta formativa con una multitud de entidades formadoras de muy diverso nivel y contenidos.

Por ello se debe planificar y coordinar de forma eficaz la acción formativa autonómica, mejorar la subcontratación de los servicios formativos –si no es posible hallar otra solución–, valorando cualitativamente las titulaciones de capacitación que estos centros impartan lo que a su vez mejorará el grado de reconocimiento por las empresas de los



certificados de profesionalidad emitidos por las mismas. No se trata de que los desempleados cumplan con las obligaciones establecidas en su compromiso de colocación de realizar cuantos cursos de formación se les presenten, sino de que puedan recibir una formación de calidad de acuerdo a sus aptitudes y que sirva realmente para su incorporación a un puesto de trabajo.

De todas formas, el grado de formación del empleo no sólo depende del nivel de estudios terminados de la población ocupada, sino también de la formación continua y permanente dentro de la empresa. En este sentido, nuestra economía presenta como un grave déficit el hecho de que más de un 30% de los trabajadores sean temporales –aunque la crisis actual haya reducido por la vía expeditiva de la rescisión o no renovación del contrato al 25%–. Efectivamente, por un lado, el trabajador temporal no tiene incentivos a adquirir capital humano específico de la empresa ya que la probabilidad de continuar en la misma es reducida. Por otro lado, la empresa tampoco tiene tanto interés por ofrecer formación a este tipo de trabajadores ya que pueden abandonarla si obtienen una oferta de trabajo más favorable, como tampoco tiene interés en integrarlos en sus planes estratégicos o de negocio.

Finalmente, la formación permanente es clave para mejorar el capital humano, ya que ofrece a las personas ocupadas nuevos conocimientos y habilidades útiles para el empleo actual y futuro, y a las desocupadas un aumento de las probabilidades de reincorporación al mercado de trabajo. En la actualidad, España se encuentra en esta materia muy por debajo de la media de la UE-25 por lo que debe aumentar el esfuerzo en la formación a lo largo de la vida, en particular en las materias relacionadas con la Sociedad de la Información, para aproximarnos a las cifras de los países de nuestro entorno.

En resumen, la formación continua de ocupados y desocupados debe continuar mejorándose en el sentido de que se favorezca el aprendizaje a lo largo de la vida, conjugando la realidad autonómica de nuestro Estado y la inserción de la formación en la negociación colectiva sectorial, en la línea que ya se contiene en el RD 395/2007 que, por un lado, refuerza la concertación social entre el Gobierno y los interlocutores sociales y, por otro, profundiza en la capacidad de gestión de las Comunidades Autónomas y en la cooperación de éstas con el Estado, con la finalidad de impulsar y difundir la formación entre empresarios y trabajadores, favoreciendo el acceso de las PYMES al sistema, además de dar respuesta a la necesidad de ofrecer formación a los trabajadores de más edad y a los trabajadores de sectores en procesos de reestructuración.

Por otra parte deben desarrollarse sistemas de acreditación de las competencias profesionales adquiridas, tanto a través de procesos formativos (formales y no formales) como de la experiencia laboral. Esto permitirá la supresión de obstáculos a la libre circulación de los trabajadores.

Finalmente pueden sugerirse una serie de medidas dirigidas a mejorar la formación de los trabajadores: Entre ellas, el establecimiento de bonificaciones sobre la cuota de formación para las empresas que realicen formación para sus trabajadores; el facilitar



los permisos individuales de formación; el impulso a los Programas públicos de empleo-formación; el desarrollo de acciones de apoyo y acompañamiento a la formación; los contratos programa, convenios o similares que doten a la oferta formativa de estabilidad y permanencia en el tiempo.

Y un breve apunte para un tema muy concreto: las medidas para la integración del alumnado inmigrante.

La cada vez mayor afluencia de alumnado inmigrante a nuestro sistema educativo es un reto que debe ser afrontado de forma que garantice la integración y la compensación, cuando sea preciso, de sus necesidades educativas. En este sentido conviene recordar dos propuestas que parten de las Organizaciones No Gubernamentales: Evitar la concentración de alumnado inmigrante de acuerdo con el porcentaje determinado por cada Comunidad Autónoma para cada zona en función de la proporción total de inmigrantes en relación con el alumnado total y la dotación de mayores recursos a las diferentes actuaciones para facilitar la integración de los alumnos en el sistema educativo español, con especial atención al conocimiento del idioma.

## 2. El sistema universitario

En las dos últimas décadas se ha producido importantes transformaciones en el sistema universitario español: Aumento considerable del número de titulados, amplio espectro en cuanto a su origen social, una mejor y más amplia distribución por sexo, y en conjunto, la universalización y generalización de los estudios universitarios. Y, como bien se sabe, estamos en el momento histórico en el que la Universidad debe adecuarse a la competencia europea e internacional lo que implica un cambio sustancial hacia su modernización y excelencia.

Y junto a ello, y como también se sabe, una de las principales cuestiones derivadas del aumento de universitarios y de Universidades ha sido un crecimiento sin planificación efectiva, lo que ha dado lugar a importantes desequilibrios respecto a la demanda profesional en el mercado de trabajo.

Por otra parte, otra cuestión importante en la que España es deficitaria es en la inversión en I+D desconociendo que la nueva política industrial de los países desarrollados se orienta no sólo a la mejora de la calidad de los bienes y servicios en sectores tradicionales, sino principalmente al impulso de los sectores de mayor intensidad tecnológica, de forma que la composición sectorial resultante de lugar a niveles de productividad y competitividad elevados. Ejemplo de ello es que la financiación empresarial española apenas supera el 48% de la inversión total en I+D, lejos de la media de la UE-15 del 58% y del objetivo de Lisboa del 66%. Así, de las 500 empresas de la UE-15 que más invierten en I+D sólo 9 son españolas, cuando por el tamaño de nuestra economía corresponderían 50. En un contexto internacional cada vez más abierto, que implica una mayor competencia, es necesario desarrollar una nueva política de estímulo industrial que incentive a las empresas a incrementar la productividad a través de la inversión en investigación, tecnología e innovación.



En la actualidad la investigación se realiza fundamentalmente en España en centros públicos, Universidades o Institutos de Investigación – sólo el 2,8% de las empresas innovadoras considera el vínculo con la Universidad fundamental (Informe CES 01/2009), si bien el sistema de transferencia tecnológica de las Universidades a las empresas esta en una fase inicial pero mostrando un dinamismo creciente. Un buen ejemplo son las llamadas empresas de origen universitario – spin off- , así como la cesión de las patentes universitarias a las empresas. Aunque en ambos casos los ejemplos son aún escasos y se concentran en Universidades politécnicas.

Como propuestas en este ámbito sugeriría las siguientes: Favorecer centros, redes e infraestructuras de apoyo a la transferencia; la creación de parques científicos y tecnológicos, de los que en Andalucía existen ya notables ejemplos; establecer vínculos estables entre tales centros, las Universidades y los centros de formación profesional y facilitar, igualmente la movilidad del personal investigador entre empresa y Universidad.

Y finalmente, la adaptación de nuestra Universidad al espacio Europeo de Educación Superior debe procurar una nueva redimensión de la oferta universitaria, una mayor movilidad de los estudiantes y una mejora en la capacidad de generar la transferencia de conocimientos al tejido productivo.



## EL FACTOR HUMANO COMO ESTRATEGIA DE DESARROLLO COMPETITIVO DEL TEJIDO PRODUCTIVO.

### D. Salvador Perán Quesada

Miembro del observatorio Jurídico-Laboral de la Violencia de Género.  
Universidad de Málaga.

#### 1. La importancia de la incorporación del conocimiento y la mejora de la cualificación profesional como base del desarrollo social y económico

La consolidación política de la Estrategia de Lisboa se ha sustentado en el objetivo de crear una economía dinámica y sostenible para Europa basada en la sociedad del conocimiento y capaz de permitir unas economías competitivas y capaces de crear mayor cantidad de empleo, pero a su vez de mayor calidad que permitan logros en el campo de la cohesión social.

Bajo la premisa de que el desarrollo económico europeo, solo será eficaz si es capaz de respetar su principal seña de identidad que es el modelo social europeo, los Estados miembros se ven obligados a aumentar las inversiones en capacitación, cualificación, empleabilidad, formación y adaptabilidad a las nuevas tecnologías. Colocado en el centro de las reformas de sus sistemas productivos la incorporación de las nuevas tecnologías y el conocimiento como único camino posible para alcanzar economías competitivas y sociedades cohesionadas.

Se ha hecho igualmente patente, el enorme potencial tecnológico que tiene Europa, especialmente en algunos ámbitos de desarrollo tecnológico, pero también sus insuficiencias estructurales e institucionales, que ponen en riesgo el papel hegemónico que en estos campos puede jugar, en especial por la competencia de EEUU y los países emergentes, como China India.

Por lo que respecta a España, no puede olvidarse que, desde la aprobación del llamado proceso de Lisboa en el año 2000 hasta hoy, los avances han sido poco significativos. Nuestra economía sigue presentando importantes desajustes estructurales, así frente a unos índices de productividad muy bajos, el sistema productivo manifiesta una importante dependencia de sectores terciarios como la construcción o los servicios, que aportan generalmente un bajo valor añadido, mientras que existen importantes dificultades en el tránsito formación – empleo. Igualmente nuestro sistema de transferencia tecnológica muestra deficiencias significativas, a la vez que el mercado de trabajo español se caracteriza por ser extremadamente precario y por la fragmentación.



Estas cuestiones se agravan en la coyuntura económica actual. La situación de crisis está afectando de un modo especialmente severo a los trabajadores con menor grado de cualificación, lo que significa una importante dualidad del mercado de trabajo, que permite la convivencia de trabajadores integrados plenamente, con derechos laborales y de empleo y protección social garantizadas, con otros, con escasa protección social y poca seguridad en el mercado de trabajo. Dualidad que se manifiesta también en una “dualidad formativa”, por la que los trabajadores que mejores condiciones de trabajo ostentan, cuentan a su vez con mayores posibilidades de cualificación y acceso a la formación continua, mientras que la precariedad laboral, no solo impide un satisfactorio desarrollo laboral, sino que además limita la promoción y la formación a lo largo de la vida laboral.

Y si precisamente existe un lugar común en el conjunto de análisis expresados, es el de la necesidad de un “cambio de rumbo”, la necesidad de un cambio estructural, de un cambio de modelo productivo.

Nuestra estructura económica ha mostrado una importante capacidad de evolución en las últimas décadas, la sociedad y la economía española se han transformado y modernizado profundamente en los últimos treinta años, eso ha permitido mejoras en el nivel de desarrollo social y económico, pero también nos sitúa ante nuevos retos, como es el de aprovechar los mejores niveles educativos que hoy presenta España con respecto al pasado, como es el de optar por modelos económicos competitivos que permitan la incorporación de la innovación a los procesos productivos, como es el de poner a disposición de la sociedad las mejoras tecnológicas, como es, en definitiva, el abandono progresivo de la dependencia de sectores marcados por la precariedad, la temporalidad y la baja cualificación.

## **2. Las bases del cambio de modelo. Los mecanismos operativos para hacer posible la transferencia tecnológica**

La estrategia española de ciencia y tecnología, cuyo eje principal será la próxima Ley de Ciencia y Tecnología, tiene como objeto potenciar los mecanismos que permitan una fluida relación entre las instituciones generadoras de ciencia y el sector productivo, desde el convencimiento que es el camino necesario para producir el necesario cambio en el sistema productivo.

Nuestras empresas deberán tomar conciencia de la importancia que representa para la competitividad y para el crecimiento económico, la incorporación de la innovación en sus dinámicas de producción.

No cabe duda, de que será necesaria una estructura de transferencia tecnológica eficaz que lo permita, y que los poderes públicos deberán jugar un destacado papel en este sentido, especialmente por que mientras que la producción de bienes y servicios depende de la actividad privada, la investigación y la innovación, en nuestro modelo es fundamentalmente pública.



En este sentido, se aprobó el Plan director para la valoración y la transferencia tecnológica para el periodo 2008 – 2011, integrado, y por tanto en coordinación y coherencia con el Plan Nacional de Investigación.

Este Plan, pretenderá potenciar la formación y la contratación de personal especializado en la transferencia tecnológica, en este sentido de buscará la creación de una línea curricular especializada en transferencia.

A su vez, se promoverá las búsquedas de alianzas entre el sector público y el sector privado, se fortalecerán las unidades dedicadas a facilitar la transferencia en el ámbito universitario y se le dará un impulso al programa Campus de Excelencia Internacional. Esta estrategia pública, se completa con las líneas de financiación del Plan Nacional de I+D, que comprende especialmente la promoción de las Jóvenes empresas investigadoras, la migración de las empresas de base tecnológica a los Parques Tecnológicos y la potenciación de las OTRIS.

### **3. Las bases del cambio de modelo. La mejora en la formación y la cualificación del factor humano**

#### **3.1. La importancia de la formación en la Estrategia Europea de Empleo (EEE). El Espacio Europeo de Investigación y las Directrices Integradas para el crecimiento y el empleo**

La Estrategia de Lisboa nace con el ambicioso objetivo de impulsar para Europa una economía dinámica y sostenible, basada en la sociedad del conocimiento, como base de la mejora de la productividad a través de la mejor aplicación de la tecnología al trabajo.

Las líneas políticas de la EEE vienen marcadas por medidas dirigidas a explotar el enorme potencial tecnológico que tiene Europa, y pasan por una mejora en la estructura tecnológica dirigida a facilitar la aplicación de la innovación, el conocimiento y las nuevas tecnologías.

Pero, la eficacia de estas políticas van a depender de la capacidad de Europa de ser coherente con sus señas de identidad, esto es, el avance tecnológico solo será posible si es acompañado por el fortalecimiento del modelo social europeo.

En este sentido, van a plantearse un conjunto de reformas basadas en cuatro criterios, la incorporación del valor añadido a la producción, la creación de mercados de trabajo flexibles, la eliminación de las barreras comerciales y la sostenibilidad ambiental.

Y fundamentalmente, para avanzar en el objetivo de más y mejores empleos, la Comisión Europea, considera que será imprescindible invertir de forma eficaz y racional en el capital humano, y avanzar de forma decisiva en materia de aprendizaje permanente.



Pero los avances desde el año 2000 han sido escasos, y se hace necesario adoptar medidas dirigidas a hacer más eficientes los servicios públicos, en hacer más dinámica la inversión privada, en potenciar el beneficio social de la investigación, en fomentar la cultura investigadora y en hacer más cercano el modelo de reformas universitarias con el modelo de investigación.

Ello va a requerir mejoras en inversión en educación, la homogeneización en el tratamiento de la investigación en la Unión Europea, así como avanzar en el campo de la responsabilidad social de las empresas, también en el ámbito de la innovación, así como el compartir el peso de la investigación entre los sectores públicos y privados.

### **3.2. Las tendencias actuales en materia de formación – empleo en nuestro país en el contexto de la Formación Profesional y la formación continua a lo largo de la vida laboral**

Es destacable la importante relación entre el sistema educativo y el nivel de cualificación del capital humano, la inversión en educación va a producir resultados positivos en el conjunto del sistema productivo y en el bienestar social en general.

Es por ello, que los análisis deberán incidir en el creciente desajuste entre el sistema educativo universalizado, pero con deficiencias especialmente en proporción a la Formación Profesional, y el sistema productivo, incapaz de dar soluciones a los problemas de desempleo.

Papel destacado deberá jugar la Formación Profesional para la obtención de los logros en mejora de la cualificación (España de hecho se sitúa 24 puntos por debajo de los objetivos marcados por Europa), y su necesaria y conveniente modernización, con el objetivo de conseguir una formación profesional de calidad, con recursos suficientes tanto de equipamientos como de formadores, y flexible, que permita una fluida relación con los demás niveles educativos y entre la formación reglada y la formación continua a lo largo de la vida profesional.

Ello va a requerir una reforma profunda que permita que los trabajadores puedan obtener una cualificación acorde con las demandas del mercado. Estas reformas requerirán la incorporación de un conjunto de medidas dirigidas a la creación de un sistema de formación y de orientación laboral y profesional integrado y eficaz, y a la creación de mecanismos que permitan una evaluación global del sistema.

A su vez, se consideran importantes los procesos de aprendizaje permanentes, que deberán ser capaces de integrar los ciclos de vida de los trabajadores.

Como señalamos anteriormente, la incapacidad de acceder a los procesos de formación permanente, están condicionando el desarrollo de un mercado dual, que también se manifiesta en lo referente al acceso a la formación, y no solo en las condiciones generales de empleo.



En este sentido, se señala como elemento importante la necesidad de diseñar nuevos modelos de formación y aprendizaje, dirigidos a crear una nueva estrategia de formación permanente, que incorpore formas de evaluación globales, que permitan la valoración del aprendizaje tanto formal como informal.

Las políticas de empleo, deberán adoptar medidas más decididas a favor de la formación de los desempleados, evitando alguna de las importantes disfunciones que el actual modelo de formación continua presenta, especialmente en lo que se refiere a planificación y coordinación. Las principales disfunciones del modelo vienen causadas en primer lugar, por que el proceso de descentralización de los servicios públicos de empleo a las CCAA, no siempre permite una coordinación más adecuada, y en segundo lugar, por que existe una peligrosa y preocupante tendencia a la subcontratación de estos procesos formativos.

Se destaca finalmente, la existencia de un déficit en el diseño de la formación para el empleo como eje de la estructura de la formación permanente. En un doble sentido, por una parte, la escasa importancia que la negociación colectiva dedica a esta materia, cuando, sin duda, el convenio colectivo es la vía más idónea para la incorporación de reglas que fomenten la calidad en el empleo a través de procesos de formación continua, y por otra, por la ausencia de medidas especialmente en el ámbito de las PYMES.


Todo ello requiere una actuación decidida por parte de las administraciones públicas, facilitando la creación de programas de becas e incentivos al estudio y adoptando medidas dirigidas a facilitar la transición entre la formación y el empleo, y entre el empleo y la formación continua, desde el mantenimiento de los puestos de trabajo y la mejora de la cualificación de los trabajadores.

#### **4. El factor humano como estrategia de desarrollo competitivo del tejido productivo**

Este seminario, ha tenido un especial interés por un doble sentido, en primer lugar, por el tema, es sin duda "el elemento clave" a la hora de definir las estrategias del futuro, en segundo lugar, por el planteamiento de la directora del mismo, ya que ha sabido encontrar la necesaria complementariedad en esta compleja cuestión entre temáticas diferentes pero íntimamente interrelacionadas como la formación y la cualificación, la producción de conocimiento, la transferencia tecnológica, la mejora en al productividad y el empleo de calidad.

A lo largo del seminario se han revisado los instrumentos operativos de la Estrategia Europea de Empleo, para la consecución del Espacio Europeo de Investigación y Formación, además de las Directrices Integradas para el crecimiento y el empleo.

Se han señalado los instrumentos operativos de nuestro ordenamiento jurídico para facilitar el tránsito entre la formación y el empleo. E igualmente se han analizado los



instrumentos que se prevén en la futura Ley de Ciencia y Tecnología para la potenciación de la transferencia tecnológica y su valor social como capital humano.

Todo ello, desde una doble premisa, en primer lugar, que cualquier cambio en el modelo económico, deberá sustentarse en la mejora de la calificación profesional, en la incorporación de las nuevas tecnologías y en la incorporación de la innovación a los sistemas productivos, sin que ello signifique en ningún caso, o más bien todo lo contrario, renunciar al modelo social europeo y a un modelo de relaciones laborales basado en los derechos básicos de los trabajadores.

Y en segundo lugar, que la investigación, la innovación y el desarrollo tecnológico deben ser la base para la construcción de sociedades más avanzadas y mejor capacitadas para dar respuestas a las diferentes necesidades y demandas sociales que se nos presentan. Imperando, en todo caso, la utilidad social del hecho científico y la búsqueda de las mejoras sociales colectivas.

6

V JORNADAS ANDALUZAS DE GRADUADOS  
SOCIALES

---





## DESPIDOS COLECTIVOS Y SU TRATAMIENTO EN EMPRESAS EN SITUACIÓN CONCURSAL.

D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

Magistrada del Tribunal Supremo. Sala IV.

### I. Introducción


A la compleja regulación de despido colectivo, contenida esencialmente en el artículo 51 E.T. –aplicándose supletoriamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en virtud de lo establecido en el apartado 13 de dicho artículo- y en el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, se suman las disposiciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, aplicable a los despidos colectivos de empresas en situación concursal.

El artículo 44.1 L.C. establece la regla general aplicable a las empresas en concurso: “La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”.

El apartado 4 del precepto contempla la excepción a la regla general disponiendo que: “Como excepción a lo dispuesto, en los apartados anteriores, el Juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar, mediante auto, el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta”.

En cuanto al procedimiento a seguir en el supuesto de despidos colectivos, el párrafo segundo del citado apartado 4 establece que “Cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el Juez actuará conforme a lo establecido en el apartado 2<sup>a</sup> del artículo 8 y en el artículo 64”.

Examinando la regulación contenida en el artículo 64 L.C. se concluye que el papel que se atribuye al Juez de lo Mercantil en los despidos colectivos guarda una gran similitud con el desempeñado por la Autoridad Laboral en la tramitación de los E.R.E, aunque las actuaciones de uno y otro no son idénticas.



En efecto, mientras la Autoridad Laboral se limita a autorizar o denegar la autorización para extinguir o suspender los contratos de trabajo – “El empresario que tenga intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo” (artículo 51.2 E.T.); “Cuando el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la Autoridad Laboral procederá a dictar resolución, en el plazo de quince días naturales, autorizando la extinción de las relaciones laborales” (artículo 51.5 E.T.); “Las resoluciones se dictarán en el plazo de quince días naturales , si transcurrido dicho plazo no hubiere recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud” (artículo 51.6 E.T.); “La autorización de esta medida –suspensión de los contratos- procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria...” (artículo 47 E.T.)- el Juez de lo Mercantil no se limita a autorizar, sino que acuerda la extinción o suspensión de los contratos. En efecto, ni en el artículo 86 ter. 1.2ª L.O.P.J., ni en los artículos 8.2ª y 64 L.C. aparece referencia alguna a que el Juez de lo Mercantil tenga que dar “autorización” para suspender o extinguir los contratos, consignando el artículo 64.7 que “El Juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado”. En la dicción del artículo 8.2ª L.C. la jurisdicción del Juez del Concurso es exclusiva y excluyente para conocer de “las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado...”

La regulación contenida en el artículo 64 L.C. no contempla los dos momentos típicos del ERE, a saber, la autorización concedida por la administración y la decisión extintiva o suspensiva, adoptada por el empresario, al amparo de dicha autorización. El empresario solicita autorización para despedir o suspender, si la autoridad laboral la concede el empresario adopta la decisión pertinente, al amparo de dicha autorización. En el supuesto contemplado en el artículo 64 L.C. hay un solo momento, la decisión del Juez de lo Mercantil acerca de la extinción o suspensión solicitadas, que se plasma en un auto. Si hay acuerdo en el ERE, asimismo se producen dos momentos, la resolución de la Autoridad Laboral aprobando el acuerdo y la decisión del empresario procediendo a extinguir o a suspender los contratos al amparo de dicho acuerdo. Es un acuerdo entre partes, empresario y trabajador que vincula a un tercero, la Autoridad Laboral y que habilita a una de las partes, el empresario, para extinguir o suspender contratos. En cambio, si hay acuerdo en el supuesto previsto en el artículo 64 L.C., el Juez de lo Mercantil procede a aprobar dicho acuerdo.

En la suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo el Juez de lo Mercantil, con las matizaciones anteriormente señaladas, sustituye a la Autoridad Laboral en la tramitación de un ERE.

Si se trata de modificación sustancial de condiciones de trabajo el Juez de lo Mercantil no sustituye a la Autoridad Laboral, sino al propio empresario, pues, tal como resulta del artículo 41 E.T. el empresario es el que decide si procede o no a efectuar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.



## II. Expediente de regulación de empleo

### A) Régimen supletorio aplicable

La regulación contenida en el artículo 64 L.C. es escasa si tenemos en cuenta que a los ERE la legislación laboral dedica el extenso artículo 51 E.T. , aplicándose en todo lo no previsto en el mismo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y como norma reglamentaria el R.D. 43/1996 , de 19 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.


El citado artículo 64 en su apartado 11, contiene, no obstante, la disposición de que “en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma”. En consecuencia, en lo no previsto en el artículo 64 L.C. se aplicará el artículo 51 E.T. y el R.D. 43/1996, de 18 de enero.

No procederá, sin embargo, la aplicación de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre ya que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la misma, su ámbito de aplicación se limita a la Administración Pública, tanto a la General del Estado , como a la de las Comunidades Autónomas , a la local y a las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

### B) Momento de iniciación del expediente

En su redacción originaria el apartado 1 del artículo 64 L.C. disponía que los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales se tramitarán por el Juez de lo Mercantil, una vez solicitada la declaración del concurso.

Tal previsión, que en la época en que entró en vigor la L.C. no presentaba problema alguno, pues el tiempo transcurrido desde que se solicitaba el concurso hasta que el Juez dictaba auto declarando el mismo, era realmente breve –el mismo día de la solicitud o al día siguiente, a tenor del artículo 13 de la L.C.–, la nueva realidad económica, con el incremento progresivo del número de solicitudes de concurso que se presentan ante los Juzgados de lo Mercantil -hasta el punto de que se encuentran saturados y ha sido necesario ampliar la plantilla existente- ha desembocado en la compleja situación que se plantea cuando entre la solicitud del concurso y la declaración del mismo transcurre un lapso de tiempo relevante, en ocasiones de varios meses. Para tratar de solventar dicha situación el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal modificó, entre otros, el precitado apartado del artículo 64 de la L.C. para adecuar sus previsiones a la nueva realidad económica. La reforma del precepto ha consistido, fundamentalmente, en establecer el momento a partir del cual han de tramitarse ante el Juez del Concurso los expedientes de modificación



sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, dicho momento es “una vez declarado el concurso”, lo que significa que no es suficiente con que el concurso se haya solicitado, sino que el juez ha de haber dictado auto declarando el concurso.

Este momento inicial aparece posteriormente matizado en el apartado 3 del artículo 64 que dispone que “La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior -modificación sustancial de condiciones de trabajo, extinción y suspensión colectivas de los contratos de trabajo- sólo podrá solicitarse del Juez del Concurso, una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el Capítulo I del Título IV de esta Ley”-artículos 74 y ss. L.C.- Hay que subrayar que el plazo para la presentación del informe es de dos meses, contados a partir de que se produzca la aceptación del cargo por dos administradores -5 días, a tenor del artículo 29 L.C.-, plazo que puede prorrogarse un mes más, por lo que puede suceder que se declare el concurso y no sea posible solicitar la adopción de las medidas del artículo 64 L.C. hasta transcurridos tres meses. La propia Ley en la redacción anterior a la introducida por el Real Decreto Ley 3/09, de 27 de marzo, prevé una excepción a tan dilatado plazo y es el supuesto en que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas, pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa.

La Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía, sede de Sevilla, entendió en sentencia de 19 de noviembre de 2008, recurso 130/08, que se aplicaba la excepción, a la que anteriormente se ha aludido, en un supuesto en el que la empresa, a la vez que solicitaba el concurso voluntario, intentaba la extinción colectiva de los contratos de 19 trabajadores de su plantilla. La sentencia razona que, si bien es cierto que la interpretación literal de la norma -cuando se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa- llevaría a estimar que no concurre la excepción en este supuesto, ello supondría que nunca se aplicaría a los E.R.E., en los que se pretendiese la extinción de los contratos de toda la plantilla, ya que la viabilidad de la empresa en estos casos sería imposible. No obstante se entiende que se dan las circunstancias exigidas para apreciar la excepción, ya que si hay que esperar el informe de la administración concursal se pueden producir graves perjuicios, pues puede que los trabajadores no cobren su salario y en este período no puedan percibir prestaciones, ni subsidio de desempleo, ya que no se encuentran en situación legal de desempleo. La demora en la adopción de las medidas colectivas supondrá además un incremento de la masa pasiva y un claro perjuicio para la masa activa, lo que limitará aún más, en su caso, la continuidad de la actividad empresarial. Concluye que por todas estas razones se admite que se solicite la adopción de las medidas colectivas con anterioridad a que se emita el informe de la administración concursal.

El R.D. Ley 3/2009, de 27 de marzo ha modificado el apartado 3 del artículo 64 L.C. añadiendo, a la excepción prevista a la regla general de que la adopción de las medidas sólo puede solicitarse ante el Juez una vez emitido el informe por la Administración Concursal -salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas



pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa- el supuesto de que la demora pueda causar grave perjuicio a los trabajadores.

### **C) Iniciación**

Los legitimados para iniciar el expediente de modificación sustancial de condiciones de trabajo, y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales son:

- La administración concursal (aparece regulada en los artículo 26 y siguientes L.C.).
- El deudor.
- Los trabajadores de la empresa, a través de sus representantes legales. Hay que poner de relieve que el trabajador individual no está legitimado para iniciar el expediente, al igual que sucede en el E.R.E., a tenor del artículo 7 del R.D. 43/96, de 19 de enero.

### **D) Requisitos de la solicitud**

Tal como dispone el apartado 4 del artículo 64 la solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con estas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

Hay que señalar que, si bien el artículo 64.4 L.C. utiliza la dicción “viabilidad futura de la empresa y del empleo” presente asimismo en el artículo 51 .1 E.T, sin embargo, no repite exactamente lo previsto en este, ya que al referirse a causas económicas consigna que “la adopción de las medidas propuestas contribuya a superar una situación económica negativa de la empresa” y si son técnicas organizativas o de producción, contribuyan a “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo”, añade “ a través de una más adecuada organización de los recursos”.

El precepto prevé que a la solicitud habrá de acompañarse los documentos necesarios para acreditar las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con estas, lo que supone que de la documentación que se acompaña han de resultar acreditados dichos extremos.

No hay que olvidar que las medidas colectivas pueden ser solicitadas por los trabajadores, a través de los representantes que lógicamente no disponen de la documentación de la que puede disponer la empresa. Como supletoriamente se aplica la legislación laboral, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del R.D. 43/96, de 19 de enero, en el caso de que el ERE se inicie por los trabajadores, solo se requiere que se acompañe memoria explicativa de las razones por las que se inicia el procedimiento y las pruebas que se estimen oportunas para acreditar los perjuicios que podrían originarse, caso de no iniciarse el ERE.



Si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores a la solicitud ha de acompañarse “un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo”, tal como dispone el apartado 5 del artículo 64 L.C.

### **E) Período de consultas**

Recibida la solicitud, el Juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas. La duración no será superior a quince días naturales en las empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores y a treinta días, también naturales, si la empresa tiene más de cincuenta trabajadores. En este último caso deberá acompañar un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Se dará traslado de copia de la solicitud y de los documentos que la acompañan a los representantes legales de los trabajadores cuando la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal.

Durante el período de consultas los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fé para la consecución de un acuerdo. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del Comité o Comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiera, siempre que representen a la mayoría de aquellos.

Se plantea qué sucede en el supuesto de que no existieran representantes de los trabajadores. El auto del Juzgado de lo Mercantil nº5 de Madrid, en el procedimiento de concurso 411/06, resolvió aplicar por analogía lo previsto en el número 4 del R.D. 43/1996, de 19 de enero, que regula el procedimiento administrativo de regulación de empleo, y admitiendo lo solicitado por la administración concursal y la propia deudora, en su solicitud, decidió que asumieran la representación colectiva de los trabajadores los sindicatos más representativos a nivel general y sectorial, de conformidad con el artículo 4. 3 a) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical y la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en las sentencias de 11 de mayo de 1983 y 11 de Julio de 1994. Concluye la citada resolución señalando que, atendida la remisión que el artículo 64.11 L.C. efectúa a la legislación laboral, la representación puede ostentarla tanto la representación unitaria como los sindicatos, sólo que, a falta de representación unitaria, debe convocarse a la sindical.

Por su parte la sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid, recaída en recurso de suplicación 405/08, desestimó la alegación de un grupo de trabajadores de la empresa AFINSA, consistente en que no se sienten representados por la ATA (Asociación de Trabajadores de Afinsa), que llegó a un acuerdo con la administración concursal, para la extinción de los contratos de 449 trabajadores, dictando auto el Juez de lo Mercantil declarando extinguidos dichos contratos, a la vista del acuerdo alcanzado, pues entiende que es válida la representación ostentada por la ATA, en virtud de lo establecido en el artículo 4 del R.D. 43/96.



La L.C. prevé que, una vez finalizado el plazo señalado -30 o 15 días naturales, dependiendo de que la empresa tenga más o menos de cincuenta trabajadores-, o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al Juez del Concurso el resultado del período de consultas.

Recibida dicha comunicación el Juez recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión.

Recibido el informe, o transcurrido el plazo de emisión, seguirán su curso las actuaciones.

Aún en el supuesto de que el informe se emitiera fuera de plazo, podrá ser tenido en cuenta por el Juez.

## **F) Resolución**

Cumplidos los trámites ordenados, el Juez resolverá mediante auto en un plazo máximo de cinco días sobre las medidas propuestas.

Si hay acuerdo el Juez ha de aceptarlo, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho. En este caso determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

Si no hay acuerdo también el Juez determinará lo que proceda.

### **• Importe de las indemnizaciones**

Se plantea la cuestión de si el Juez de lo Mercantil puede aprobar acuerdos en los que la indemnización pactada sea superior a 20 días de salario por año de servicio.

La sentencia de 12 de septiembre de 2006, recurso 1393/06, de la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco entendió que el Juez podía extinguir los contratos con indemnizaciones pactadas superiores a 20 días de salario por año de servicio –en este supuesto eran 33 días- con los siguientes argumentos:

- No se ha apreciado por la Autoridad Laboral, en su preceptivo informe, que en los acuerdos alcanzados, haya mediado dolo, fraude, coacción o abuso de derecho.
- El numeral 6º del artículo 64 L.C. impone a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores la obligación de negociar de buena fe la consecución de un acuerdo y, dado que los créditos contra la masa se pagan al vencimiento, si se



considerara que no puede exceder la indemnización de la cuantía fijada en el artículo 51.8 E.T. se reduciría notablemente la posibilidad de alcanzar un acuerdo.

- Los créditos indemnizatorios son créditos contra la masa, artículo 84.2-5º L.C., siendo por ello su disciplina ajena a la comunidad de pérdidas de los acreedores concursales, créditos guiados por el criterio de oportunidad, bien porque se puede alcanzar un convenio o, en su caso, la liquidación de la mercantil.
- Los despidos objetivos económicos o los colectivos en situaciones extraconcursoales pueden entrañar indemnizaciones superiores al mínimo legal, siendo la empresa insolvente en términos de la ejecución singular laboral, resultando un contrasentido que no se admita mas indemnización que la tasada legalmente cuando la empresa ha finalizado la insolvencia en el concurso, está intervenida y su liquidación reúne garantías.
- En el supuesto examinado la empresa había solicitado, en un primer momento, la extinción de los contratos de media plantilla, prometiendo una continuidad que luego fue sustituida por la extinción de contratos de toda la plantilla, por lo que si se limitara la indemnización a la prevista en el artículo 51.8 E.T. se defraudaría una expectativa de reparación para los trabajadores, tras arduas gestiones por parte de la representación legal de los mismos.
- El artículo 51.8 E.T. fija una indemnización mínima pero es perfectamente válido instaurar indemnizaciones superiores, tal como ha declarado el T.S. en sentencias de 21-01-97, recurso 1063/96 y 14-02-97, recurso 2667/96.
- Aunque el reconocimiento de estos créditos indemnizatorios superiores no se perciba como algo beneficioso para los restantes acreedores del deudor común, no existe impedimento legal para ello y la clara opción legislativa por la solución convenida, al promover e incitar la negociación, apoya el establecimiento de indemnizaciones superiores al mínimo legal.

En el mismo sentido se pronunció la sentencia de 12 de febrero de 2008, recurso de suplicación 4293/07, de la Sala de lo Social del T.S.J. de Valencia. La sentencia revoca el auto del Juez de lo Mercantil acordando la extinción de los contratos de trabajo sin otorgar la indemnización pactada de 30 días de salario por año de servicio. Razona, entre otras cuestiones, que el fraude nunca puede presumirse y que al aludir el Juez de lo Mercantil a "fraude de acreedores" se está anticipando a una inexistencia de saldo dinerario para atender al pago de créditos contra la masa y concursales, cuando las actuaciones ejecutivas no han culminado ni ponen de manifiesto el resultado obtenido, ni el hecho de que tal pacto pudiera verse como perjudicial para los demás acreedores, en tal caso no evidencia un fraude en el acuerdo.

En igual sentido se pronunció la sentencia de 14 de enero de 2009, recurso de suplicación 60/08, de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña, en un supuesto en el que la indemnización acordada era de 27 días de salario por año y el resto lo abonaba el



FOGASA, por ser la diferencia restante, el 40%, eventualmente imputable a dicho organismo.

La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid de 28 de noviembre de 2008, recurso de suplicación 3261/08, se pronunció acerca de la responsabilidad del FOGASA en un supuesto en que el acuerdo de la administración concursal y los representantes de los trabajadores establecía en 32,5 días de salario por año trabajado la indemnización a percibir, fijándose posteriormente por auto del Juzgado de lo Mercantil que declaró extinguidos los contratos de trabajo. La sentencia estimó el recurso interpuesto por el FOGASA, limitando su responsabilidad a 20 días de salario por año, razonando que la extinción de contratos, al amparo del artículo 64 L.C., ha de recibir igual tratamiento que el despido colectivo del artículo 51 E.T. y, por aplicación de lo dispuesto en el apartado 8 de dicho artículo, el límite del que ha de responder el FOGASA ha de ser de 20 días por año, a tenor del artículo 33.2 E.T.

#### • *Contenido del auto*

Se plantea también la cuestión de si el Juez de lo Mercantil debe limitarse a autorizar la extinción o la suspensión de los contratos de un determinado número de trabajadores, o si tiene que establecer la relación nominal de los trabajadores afectados, fijando también la indemnización procedente.

Una primera aproximación al tema podría llevarnos a concluir que si el Juez de lo Mercantil desempeña el mismo papel que la Autoridad Laboral, habrá de tener el auto similar contenido a la resolución de la Autoridad Laboral aprobando un ERE u homologando los acuerdos alcanzados entre el empresario y los representantes de los trabajadores, conclusión que no puede mantenerse por las razones que se exponen a continuación. Como ya se adelantó, en tanto la Autoridad Laboral se limita a autorizar o denegar la autorización solicitada para extinguir o suspender los contratos de trabajo o a homologar los acuerdos alcanzados para que el empresario pueda hacer uso de la autorización concedida, la posición del Juez de lo Mercantil es diferente. En efecto, el Juez resuelve sobre la pretensión que se le formula de que se declare la extinción o la suspensión de los contratos o se acepte dicha extinción o suspensión a la vista de los acuerdos alcanzados entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores. En el ERE hay dos momentos, la autorización de la Autoridad Laboral, concedida para suspender o extinguir los contratos, y la decisión del empresario que, al amparo de dicha autorización, procede a la extinción o suspensión de los contratos.

La resolución del Juez de lo Mercantil suspende o extingue los contratos, sin que tenga que mediar intervención alguna del empresario.

La resolución de la Autoridad Laboral no tiene que contener necesariamente relación nominal de los trabajadores afectados, pues el artículo 6 del R.D. 43/96 –a diferencia de lo que sucedía con el R.D. 696/80– no exige la fijación de la relación nominal de trabajadores afectados, sino únicamente su número y categoría, habiendo sido



admitida expresamente por la jurisprudencia la no inclusión de la relación nominal de trabajadores afectados (Sentencia de 28-09-99, recurso 447/98). Nada se opone a que la resolución administrativa contenga relación nominal de trabajadores afectados. Las consecuencias de que en dicha resolución se contenga o no la relación de afectados son trascendentales pues, si no contiene relación de afectados, el trabajador que al amparo de dicha resolución haya visto extinguido su contrato de trabajo, ha de reclamar ante la jurisdicción social, en tanto si hay relación nominal de afectados, el trabajador que quiera reclamar ha de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Juez de lo Mercantil en el auto extinguiendo la relación laboral ha de fijar necesariamente el nombre de los trabajadores afectados y el importe de la indemnización, pues así se desprende del artículo 84.2.5º L.C. que dispone que “los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso, se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe”, por lo que se ha de fijar el importe concreto de la indemnización y el nombre del trabajador a cuyo favor se establezca.

#### • *Carácter colectivo de las extinciones*

El artículo 64.1 L.C. determina que es competencia del Juez del Concurso el conocimiento de los expedientes de extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso.

Para determinar como se fija el carácter colectivo de las extinciones de contrato habrá que acudir al apartado 11 del artículo 64 L.C. que dispone que “En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores, cuantas competencias les atribuya la misma”.

El artículo 51.1 E.T. señala el número de trabajadores que han de estar afectados por la extinción –en un período de 90 días- para que la misma se considere colectiva, disponiendo que tendrá tal carácter cuando la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellos, que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupan trescientos o más trabajadores ....

Se entendería igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco”.

La duda surge cuando la extinción afecta a la totalidad de la plantilla y esta tiene menos de cinco trabajadores, planteándose si se entiende que se trata de extinción



colectiva, en virtud de lo dispuesto en el apartado 10 del artículo 64 L.C., o no reviste tal carácter, en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 E.T.

El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Bilbao, en auto de 3 de marzo de 2005 entendió que si la extinción afecta a la totalidad de la plantilla, aunque sean menos de cinco trabajadores, es competencia del Juez de lo Mercantil.

En igual sentido se ha pronunciado la sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 19 de septiembre de 2008, recurso 1007/08, invocando lo dispuesto en el artículo 64.10 L.C.

Por último se plantea si las extinciones por fuerza mayor, aunque sean individuales, son competencia del Juez del Concurso, ya que siempre requieren intervención de la Autoridad Laboral, a tenor del artículo 47.2 E.T., habiéndose llegado a la conclusión negativa, a la vista de lo dispuesto en el artículo 86 ter L.O.P.J. y 8 L.C., por lo que habrá de seguirse el procedimiento establecido en el artículo 51.12 E.T.

### **III. Acciones individuales de resolución del contrato de trabajo por falta de pago o retrasos continuados en el abono de salarios**

El art. 64.10 L.C. dispone que las acciones individuales, interpuestas al amparo de lo dispuesto en el art. 50.1 b) E.T. -fundadas en la falta de pago o retrasos continuados en el abono de los salarios- tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, a efectos de su tramitación ante el Juez del Concurso, por el procedimiento previsto en el art. 64 L.C., cuando la resolución afecte al número de trabajadores que se establece a través de una escala, que pondera ese número en función de la plantilla de la empresa, tal como consta en el citado precepto.

La finalidad de la norma es evitar que los trabajadores traten de conseguir -bajo la apariencia de una extinción del contrato a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario- una indemnización superior -45 días de salario por año- a la que les correspondería en el seno del procedimiento del artículo 64 de la L.C. -20 días de salario por año-.

Los autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, todos ellos de 2007, han abordado esta cuestión. El primero de ellos, de fecha 21 de junio de 2007, resolvió que es competente el orden jurisdiccional social para conocer de una demanda interpuesta por un trabajador solicitando la extinción del contrato al amparo del artículo 50.1 b) E.T. pues, aunque es una acción individual de extinción del contrato, interpuesta al amparo del precitado art. 50.1 b) E.T. a las que hace referencia el art. 64.10 L.C., al haberse planteado antes del concurso no puede computarse a los efectos de la superación de los umbrales señalados en dicho precepto, que expresamente establece que se tramitarán ante el Juez del Concurso si sobrepasan el número de trabajadores que fija, "a partir de la declaración del concurso".



El auto 10/06, de dicha Sala, de 30 de marzo de 2006, entendió que es competencia de la jurisdicción social una demanda de despido planteada contra una empresa que pocos días después es declarada en concurso. Razona dicho auto que, a tenor del art. 51.1 L.C. los procesos sobre despido son, en principio, juicios declarativos que han de continuar hasta la firmeza de la sentencia, si se encontraran en tramitación en el momento de la declaración del concurso, salvo los que sean competencia del Juez del Concurso, a tenor del art. 8 L.C. No se trata de un supuesto de extinción del contrato, al amparo del art. 50.1 b) E.T., sino de un despido, por lo que no es subsumible en el art. 64.10 L.C.

El auto 31/06 de 10 de julio de 2006, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia, entendió que es competencia del Juzgado de lo Mercantil, que tramitaba el concurso de la empresa, las acciones individuales de extinción del contrato interpuestas por la totalidad de los trabajadores de la empresa al amparo del art. 50.1 b) E.T., a tenor de lo establecido en el art. 64.10 L.C., por tratarse de una extinción colectiva. Hay que poner de relieve que el número total de trabajadores de la empresa ascendía a cinco.

La sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de fecha 15 de julio de 2005, entendió que era competencia de la jurisdicción social el conocer de las demandas de extinción del contrato de trabajo, al amparo del art. 50.1 b) E.T., planteadas por 19 de los 22 trabajadores de la empresa, pues si bien las mismas se tienen en cuenta a efectos de determinar, atendiendo el número de trabajadores afectados, si la extinción es o no colectiva, no conoce de ellas el Juez de lo Mercantil ya que tal consecuencia no se deriva de la literalidad del art. 64.10 L.C., ni de los artículos 8.2 y 64.1 L.C. pues para la determinación de la competencia hay que atender al momento inicial de la litispendencia, que es el de la interposición de la demanda, si después es admitida, debiendo tenerse presente el principio de la "perpetuatio iurisdictionis", sin que quepa una suerte de incompetencia judicial sobrevenida.

La sentencia de 21 de abril de 2006, recurso de suplicación 311/05, de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla La Mancha, declaró la nulidad de la resolución del Juez de instancia que había acordado suspender la tramitación de los procesos de despido, por encontrarse la empresa en situación concursal. La sentencia entendió que las acciones de despido ejercitadas por los actores tienen claro contenido individual y no colectivo, siendo las únicas acciones de despido colectivas las reguladas en el art. 51 E.T., que integra el concepto de acción social de extinción colectiva del contrato de trabajo, resultando el carácter colectivo, no sólo del número de trabajadores afectados, sino de las concretas causas en las que se funda la extinción, lo que exige una expresa alegación de las mismas por parte del empresario. Ninguna acción de despido de la que inicialmente sea competente para conocer el Juez de lo Social se verá afectada por la declaración del concurso, pues las únicas cuya competencia asume el Juez de lo Mercantil son las acciones de despido de carácter colectivo. Al ser competencia del Juez de lo Social, la declaración del concurso no tiene más trascendencia que la referente al emplazamiento de la administración concursal, previsto en el art. 50.2 L.C. En el supuesto examinado la acción de despido se ejercita con anterioridad a la declaración del concurso, estando previsto en el art. 51.1 L.C. que se continuará la tramitación hasta la firmeza de la sentencia.



La sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J de Cataluña de 15 de julio de 2007, recurso 366/07, entendió que era competencia del Juzgado de lo Social el conocimiento de un despido plural, presentado con posterioridad a que se declarara el concurso, por varios trabajadores ya que no se trata de extinción colectiva de los contratos, al amparo del art. 64 L.C., ni ejercicio de acciones individuales del 50.1 b) E.T.

La sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía, sede Málaga, de 07 de febrero de 2008, recurso 2537/07, entendió que era competencia del Juzgado de lo Mercantil la demanda presentada por un trabajador en la que alegaba que se había producido un despido tácito, ya que no se trata de un trabajador aislado sino que con anterioridad a la presentación de la demanda se había declarado a la empresa en concurso, el 22-07-06, habiéndose dictado auto declarando extinguidos los contratos de trabajo el 25-07-06, en tanto la demanda de despido se presentó el 11-09-06.


La sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid, de 24 de marzo de 2008, recurso 406/08, entendió que, aunque ya se había declarado a la empresa en concurso en la fecha de presentación de las demandas por despido, como se trata de una demanda plural de despido de 11 trabajadores, que reclaman por despido tácito y que no fueron incluidos en el expediente de extinción colectiva tramitado ante el Juez del Concurso, es competencia del Juzgado de lo Social.

La sentencia de la Sala de lo Social, del T.S.J de Galicia de 28 de marzo de 2008, recurso 685/08, entendió que, aunque la empresa estaba en concurso al presentar la actora la demanda por despido, al haber accionado por despido tácito es competencia de la jurisdicción social. En idéntico sentido la sentencia de dicha Sala de 6 de junio de 2008, recurso 683/08.

La sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 27 de junio de 2008, recurso 2177/08, entendió que era competencia de la jurisdicción social la reclamación por despido de los trabajadores pues, aunque la empresa se encontraba en situación de concurso al presentarse la demanda, previamente les había enviado una carta en la que les comunicaba que estaban de vacaciones hasta nuevo aviso.

La sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Valencia, de 3 de julio de 2008, recurso 911/08, entendió que era competencia del Juzgado de lo Mercantil, la demanda presentada por siete trabajadores solicitando extinción de sus contratos, pues, con anterioridad, la empresa había sido declarada en concurso y se había dictado auto por el Juzgado de lo Mercantil disponiendo la extinción de los contratos de toda la plantilla (entre ellos los actores) con la indemnización acordada entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores.

Más compleja es la situación examinada por la sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 25 de julio de 2008, recurso 571/08. El auto del Juzgado de lo Mercantil declarando la extinción colectiva de los contratos de trabajo de los actores fue revocado por sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, que dejó sin



efecto dicha extinción. Los trabajadores no fueron readmitidos y doce de ellos reclamaron por despido tácito, entendiendo la citada Sala de lo Social que para conocer de tal despido son competentes los Juzgados de lo Social.

La sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco de 23 de septiembre de 2008, recurso 1686/09, entendió que era competencia de la jurisdicción social la reclamación por despido efectuada por un trabajador al que la empresa había remitido carta de despido, aunque con posterioridad se dictó auto por el Juzgado de lo Mercantil extinguiendo el contrato de 21 trabajadores, entre ellos el actor, a instancia de la administración concursal. Razona la sentencia que la facultad que tienen los administradores de instar la resolución de los contratos se ha de ceñir a aquellos sujetos que son trabajadores de la empresa y sobre los que articulan su facultad, pero no existe un derecho sobre otros frente a los que ya había el empleador realizado una actividad específica.

La sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 15 de octubre de 2008, recurso 3825/08, entendió que es competente la jurisdicción social para conocer de la reclamación individual de despido de un trabajador al que la empresa, que había sido declarada en concurso, remitió carta de despido.

La sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla La Mancha, de 30 de octubre de 2008, entendió que, aunque el demandante presentó demanda por despido en fecha 20 de marzo de 2007, y la solicitud de la administración concursal de extinción colectiva de los contratos de trabajo se efectuó el 3 de agosto de 2007, es competencia de la jurisdicción mercantil ya que, siguiendo la doctrina jurisprudencial (STS de 25-01-07), cuando se ejercita la acción de extinción de contrato y también la de despido, el criterio que debe prevalecer no es el cronológico procesal, sino el cronológico causal sustantivo, que da prioridad a la acción que haya nacido antes en derecho, es decir, atendiendo al hecho constitutivo de la misma, que en este caso es el de extinción del contrato, por lo que no existe acción por despido, al haberse declarado resuelta la relación laboral por el antedicho auto del Juzgado de lo Mercantil.

La sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 5 de diciembre de 2008, recurso 1805/08, entendió que era competencia del Juzgado de lo Social la reclamación por despido formulada por tres trabajadores, a los que la empresa había enviado carta comunicándoles el despido por falta de liquidez, pues la situación de concurso se declaró con posterioridad a la presentación de las demandas y no se trata del despido colectivo, regulado en el artículo 51 E.T., ni del ejercicio de acciones individuales, al amparo de lo previsto en el artículo 64.10 L.C.

La sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Valencia de 19 de diciembre de 2008, recurso 3547/08, desestimó la pretensión de los trabajadores de que se declarara la nulidad del auto del Juzgado de lo Mercantil que había declarado la extinción colectiva de los contratos de trabajo, entre ellos los de los actores, alegando que había una sentencia de un Juzgado de lo Social –posterior al auto del Juzgado de lo Mercantil– declarando la improcedencia de los despidos. La sentencia razona que las vacaciones de los



trabajadores se inician el 15 de marzo de 2008, fecha en la que la empresa cesó en su actividad a la espera de la resolución del incidente concursal, los trabajadores cobraron sus percepciones hasta la fecha en que fue autorizada judicialmente la extinción de sus contratos y previamente se negoció entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores el importe de las indemnizaciones, por lo que el auto del Juzgado de lo Mercantil extinguiendo los contratos de trabajo es ajustado a derecho.



7

VI JORNADAS TÉCNICAS DE  
LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO

---





## EXPERIENCIAS EUROPEAS EN LA LUCHA CONTRA EL TRABAJO SUMERGIDO

### D. Marco Barbieri

Catedrático de Derecho del Trabajo.  
Universidad de Foggia (Italia).

#### 1. Premisa

El tema de la presente exposición que me ha sido encargado es tan extenso y desproporcionado en relación al tiempo disponible y a mis capacidades.

Por este motivo haré un referimento esencialmente dirigido al esquema comunitario de las disposiciones en materia de la lucha contra el trabajo sumergido o no declarado y a la experiencia italiana a nivel nacional y regional; entre éstas, en particular a las de mi Región, la Región Puglia, que debido a la importancia que tiene la agricultura y el trabajo sumergido o no declarado de inmigrantes extracomunitarios en éste sector, podría quizás presentar algún interés por analogía con algunas situaciones de Andalucía.

#### 2. La Unión Europea y la lucha contra el trabajo sumergido o no declarado. a) La Directiva 2009/52/CE

En el ámbito de las competencias comunitarias derivadas de los Tratados, que pueden tener relación con el tema que estamos tratando, va señalado ante todo que el principio que encarga a la Comunidad el objetivo de «promover [...] un alto nivel de empleo y de protección social» (art. 2 TCE), porque es evidente que el trabajo sumergido o no declarado por definición representa la total carencia de protección social del trabajo. En concreto, las disposiciones contenidas en el Título XI de la Parte Tercera del TCE han dado forma a la denominada dimensión social de Europa, siempre con el objetivo de «la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada» (art. 136 TCE), y en particular dedicadas al trabajo son las disposiciones sociales que constituyen el Capítulo 1.

El art. 137 TCE, que configura la acción subsidiaria de la Comunidad respecto de aquella de los Estados nacionales en el campo social, está particularmente relevado desde el punto de vista que aquí se considera, sea porque entre las materias se encuentra expresamente excluida de la competencia comunitaria, la retribución (art. 137, par.



5)<sup>1</sup>, sea porque se configura en cambio, en el ámbito de las materias enumeradas en la letra de la *a*) a la *i*) del párrafo 1, un verdadero y propio poder normativo de los órganos comunitarios, en la forma de la Directiva (par. 2, letra *b*)).

En los varios órganos que la componen, la Unión europea se ha ocupado en varias oportunidades de la lucha contra el trabajo sumergido o no declarado en las formas que probaré a examinar sintéticamente en el párrafo 3.

Pero, todavía debemos relevar que, la más importante y significativa intervención comunitaria la constituye la recientísima Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 18 de junio de 2009<sup>2</sup>, que introduce normas mínimas relativas a sanciones y medidas en contra de empleadores que dan trabajo a ciudadanos de terceros países en situación irregular o en posesión de permisos de estancia irregular en el país.

Y la primera, a no decir mucho, obvia observación es que la base jurídica de la Directiva está constituida no de las normas contenidas en los Tratados a tutela del trabajo o que en cualquier modo se ocupan del trabajo, sino del art. 63 TCE, y en particular del punto 3, letr. *b*), del primer coma, que dispone que sean adoptadas medidas en materia de política de inmigración en el ámbito de: «la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales». Y no a partir de una exigencia de tutela del trabajo y del mercado. Veremos las consecuencias.

En efecto, el trabajo en negro es expresamente asumido no como factor de violación de los derechos de los trabajadores y de la leal concurrencia entre empresas, sino como «uno de los principales factores de atracción de la inmigración clandestina en la UE» (considerando n. 2), y las sanciones contra los empleadores que violen dichas prohibiciones generales de asumir ciudadanos extracomunitarios con permisos y documentos irregulares en la Unión Europea es justamente ideado para desalentar la permanencia ilegal de aquellos.

Y de hecho, no sólo los empleadores están obligados a controlar los permisos y vistos de estancia de los trabajadores extracomunitarios asumidos (considerando n. 9 e art. 4, par. 1), además – con la finalidad de evitar falsificación de documentos y permisos de estancia – están también obligados a informar a la autoridad competente de la asunción (considerando 10 e art. 4, par. 1): y se comprende que la autoridad competente no es sólo aquella propuesta del gobierno del mercado de trabajo, también aquellas que se ocupan del control de la inmigración.

---

1 «Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal».

2 Publicada en GUCE L 168 del 30 giugno 2009, pp. 24-32, al término de un procedimiento relativamente rápido, que había comenzado con el Consejo europeo del 14 y 15 de diciembre de 2006.



Asimismo las normas que tienen apariencia de norma de tutela del trabajador ilegalmente empleado, en realidad son siempre normas tendientes a rendir en concreto el efecto disuasivo de la Directiva en contra del empleador: y aquí podemos considerar sea la obligación de pagar las retribuciones atrasadas debidas, incluyendo los contributos y las tasas o contributos, con los eventuales costos de transferencia de los mismos al País de origen o retorno de quien tenga el derecho; sea la presunción que la relación de trabajo, si no es debidamente demostrado por las partes, que haya tenido la duración de al menos tres meses; sea en la posibilidad que la acción de recupero de lo debido sea desarrollada por terceros antes que por los interesados directos; sea la extensión de la responsabilidad al contratista directo, o a la entera cadena de subcontratistas en el caso en que los subcontratistas sean conocedores del empleo de los trabajadores irregularmente empleados.

Aún más evidente es la función de disuasión consistente en la previsión de sanciones penales para los casos más graves, que veremos señalados en el art. 9, además de las previsiones de ulteriores sanciones, «como la exclusión del derecho a recibir todas o alguna de las prestaciones, ayudas o subvenciones públicas, entre otras, las subvenciones agrícolas, la exclusión de las licitaciones públicas y la devolución de todas o alguna de las prestaciones, ayudas o subvenciones públicas ya concedidas, incluidos los fondos de la UE administrados por los Estados miembros» (considerando n. 18, e art. 7) y la misma Directiva «debe considerarse como un complemento a las medidas para combatir el trabajo no declarado y la explotación».

Viniendo al **art. 1** vemos que contiene le finalidad de la Directiva, consistente en la prohibición general de empleo de ciudadanos de terceros países cuyo documento de estancia es irregular, y en el principio de sanciones mínimas comunes en contra de empleadores que violen esta prohibición<sup>3</sup>.

**El art. 2** contiene las definiciones, en relación a las cuales creo relevante en particular aquella de «empleo»<sup>4</sup>, que no se refiere a las diferentes previsiones de derechos nacionales, y aquellas de «condiciones de trabajo especialmente abusivas»<sup>5</sup>.

**El art. 3** contiene la «prohibición del empleo ilegal».

---

3 No ha sido admitida como hubiese sido oportuna, la solicitud del Comité Económico y Social de extender el campo de aplicación de la Directiva a los ciudadanos de los nuevos Países miembros de la Comunidad Europea, cuya libertad de circulación este transitoriamente sujeta a restricciones (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La mano de obra agrícola transfronteriza» del 13 diciembre 2007).

4 «[...] el ejercicio de actividades que abarquen cualquier tipo de trabajo u obra regulado por el Derecho nacional o la práctica establecida, por cuenta o bajo la dirección o supervisión de un empleador» (letra c).

5 « [...] condiciones de trabajo, incluidas las que resultan de la discriminación por razón del sexo o de otro tipo, en las que se aprecia una desproporción flagrante con respecto a las condiciones de empleo que disfrutaban los trabajadores empleados legalmente, y, por ejemplo, afectan a la salud y la seguridad de los trabajadores y atentan contra la dignidad humana» (letra i).



**El art. 4** describe las obligaciones que la Directiva crea en la responsabilidad de los empleadores (art. 4, co. 1)<sup>6</sup>, y la consiguiente exoneración de responsabilidad en el caso que los empleadores mismos hayan cumplido, pero el documento o visto de estancia o permanencia del trabajador haya resultado falso (art. 4, co. 3).

**El art. 5** contiene los principios en materia de sanciones económicas contra los empleadores que empleen a ciudadanos extracomunitarios ilegalmente establecidos sobre el territorio de la Unión Europea. El primer coma prescribe que las sanciones de cada estado miembro definirán<sup>7</sup> sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias», mientras el coma 2 las especifica en «a) sanciones económicas que se incrementarán según el número de nacionales de un tercer país empleados ilegalmente, y b) el pago de los gastos de retorno de los nacionales de un tercer país empleados ilegalmente en relación con los cuales se lleve a cabo un procedimiento de retorno»<sup>8</sup>. Donde el primer principio en materia de sanciones es la progresividad: más inmigrantes irregulares son empleados, más grave viene considerada la infracción (principio que veremos confirmado inmediatamente, además en el pasaje a las sanciones penales).

**El art. 6** se ocupa de garantía de la correspondencia de las retribuciones atrasadas de parte de los empleadores que empleen extracomunitarios que posean irregulares vistos de estancia. Las medidas de carácter nacional de actuación de la Directiva deberán garantizar que el empleador sea «responsable de pagar: a) toda remuneración pendiente al nacional de un tercer país empleado ilegalmente. Se presumirá que el nivel de remuneración acordado es al menos igual al salario establecido en las leyes aplicables en materia de salario mínimo, los convenios colectivos o la práctica establecida del sector de actividad de que se trate, a no ser que el empleador o el trabajador puedan demostrar otra cosa, dentro del respeto, cuando proceda, de las disposiciones nacionales obligatorias relativas a los salarios; b) un importe igual a todas las cotizaciones sociales e impuestos que el empleador debería haber abonado si el nacional del tercer país hubiese sido empleado legalmente, incluidos los recargos por retraso y las multas administrativas correspondientes<sup>9</sup>; c) si procede, los costes derivados del envío de los pagos atrasados al país al que haya retornado o haya sido devuelto el nacional del tercer país». Aquí tenemos otro principio que se recoge de la Directiva: sumando las obligaciones de la letra a) con los de la letra b) (y, donde ocurra, con aquellos de la

6 Que son: «a) exigir a todo nacional de un tercer país que obtenga y le presente, antes de ser contratado, un permiso u otra autorización de residencia válido; b) conservar, al menos durante el período de empleo, copia o registro del permiso u otra autorización de residencia válido para una posible inspección de las autoridades competentes de los Estados miembros; c) notificar a las autoridades competentes designadas por los Estados miembros el inicio del empleo de todo nacional de un tercer país en el plazo fijado por cada Estado miembro».

7 Exceptuados Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, que han usufruido de *opting out* (considerando 38 y 39).

8 También si agregamos que «alternativamente, los Estados miembros podrán decidir reflejar en las sanciones económicas a que hace referencia la letra a) al menos el coste medio de los gastos de retorno».

9 Naturalmente, en este caso, las sumas relativas no serán abonadas al trabajador pero sí a los órganos públicos competentes: v. también art. 6, co. 2 e 4.



letra c), se impone que el costo salarial lordo del trabajador extracomunitario irregularmente empleado sea al menos par – y considerando las sanciones incluidas por la evasión contributiva incluidas en la letra b), ciertamente superiores - a aquello de los trabajadores regulares.

Se entiende, en suma, disminuir la conveniencia económica del empleo de trabajadores extracomunitarios irregularmente residentes.

Con el mismo objeto, el coma 3 del art. 6 impone a la normativa estatal de recepción la presunción «que la relación laboral ha durado al menos tres meses, salvo que el empleador o el trabajador, entre otros, demuestren lo contrario»<sup>10</sup>, mientras los comas 2 y 4 son dirigidos a garantizar la posibilidad que los trabajadores puedan actuar contra los empleadores y obtener el pago, aún en el caso de retorno forzado a sus países de origen<sup>11</sup>.

**El art. 7** prevé otras medidas sancionatorias en contra de los empleadores, introducidas en la locución «en su caso», en donde se debe pensar que los Estados al recibir la Directiva, tengan un mayor espacio de discrecionalidad. Ellos son: «a) exclusión del derecho a recibir todas o algunas prestaciones, ayudas o subvenciones públicas, incluida la financiación de la UE gestionada por los Estados miembros, durante un período máximo de cinco años; b) exclusión de la participación en licitaciones públicas tales como las mencionadas en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, durante un período máximo de cinco años; c) devolución de alguna o de todas las prestaciones, ayudas o subvenciones públicas, incluidos los fondos de la UE administrados por los Estados miembros, concedidas al empleador hasta en los doce meses anteriores a la comprobación del empleo ilegal; d) cierre provisional o definitivo de los establecimientos empleados en la infracción, o retirada temporal o definitiva de la autorización para ejercer la actividad económica de que se trate, si la gravedad de la situación lo justifica».

Respecto de todas estas medidas deberemos regresar a analizarlas luego en los párrafos sucesivos, porque todas ellas son medidas anteriormente introducidas en el ordenamiento jurídico italiano y se pueden describir los efectos.

Particularmente relevante, además que discutida al interior del procedimiento<sup>12</sup> que ha llevado a la aprobación de la Directiva, es la previsión del **art. 8** en materia de subcontratación. La versión final de la Directiva limita la responsabilidad al subcontratista directo, a diferencia de la propuesta originaria de la Comisión que la extendía a la entera

10 La propuesta de Directiva COM(2007) 249 del 16 maggio 2007, presentada por la Comisión, reúne en cambio «seis meses, salvo que el impresario demuestre lo contrario».

11 En el debate del Parlamento Europeo del 3 de febrero, ha sido evidenciado por Lambert (Verts/ALE) que la Directiva garantiza sólo que los Estados instituyan los canales a fin que los trabajadores extracomunitarios irregulares reclamen las retribuciones expectantes, pero no la efectiva percepción.

12 Como ha sido señalado sea del relator Fava (PSE), sea por el Vicepresidente de la Comisión Europea Barrot, se por la coreladora Bauer (PPE-DE) en el debate del Parlamento Europeo del 3 febrero del 2009 (v. nota 15).



cadena de sub contratistas y además limitándola a «a) toda sanción económica impuesta en virtud del artículo 5, y b) todos los atrasos adeudados en virtud del artículo 6, apartado 1, letras a) y c), y del artículo 6, apartados 2 y 3»; mientras el texto originario de la Comisión comprendía también la deuda fiscal y previdencial. La responsabilidad solidaria <sup>13</sup> de la entera cadena de sub contratistas se mantiene (art. 8, co. 2), en el caso único del conocimiento del empleo de ciudadanos extracomunitarios irregularmente residentes, rientras que prescribe la exclusión de la responsabilidad en caso de diligente cumplimiento de las obligaciones del subcontratista (art. 8, co. 3), de eso modo salva la posibilidad para los Estados de preveer normas más rigurosas (art. 8, co. 4).

Los **arts. del 9 al 12** preveen las sanciones penales, y quella sanciones penales en contra de las personas jurídicas.

En particular, **el art. 9** diseña el caso de delito, a condición de la subsistencia del dolo en los casos siguientes: «a) la infracción continúa o es reiterada de modo persistente; b) la infracción se refiere al empleo simultáneo de un número importante de nacionales de un tercer país en situación irregular; c) la infracción se acompaña de unas condiciones laborales particularmente abusivas; d) el autor de la infracción es un empleador que, sin haber sido acusado o condenado por un delito establecido en virtud de la Decisión marco 2002/629/JAI, hace uso del trabajo o los servicios de un nacional de un tercer país en situación irregular, sabiendo que esa persona es víctima de la trata de seres humanos; e) la infracción se refiere al empleo ilegal de un menor» (coma 1). Además, «los Estados miembros se asegurarán de que la complicidad en los actos dolosos a los que se hace referencia en el apartado 1 y la incitación a cometerlos sean punibles como delito» (coma 2).

**El art. 10** impone a los Estados miembros que las sanciones penales en contra de las personas físicas que cometan delitos las cuales según el art. 9 sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias» (coma 1), disponiendo también que «A menos que ello vaya en contra de los principios generales del Derecho, las sanciones penales a que se refiere el presente artículo podrán aplicarse, con arreglo al Derecho nacional, sin perjuicio de otras sanciones o medidas no penales, y podrán ir acompañadas de la publicación de la resolución judicial pertinente al caso».

**El art. 11** trata de la responsabilidad de las personas jurídicas previendo en el caso en el que los delitos descritos en el art. 9 hayan sido cometidos «por su cuenta, por una persona que ejerza un cargo directivo en la misma y que actúe de forma individual o como miembro de un órgano de la persona jurídica», esto es que tenga poder de representación, de dirección y de control (coma 1).

Además la responsabilidad se extiende al caso en el cual el delito haya sido cometido en ventaja de la misma persona jurídica por una persona sujeta a la autoridad de la misma (y aquí claramente el legislador europeo se refiere a dirigentes, cuadros o jefes de la misma empresa) si el delito mismo haya sido posible por la «falta de supervisión o control por parte de una persona contemplada en el apartado 1». Naturalmente, la

13 Son, de hecho definidos como «responsables solidarios o subsidiarios de efectuar los pagos indicados».




responsabilidad penal de la persona jurídica no es exclusiva, es concurrente con aquella de las personas físicas (coma 3).

**El art. 12** agrega a las eventuales sanciones penales en contra de la persona jurídica responsables *ex art. 11* de los delitos, de los cuales el art. 9, la obligación para los Estados de imponer también otras sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias», comprendidas aquellas de contenido patrimonial como el artículo 7 o la publicación de una lista de las personas jurídicas declaradas penalmente responsables.

**El art. 13** prevee que los Estados miembros dispongan que los ciudadanos extracomunitarios ilegalmente residentes puedan accionar en contra de los propios empleadores «directamente o a través de terceros designados por los Estados miembros, como los sindicatos u otras asociaciones o una autoridad competente del Estado miembro, cuando la legislación nacional lo prevea» (coma 1): entonces es más una sugerencia del legislador comunitario que una verdadera y propia obligación para los Estados miembros de crear una sustitución procesal de parte de sujetos privados (organizaciones sindicales, asociaciones de tutela de los inmigrantes) o públicos, a menos que los mismos sujetos «que, de conformidad con los criterios establecidos por su legislación nacional, tienen un interés legítimo en asegurar el cumplimiento de la presente Directiva» y de accionar «ya sea en nombre o en apoyo de un empleado ilegalmente» para actuar «con su autorización» (coma 2). De relieve y más por previsión que en relación a la comisión de los delitos señalados en la letra c) y e) del art. 9, coma 1, de la Directiva (respectivamente «condiciones laborales particularmente abusivas» y «empleo ilegal de un menor»), los Estados definen «las condiciones en las que podrán expedir, caso por caso, permisos de residencia de duración limitada, vinculada a la duración del procedimiento nacional correspondiente, a los nacionales de terceros países implicados, en términos comparables a los que se aplican a los nacionales de terceros países incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/81/CE», esto es de la Directiva relativa «a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes»<sup>14</sup>. Los Estados deben proveer las condiciones para que aquellos que hayan recibido permisos regulares de permanencia temporánea puedan, obtener permisos de la misma duración hasta que no hayan recibido el pago de todas las retribuciones atrasadas (art. 6, co. 5).

**El art. 14** impone a los Estados miembros garantizar «inspecciones efectivas y adecuadas», basadas ante todo en «una evaluación del riesgo que deberán realizar las autoridades competentes de los Estados miembros» (co. 1), que consiste en una determinación periódica de «los sectores de actividad en los que se concentre en su territorio el empleo de nacionales de terceros países en situación irregular», con las relativas obligaciones

14 Las modalidades son definidas en los arts. 5-12 de la Directiva 2004/81/CE, y comprenden la información sobre las posibles ofertas, la concesión de un período de reflexión, la garantía de la subsistencia y de la atención médica, asistencia psicológica, lingüística y legal, y luego, la eventual concesión del título de estancia provisorio, el acceso al sistema de instrucción (para los menores) y aquel temporáneo al mercado de trabajo.



de comunicación a la Comisión europea, dentro el 10 de julio de cada año, del número de las inspecciones efectuadas y del resultado (co. 2). En esta norma, además se ha discutido en el procedimiento de aprobación de la Directiva: el art. 15, co. 1, de la propuesta de Directiva de la Comisión preveía que «los Estados miembros velarán porque, todos los años, al menos el 10% de las empresas establecidas en su territorio sean objeto de inspecciones destinadas a controlar el empleo de residentes ilegales nacionales de terceros países», con un doble vínculo, uno cuantitativo<sup>15</sup>, y al menos para algunos Estados miembros entre los cuales Italia poco real, y el otro implícito, de inspecciones específicamente dedicadas al control de la presencia en el trabajo de extranjeros ilegalmente residentes. Ambas previsiones, como se ha visto, no están más presentes en el texto de la Directiva en vigor.

**El art. 15** aclara que la Directiva no perjudica el «derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para los nacionales de terceros países a los que se aplica en relación con los artículos 6 y 13, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva».

**El art. 16** impone una relación trienal – a partir de la caducidad del término para aplicar la Directiva – de parte de la Comisión al Parlamento y al Consejo, con particular referencia a las normas sobre la tutela en caso de retorno forzado y de permisos y vistos de estancia temporáneos (art. 6, co. 2 e 5). A la vez, los Estados miembros transmiten a la Comisión las informaciones necesarias, con particular referencia a las inspecciones, a las medidas para la exoneración de las denuncias y a aquellas sobre la garantía de los tratamientos para los trabajadores y las otras sanciones hacia los empleadores.

Los **arts. 17, 18 y 19**, se ocupan de receptividad, entrada en vigor y destinatarios. Una vez señalado el *opting out* del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, merece recordarse que «los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 20 de julio de 2011».

Es oportuno recordar que la Directiva repetidas veces crea normas diferentes y más leves en contra del empleador para el trabajo doméstico prestado en ventaja de personas físicas, en tema de comunicación del inicio de la relación de trabajo (art. 4, par. 2), y de sancionese di sanzioni (art. 5, par. 3, e art. 7, par. 2)<sup>16</sup>.

15 Defendido por el Consejo y considerado «arbitrario» en la opinión del Hon. de Lange, relatora para la opinión de la Comisión para los derechos de la mujer y la igualdad puesto en debate por el Parlamento europeo del 3 de febrero de 2009; sostenido a viceversa por el CESE en su opinión del 12 de marzo de 2008.

16 Sobre el punto se ha expresado críticamente, en cuanto normas discriminatorias hacia la mujer que son la mayoría en el sector, ha sido Segelström (PSE), en el debate del Parlamento Europeo del 3 de febrero de 2009, y por escrito con otros.



### 3. Algunas observaciones críticas a la Directiva 2009/52/CE <sup>17</sup>.

A esto, descrita la Directiva en sus contenidos esenciales, debemos preguntarnos si ella responde a la necesidad de lucha contra el trabajo sumergido o no declarado, aunque sea en modo limitado a su objeto, que es el trabajo sumergido o no declarado de los ciudadanos de terceros países ilegalmente residentes en el territorio de la Unión.


Aquí es difícil no declarar una reserva de fondo. La experiencia italiana – creo que también otras en Europa – demuestra que, a causa de una legislación nacional (L. 30 luglio 2002, n. 189, conocida como ley Bossi – Fini) extremadamente restrictiva, que sustancialmente impide el acceso al territorio nacional para buscar trabajo, un significativo número de personas están en condiciones de clandestinidad y muchas empresas recurren al trabajo de inmigrantes clandestinos, por ejemplo en los sectores en los cuales la temporalidad del trabajo es una característica estructural de la actividad económica (agricultura, construcción, turismo, cuidado de personas en casa de las familias), por las dificultades administrativas, los números muy restringidos de ingresos legales declarados por las asociaciones empleadoras y de las familias, y finalmente los tiempos inaceptables de los procedimientos nacionales de ingreso en el territorio nacional de trabajadores temporáneos, donde a menudo también los limitados ingresos concedidos son permisos otorgados a distancia de meses, cuando la exigencia productiva o de cuidado de la empresa o de la familia ha disminuido, al menos temporalmente.

Se determina de este modo una complicidad forzosa entre el trabajador inmigrado clandestino, que no puede dirigirse a los órganos públicos o privados de tutela del trabajo sin que sufra o corra el riesgo de ser expulsado, y el empleador que utiliza esa prestación: el que favorece el disfrute de los primeros y rinde más difícil aún las operaciones de control. En las zonas agrícolas de mi Región ha sido necesario recorrer a los helicópteros para las inspecciones de trabajo, porque a la mínima señal de presencia de los órganos de control del Estado eran los mismos trabajadores a escapar, agregando ellos mismos a la propia situación la imposibilidad de ejercitar sus propios derechos más elementales, el primero de ellos y el más elemental el de percibir la retribución por las prestaciones de trabajo efectuadas pero no pagadas. Y algunas veces ha sucedido que fuesen los empleadores, casi al finalizar los trabajos de cosecha, a llamar – naturalmente en forma anónima – a los órganos de control, haciendo que los trabajadores huyesen y no pudiesen pretender el pago de las miserables retribuciones.

Ahora bien, los casos indicados como delitos en el art. 9 son estructuralmente heterogéneos desde el punto de vista de los trabajadores, envolviendo como se ha dicho sea casos de grave aprovechamiento, sea en otros casos en los cuales calificar como delito un caso específico no es la relación de trabajo en sí, en la modalidad de su desarrollo, pero

---

17 Quien escribe ha tenido el alto honor de expresar la opinión de la Región Puglia en la audición de la Comisión LIBE del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva, habida el 16 de julio de 2008 en Bruselas, a la cual han participado, entre otros, los representantes de Eurobusiness y ETUC. A ése mismo razonamiento me conecto aquí en modo sintético.



la conducta reiterada o la pluralidad de relaciones de trabajo involucrados o la calidad subjetiva del empleador si lo es. Sólo para los primeros existe la posibilidad *ex art.* 13 de que le sean concedidos permisos de permanencia, por lo más temporáneos, para las otras formas del art. 9, aún sean consideradas graves de merecer sanción penal, el trabajador víctima de tales comportamientos no tiene conveniencia alguna de denunciarlos puesto que ello comportaría la pérdida del trabajo y el retorno forzoso<sup>18</sup>.

Entonces, salvo los dos casos señalados, la Directiva no ofrece ventaja alguna al trabajador inmigrado clandestinamente en el denunciar su propia situación y en consecuencia no resuelve la cuestión fundamental de la complicidad coactiva entre las partes contratantes<sup>19</sup>. Me doy cuenta que como se ha dicho, la base jurídica de la Directiva es el art. 63, parágrafo 3, letra b), del Tratado CE, y por lo demás ha sido claramente expresado desde la relación que ha acompañado la propuesta de la Comisión que a ella concierne la política de inmigración y no la política de trabajo o la política social. Todavía debemos considerar el ámbito más amplio de tutela del mercado y de la paridad de condiciones de las empresas en el mercado que viene significativamente turbada en muchos sectores desde la utilización de este tipo de trabajo comúnmente conocido como trabajo negro<sup>20</sup>. Por lo tanto, creo que la extensión de la base jurídica de la Directiva en cuestión al art. 137 Tratado CE<sup>21</sup>, y en particular considerando la represión del empleo ilegal de inmigrantes de terceros países también a la luz de la competencia comunitaria en tema de condiciones de trabajo, habría podido constituirse el presupuesto para dar efectividad a algunas previsiones contenidas en la Directiva, mejor si precisándosele.

Por otro lado, que la lucha contra el trabajo sumergido pueda y deba tener, al estadio actual de la evolución de la Unión Europea y de sus competencias, una base jurídica

18 La misma relación general de Fava (PSE) al Parlamento Europeo del 3 de febrero de 2009 (en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20090203&secondRef=ITEM-005&language=ES&ring=A6-2009-0026>) afirma que «nos habría gustado hacer extensiva esta posibilidad [de permisos de estancia temporáneos para los trabajadores sumergidos] a todos los inmigrantes ilegales, pero eso lo impide la Directiva sobre el retorno adoptada el pasado año». Me parece un obstáculo de naturaleza política y no jurídica, evidentemente. V. en efecto, para la opinión contraria a la de Fava, la intervención en la misma sede de Bauer (PPE-DE), relatora para la opinión de la Comisión para la ocupación y los asuntos sociales del PE; y para una opinión conforme, y optimista del trabajo del Parlamento sobre la finalidad de la Directiva, se vea en cambio la intervención de Lambrinidis (PSE). Críticos al punto de no expresar voto a favor de Lambert (VERTS/ALE) y todavía más duramente Catania (GUE/NGL) y otros del mismo grupo, que han encontrado el texto peor votado de la propuesta de la Comisión; pero también Bozkurt (PSE). La concesión de permisos de estancia de larga duración para los trabajadores víctimas de graves abusos había sido solicitada también en la opinión de Comité de las Regiones del 18 de junio de 2008.

19 Lo ha evidenciado también Ford (PSE), que además se ha expresado favorable además de Guerreiro (GUE/NGL).

20 V. la observación que la lucha contra el trabajo clandestino, más allá de reducir el incentivo de inmigrar hacia la Unión, tendría el efecto «reducir la entidad de la economía sumergida», n. 62 de la Resolución del Parlamento europeo del 26 de septiembre de 2007 sobre prioridad política en la lucha contra la inmigración clandestina de ciudadanos de terceros países.

21 Que consiente la intervención subsidiaria de la Comunidad, además a través de Directiva (co. 2), en una serie de materias, entre las cuales «las condiciones de trabajo» (art. 137, co. 1, lett. b)).



más grande de aquella contenida en la Directiva, no es sólo mi personal opinión de estu-  
dioso. En el debate del Parlamento Europeo, ha sido resaltado que el trabajo sumer-  
gido constituye una violación a la libertad de concurrencia<sup>22</sup>, pero la individualización  
de una posible competencia comunitaria en la lucha contra el trabajo sea en la citada  
previsión en materia de condiciones de trabajo, sea en aquella relativa a la salud y se-  
guridad del trabajo (art. 137, par. 1, lett a), TCE)<sup>23</sup>, sea, en fin, en aquella relativa a la  
tutela de la concurrencia, emerge en el tiempo, la Recomendación del Consejo del 27 de  
septiembre de 1996, la cual precisaba que «el empleo ilegal puede falsear las condicio-  
nes de libre competencia en el mercado interior mediante, por un lado, la reducción de  
costes sociales u otras ventajas para el empresario y, por otro, la minoración del nivel  
de protección social»<sup>24</sup>.

Es claro entonces que no se ha querido por razones políticas traer las consecuencias de  
esta posibilidad de aumentar la lucha contra el trabajo sumergido, lo cual es en verdad  
funcional, sobretodo en los casos de integración vertical entre actividad desarrollada  
con el trabajo sumergido y actividad regular<sup>25</sup>.

En particular, en mi opinión, sobre aquella base se hubiera podido estudiar una medida  
que consienta de romper la complicidad forzosa entre empleador e inmigrado clandestino.

En cada caso, como se verá examinando la experiencia concreta italiana, a mí me parece  
evidente que es la legalidad del permiso de permanencia la que crea la legalidad del tra-  
bajo, que una seria lucha contra la inmigración requiere una concreta posibilidad, más  
amplia de aquella actual, de acceso legal al mercado de trabajo comunitario, como ha  
sido resaltado por el Parlamento Europeo y por el CESE<sup>26</sup>: y que entonces, el carácter po-  
líticamente y jurídicamente apagado de las decisiones que estan en la base de la Direc-  
tiva no podían y no podrán no influenciar negativamente su aplicación, especialmente  
en los Estados que serán menos sensibles.

22 Por ejemplo, por Roithova (PPE-DE), por Burke (PPE-DE), por Siekierski (PPE-DE), por Romagnoli (NI).

23 Sobre esto tengo mis reservas, porque me parece muy forzado referir la lucha contra el trabajo sumergido  
a una competencia ligada, en la previsión del Tratado, al ambiente de trabajo.

24 Pero v. también las opiniones del CESE del 27 de enero de 1999 y del 13 de diciembre de 2007, y la  
Comunicación de la Comisión COM/2007/628 del 24 de octubre de 2007. Además el mismo CESE, en la  
redacción de su opinión del 12 de marzo de 2008, ha desaprobado a mayoría la propuesta de sugerir a  
la Comisión de extender la base jurídica de la Directiva en discusión: evidentemente, también entre las  
partes sociales, más allá de la retórica, no existe un verdadero consenso sobre la peligrosidad del trabajo  
sumergido.

25 Me parece fundamental el referimiento al análisis económico desarrollado por G. Forges Davanzati, *Las po-  
líticas de contraste al trabajo no regular: orientamientos teóricos alternativos*, en V. Pinto (supervisado por),  
*Las políticas públicas de contraste al trabajo irregular*, actos del Convenio de Taranto, 11-12 de mayo de  
2007, Bari, Cacucci, 2007, especialmente pp. 83-90; y la contribución de R. Realfonzo, Trabajo sumergido  
y modelo de especialización productiva: qué política?, *ibidem*, pp. 49-62.

26 Considerando I de la Resolución del Parlamento europeo del 26 de septiembre de 2007 sobre la prioria  
de la política en la lucha contra la inmigración clandestina de ciudadanos de terceros países, opinión del  
CESE sobre la propuesta de Directiva, del 12 de marzo de 2008.



Luego, las preocupaciones que estoy exponiendo aquí han tenido manifestaciones significativas en el debate sobre la propuesta de Directiva que se ha realizado en el Parlamento Europeo, sea en numerosas declaraciones de voto de diputados de diversos grupos políticos<sup>27</sup>, sea – hasta eso – en la misma relación del Honorable Claudio Fava, el cual ha dicho: «Creo que hemos logrado cambiar la filosofía detrás de esa directiva, que había sido constreñida únicamente a la lucha contra la inmigración ilegal»<sup>28</sup>.

Además, en un plano de detalles, observaría ante todo que, entra el art. 4, párrafo 2, de la propuesta de la Comisión que prevee que los Estados miembro obliguen a los empleadores a informar a las autoridades competentes del inicio y del fin de la relación laboral de un ciudadano de un tercer país dentro de una semana, la Directiva (art. 4, co. 1, letra c)) reenvía el término dentro del cual efectuar esta comunicación a un «plazo fijado por cada Estado miembro».

Quisiera destacar que, sobre la base de la experiencia italiana, la cuestión del término para comunicar a la autoridad competente el inicio de la relación de trabajo es de suma importancia.

En Italia, por algunos años, ha sido permitido denunciar el inicio de la relación de trabajo<sup>29</sup> dentro los cinco primeros días. Recientemente, la ley estatal n. 248, del 4 de agosto de 2006, en su art. 36-*bis*, co. 6, ha previsto para la construcción o edificación la obligación de denunciar un día antes del inicio de la relación de trabajo. Luego el Estado ha generalizado la misma obligación a todos los sectores<sup>30</sup>.

Ha sucedido muy amenudo, de frente a los controles de la autoridad pública propuesta que los empleadores sostuvieran que se tratase ya no de empleo ilegal, sino de trabajadores asumidos desde hace pocas horas.

En efecto, un estudio de las autoridades públicas propuestas, ha demostrado, en el 2006, que cerca de el 6% de los accidentes mortales en el centro de trabajo sucedía en lo que había sido denunciado como primer día de trabajo<sup>31</sup>. En Italia, es considerado

27 Critican la base jurídica de la Directiva también la ya recordada intervención de Lambrinidis, además de aquel de Mc Donald (GUE/NGL). En el sentido exactamente opuesto Claeys (NI). Naturalmente, es una valoración esencialmente política aquella que de los defectos de la Directiva concluye por la sua inutilidad y dañosidad, o viceversa para considerarla un primer paso en la dirección justa, como ha hecho la intervención de Kreissl-Dörfler (PSE).

28 Relación Fava, *cit.*: pero en la versión original en italiano, es agregado «en parte».

29 Para todos, trabajadores comunitarios y provenientes de terceros países (art. 9-*bis*, co. 2, L. 28 novembre 1996, n. 608).

30 Art. 1, co. 1180, ley n. 296 del 27 de diciembre de 2006. Sucesivamente el Ministerio del Trabajo ha precisado que tal obligación vige en los límites de la fuerza mayor y, para una parte de la comunicación prescrita, también de la urgencia conectada a exigencias productivas, como viene definida en la nota del Ministerio del Trabajo – Dirección General del Mercado del Trabajo, 4 de enero de 2007, prot. n. 13/SEGR/0000440.

31 11,4% en edificación o construcción. Fuente: declaración de Franco D'Amico, responsable del Settore Banco de Datos de la Consultora Estadística del INAIL, 30 de marzo de 2006.



obvio, que se tratase en realidad de trabajadores en negro, la mayor parte de las veces de terceros países, sobretudo en construcción, que trabajaban desde hace mucho tiempo con el mismo empleador.

Creemos en consecuencia que la propuesta de la Comisión fuese del todo insuficiente a garantizar el objeto de la Directiva<sup>32</sup>, y que el texto aprobado por el Consejo y el Parlamento hicieran que la situación empeorase ulteriormente, porque hace que los Estados miembros se vuelvan libres de fijar cualquier término<sup>33</sup> para cumplir con comunicar el inicio de la relación laboral de los trabajadores de terceros países y contribuir a realizar posibles los controles.

De otra parte, es fácil evidenciar que la necesidad de un término de denuncia anterior al inicio de la relación laboral, deriva del hecho que, al menos en agricultura y en construcción o edificación, existe numerosas relaciones de trabajo de breve durada, a veces inferiores a la semana de la que hablaba la propuesta de la Comisión, y donde podría ocurrir que la autoridad nacional competente sea informada cuando la relación haya terminado, con la consecuente imposibilidad material de efectuar controles sobre la legitimidad de la permanencia del ciudadano del tercer país en el territorio europeo<sup>34</sup>.


Además, siendo apreciable, tanto a los fines y objetivos explícitos de la Directiva, cuanto por la tutela de los trabajadores extracomunitarios víctimas del trabajo sumergido o no declarado, las previsiones del art. 6 de la Directiva, justamente porque, como he dicho, hemos conocido muchos casos en los cuales, quizás al término del período de trabajo en agricultura, eran los mismos empleadores a solicitar, en varias formas, los controles sobre los ciudadanos de terceros países para evitar de corresponder con las retribuciones económicas. Más aún, la forma actual de las disposiciones contenidas en el art. 13 no garantizan que el derecho a la percepción de la retribución económica atrasada sea

---

32 «La registraci3n obligatoria de los dependientes es condici3n indispensable para individualizar el trabajo sumergido» (Comunicaci3n de la Comisi3n *Rafforzare la lotta al lavoro sommerso*, del 24 de octubre del 2007, COM(2007) 628).

33 Naturalmente, la Directiva no impide de asimilar el t3rmino para la comunicaci3n de parte del empleador de trabajo de la asunci3n de trabajadores extracomunitarios a aquella de trabajadores comunitarios. El punto es que no est3 definida cu3l sea la autoridad competente, y el conjunto de la Directiva, a partir de su equívoca base jurídica, legitimaría la devoluci3n de ésta actividad de recepci3n de las comunicaciones en cuesti3n a la autoridad de policia que se ocupa de inmigraci3n. Considero mucho m3s oportuno, en cambio, adem3s que esta consentido por la Directiva, que la comunicaci3n sea efectuada a las autoridades que en los países se ocupan de mercado de trabajo, salvo las verificaciones que se conducirán con la autoridad competente en materia de inmigraci3n.

34 L'art. 4, par3grafo 3, de la Directiva exonera al empleador que haya cumplido con las obligaciones previstas en el par3grafo 1, «a menos que supieran que el documento presentado como permiso u otra autorizaci3n de residencia v3lido era falso». Si no se quiere hipotizar que el control de las autoridades p3blicas deba ocurrir s3lo con fines sancionatorios del empleador, sería oportuno que sucediese durante el desarrollo de la relaci3n de trabajo mismo, como demuestra demuestra el hecho que la misma Directiva prevede (art. 4, par. 1, lett. b)) la conservaci3n de la copia del documento di estancia hasta el t3rmino de la relaci3n, pero no m3s.



efectivamente gozada por parte de los ciudadanos de terceros países ilegalmente documentados o con permisos irregulares, porque no parece suficiente el envío del art. 6, co. 4, a las medidas que optarán los Estados miembros.

De otra parte, credo que sería necesario garantizar en cada caso, y no sólo en el art. 6, último párrafo, un mínimo lapso de tiempo antes del eventual retorno forzado, a fin que sea posible la designación de las terceras partes que asistan al ciudadano de tercer país con permiso y documentos ilegales para tutelar sus propios derechos en frente de el empleador. Se debe aquí repetir que la aplicación del art. 13 presupone la destrucción de la complicidad forzosa entre las partes que no puede ser obtenida si el ciudadano con permisos ilegales no tiene más que la perspectiva de la expulsión inmediata<sup>35</sup>.

Todavía debe ser considerada negativamente la cancelación de las previsiones de objetivos mínimos de control, porque de ese modo, como había sido resaltado en la propuesta de la Comisión que en cambio preveía, «la eficacia de las inspecciones dependería siempre de los Estados miembros»<sup>36</sup>.

Concluyo sobre este punto recordando los que me parecen los puntos fundamentales mayormente indivisibles de la Directiva:

- la previsión de sanciones penales para los casos de mayor gravedad<sup>37</sup>. Quiero indicar que Italia en la pasada legislatura, había comenzado a discutir un proyecto de ley, aprobado por el Senado el 12 de junio del 2007, que contenía sanciones penales para el empleador que emplease ciudadanos de terceros países con permisos ilegales de estancia. La cuestión no ha sido propuesta nuevamente en la actual legislatura;
- la presunción de duración mínima de la relación de trabajo, establecida por el art. 6, párrafo 3, en tres meses. Si en realidad es verdad que la duración media de las relaciones de trabajo en agricultura sea de 40 días<sup>38</sup>, el efecto disuasivo máximo llegaría si el empleador tuviese un porcentaje par a la porcentaje del control sobre el total de la empresa, de pagar al trabajador mucho más de las retribuciones económicas efectivamente debidas (si fuesen controlados el 10% de las empresas, se necesitaría que

35 La misma relación del Hon. Fava afirma que «Nos habría gustado hacer extensiva esta posibilidad [ de permisos de estancia temporáneos para los trabajadores sumergidos] a todos los inmigrantes ilegales, pero eso lo impide la Directiva sobre el retorno adoptada el pasado año». Me parece un obstáculo de naturaleza política y no jurídica evidentemente. V. de hecho, para la opinión contraria a la de Fava, la intervención en la misma sede del Hon. Bauer, relatora para la opinión de la Comisión para la ocupación y los asuntos sociales del PE.

36 Documento de trabajo de la Comisión, 16 de mayo de 2007, Síntesis de la valoración de impacto.

37 Que ha suscitado oposición en el debate parlamentario: v. La intervención de Blokland (IND-DEM).

38 Parlamento europeo, opinión de la Comisión para la Agricultura y el Desarrollo Rural, 25 de junio de 2008, propio por esto crítico sobre el punto la propuesta de la Comisión.



el empleador fuese obligado o constreñido a pagar más de diez veces de cuanto fuese debido para de este modo hacer que no sea conveniente la violación);

- la extensión de la responsabilidad en caso de subcontratación – si bien, como se ha dicho, con una propuesta menos audaz de aquella de la misma Comisión -, que es una condición de efectividad de la aplicación de la Directiva, dada la naturaleza evanescente de muchas empresas que emplean ilegalmente ciudadanos de terceros países, y que sigue una vía de responsabilidad en contra de trabajadores de sujetos formalmente extraños ya practicada en diversos Estados miembros entre los cuales Italia.


#### **4. Otras iniciativas de la Unión Europea en materia de la lucha contra el trabajo sumergido o no declarado**

De otra parte, el interés de la autoridad comunitaria hacia la lucha contra el trabajo sumergido no se ha limitado a la emanación de la Directiva 2009/52/CE.

Desde 1998, la Comisión, con la comunicación COM/98/219 del 7 de abril de 1998, se ha interesado, pero en la época y sobre el perfil de una primera aproximación al fenómeno, que giraba entre la definición de «trabajo no declarado» como «cualquier actividad remunerada que es legal en cuanto a su naturaleza pero que no se declara a las autoridades públicas» a la individualización de las pequeñas empresas como mayores interesadas, pero que – como en parte evidenció desde su primera opinión el 27 de enero de 1999 el Comité Económico y Social – adolecía mucho a mi parecer, en las acciones propuestas por la Comisión a la atenta expectativa de los Estados miembros, los cuales, bajo el perfil represivo, podían resultar hasta contraproducentes en la reclamada conexión entre derecho a beneficios de protección social y depósito o abono efectivo de contributos; y bajo el perfil preventivo se presentaban inspirados en parte por las ideas liberales que simplificando y disminuyendo los gastos sociales que gravaban sobre las empresas se habría reducido el ansia de los empleadores de continuar aprovechándose del trabajo sumergido.

En todo caso, sobre esta base el Consejo ha iniciado a preocuparse, desde mucho antes de la Resolución 1999/C 125/01 del 22 de abril de 1999, pues en el ámbito de la Estrategia Europea para la Ocupación, con la orientación para la ocupación n. 9 en materia de trabajo negro adoptado el 22 de julio de 2003<sup>39</sup>, y además con la Resolución sobre la

39 «Los Estados miembro deberían desarrollar y meter en acto acciones de amplia portada para eliminar el trabajo negro que prevean la simplificación del contexto en el cual operan las empresas, removiendo los desincentivos y dando incentivos adaptos al cuadro de los sistemas fiscales y previdenciales, dotándose de una mayor capacidad de hacer respetar las normas y de aplicar sanciones. Ellos deberían emprender los esfuerzos necesarios a nivel nacional y europeo para calcular las dimensiones del problema y los progresos conseguidos a nivel nacional». Sea teniendo en cuenta la intrínseca debilidad jurídica del método abierto de coordinación, y de los instrumentos de *soft-law* en general, parece de verdad escaso el impacto de estas previsiones.



transformación del trabajo no declarado en ocupación regular del 29 de octubre de 2003 (2003/C 260/01)<sup>40</sup>.

En suma, se trata de una serie de presas de disposición de la autoridad comunitaria de las cuales es meritorio apreciar el esfuerzo por afrontar el tema, y de impostar una acción de contraste coordinada, pero en la cual la debilidad analítica en la interpretación se refleja en la escasa consistencia y hasta en la falaz premisa de la impostación de las iniciativas.

De otra parte, el tema del contraste al trabajo sumergido retorna también en otras posiciones comunitarias, en cuanto parte del problema de la inmigración clandestina, propio en la Directiva 2009/52/CE. En este segundo cuadro conceptual, el trabajo irregular es visto, con una peligrosa inversión entre causa efecto, no como consecuencia de las restricciones del acceso al mercado de trabajo derivante de una política de inmigración muy restrictiva, pero como causa del inundar de la inmigración clandestina de ciudadanos de terceros países: esto es, con una impostación, latamente xenófoba<sup>41</sup>.

En este sentido pueden ser interpretadas sea la comunicación COM(2003) 336 del 3.6.2003, la cual, en el confirmar la competencia de los estados miembros en materia de aceptación o no de los inmigrantes por trabajo, ha observado que «a corto plazo, la inmigración puede beneficiar al empleo nacional en la medida en que aumenta la flexibilidad de los mercados laborales», y sobretodo que «en el contexto de la política de inmigración común, el único planteamiento coherente sobre los residentes ilegales es asegurarse de que regresen a su país de origen», posición ni real ni atenta a los efectos de la inmigración clandestina sobre el mercado de trabajo; y, en formas cierto diversas porque se refiere a prestaciones de trabajo transfronterizas de dependientes de trabajo de un país miembro, También la Resolución del Consejo 1999/C 125/01 del 22 de abril de 1999, relativa a un código de conducta en el ámbito de la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros en materia de lucha contra el uso indebido de prestaciones de la seguridad social y el fraude en las cotizaciones a nivel transnacional y contra el trabajo no declarado y el trabajo temporal transfronterizo, de medida más que limitada.

40 En la cual, la parte más interesante está constituida de las acciones preventivas, indicadas así: «la creación de un ámbito jurídico administrativo favorable a la declaración de la actividad económica y de la ocupación, a través de la simplificación de los procedimientos y la reducción de los costos y de los vínculos que limitan la creación y el desarrollo de las empresas en particular de las pequeñas empresas que se encuentran en fase de inicio; el reforzamiento de los incentivos y la eliminación de desincentivos para hacer salir de lo escondido sea la demanda como la oferta: reexaminando y, si fuera el caso, reformando los sistemas fiscales y previdenciales y su interacción para reducir las elevadas alícuotas fiscales marginales efectivas, y si es oportuno, los gastos fiscales que gravan sobre los trabajadores a bajo rédito; creando adecuadas políticas para la ocupación dirigidas a los beneficiarios de las medidas de protección social que le ayuden a participar al mercado del trabajo regular, y reduciendo el riesgo de la desocupación y de las trampas de la pobreza a través de la eliminación de interacciones indeseables entre sistemas fiscales y previdenciales».

41 El CESE ha observado, con muy buen sentido «Pero hay que tener en cuenta que toda persona que está dispuesta a abandonar su país para iniciar una nueva vida en otra parte lo hace movido por un impulso muy difícil de contrarrestar» (opinión del 7 de abril de 2005).



Sobretudo, precedentes directos de la Directiva aparecen las Recomendaciones del Consejo del 22 de diciembre de 1995 y sobretudo del 27 de septiembre de 1996, en la cual, la premisa que «la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros es considerada una cuestión de interés común», y que «la contratación de nacionales de terceros países que no están en posesión de la necesaria autorización queda prohibida y debería dar lugar a la imposición de sanciones de orden penal, administrativo o de ambos tipos, de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional del Estado miembro interesado», se auspiciaban «la aplicación de sanciones eficaces, disuasorias, adecuadas y proporcionadas a la gravedad de las infracciones cometidas [y] la supresión de posibles beneficios añadidos o de otras ventajas obtenidas por los empresarios en razón de las infracciones comprobadas, en especial por lo que se refiere a los salarios y cargas contemplados en la normativa vigente en cada Estado miembro», llegando a concluir que «el tráfico ilegal de mano de obra organizado por personas que actúen aisladamente o formando parte de una red debería constituir una infracción y ser objeto de sanciones penales, administrativas o de ambos tipos, de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional del Estado miembro interesado».

Pero, hoy por hoy, no parece aceptable la unión entre necesidad de un acceso legal al mercado de trabajo mucho más largo de parte de los ciudadanos de terceros países y represiones del trabajo negro; no se coge en los documentos comunitarios que es la forzada clandestinidad del ingreso en los Países Comunitarios a determinar el trabajo en negro, no el contrario<sup>42</sup>: como se probará y demostrará con algunos datos en los parágrafos sucesivos.

En efecto, la articulación del fenómeno del trabajo sumergido ha sido repetidamente aceptado de parte de la autoridad comunitaria, siendo evidente que el trabajo de los inmigrantes clandestinos es una cosa diferente de aquel que tiene ya una posición legal en el mercado de trabajo y que agrega una segunda actividad quizás calificada, como es el trabajo en negro realizado permanentemente para una empresa de otro desarrollado para un privado dentro de una familia<sup>43</sup> o en actividad intrínsecamente precaria como en

42 La citada COM/2003/336, afirma «como el trabajo no declarado y la inmigración ilegal se alimentan mutuamente»: lo que a mí no me parece.

43 En relación al trabajo sumergido prestado en el campo de los servicios domésticos, el Parlamento europeo había individuado, en mi opinión, correctamente, los problemas específicos: «10. Para combatir el creciente volumen de trabajo no declarado en este sector, se deben introducir las siguientes medidas a nivel nacional:

- ajuste de los precios y los costos para tener en cuenta los recursos financieros de los individuos
  - la simplificación de las formalidades administrativas relativas a la obligación de los empleadores privados a declarar a sus empleados,
  - control de los servicios nacionales deducibles de impuestos para reducir la diferencia de costes entre los trabajadores no declarados y los trabajadores declarados [que pienso sea la medida más importante];
11. Subraya la importancia de introducir en todos los Estados miembros el principio de declarar todas las relaciones laborales » (Resolución del Parlamento Europeo del 30 de noviembre de 2000). En cambio, como si ha visto, la Directiva 2009/52/CE se limita a ablandar las sanciones para quien emplea en servicio doméstico a los ciudadanos de países terceros ilegalmente residentes: lo que puede ser razonable, pero ciertamente del todo insuficiente, dada la naturaleza escasamente disuasiva de las sanciones en un sector en el cual es mucha más difícil el control.



agricultura o construcción, o aquel de quien percibe una prestación social y no puede declarar el rédito por el trabajo recibido. Todavía, propio el examen del conjunto de la toma de posiciones de los organismos comunitarios hace más evidente que el punto más crítico sea aquel de la conexión entre inmigración y trabajo sumergido, porque la que la Unión les presta más atención, no porque se trate de trabajadores más débiles pero en relación a la mentalidad general que, por razones político-culturales de los cuales no me corresponde ocuparme en esta jornada, prevalece hacia el fenómeno migratorio.

Además como se ha dicho, constituye un obstáculo al conocimiento del fenómeno y al desarrollo de acciones de contraste adecuadas, la impostación que reconduce a la excesiva carga burocrática o fiscal<sup>44</sup> sobre las empresas y el desarrollo del trabajo sumergido, de algún modo justificado por el estado de necesidad.

Y de hecho, la misma Comisión, en la comunicación COM/2007/628 del 24 de octubre de 2007, ha debido evidenciar que «la preocupación puede llegar hasta el punto de preguntarse si la atención política que se está prestando al trabajo no declarado es suficiente». Además si es que se han dado pasos adelante, creo que se deba compartir la conclusión que traía dos años atrás la Comisión Europea, en la misma comunicación que recordamos: «Si bien en los Estados miembros se han llevado a cabo acciones políticas, éstas han sido poco sistemáticas, y hay una falta aparente de evaluación de resultados y de puesta en común de experiencias. Es hora de que los Estados miembros intensifiquen sus esfuerzos en la lucha contra el trabajo no declarado». Pero también a los órganos comunitarios correspondería hacer su parte con más sabiduría y lucidez.

## 5. La normativa nacional italiana

Italia es, según la opinión general<sup>45</sup>, el País comunitario con mayor incidencia de trabajo sumergido. Por eso a partir del 1989, han sido predispuestas una serie de intervenciones legislativas finalizadas a , por un lado, incentivar a las empresas que entendiesen emerger, y de la otra a potenciar la actividad inspectiva y de control. Todavía las impostaciones que se han suscitado, produciendo diferentes intervenciones, son muy diferentes entre sí.

Podemos resumir en tres fases las decisiones que el Parlamento italiano ha operado. En una primera fase, a partir de la L. 389/1989, el legislador ha entregado a la contratación

44 El Comité Económico y Social ha justamente observado «El Comité no cree que la ecuación sea tan simple como que un bajo nivel impositivo implique automáticamente una disminución del fraude fiscal, ya que también en países con impuestos bajos se llevan a cabo actividades no declaradas» (parere del 7 aprile 2005). La Comisión ha admitido que «los datos que hablan de creación de empleo a raíz de una única reducción del IVA [sobre servicios de gran intensidad de mano de obra: Directiva 1999/85/CE ] son limitados» (COM/2007/628 del 24 de octubre de 2007).

45 S. Mateman e P.H. Renooy, *Undeclared Labour in Europe. Towards an integrated approach of combating undeclared labour*, in [http://www.regioplan.nl/media/pdf/id/501/file\\_name/Undeclared+labour+in+Europe%3B+towards+an+integrated+approach](http://www.regioplan.nl/media/pdf/id/501/file_name/Undeclared+labour+in+Europe%3B+towards+an+integrated+approach).




colectiva provincial, a través de los contratos de realineamiento, la función de llevar gradualmente el tratamiento económico y normativo de los trabajadores dependientes ilegalmente empleados al *standard* previsto por la ley y de la contratación colectiva nacional del trabajo. La L. 210/1990 agregaba que el término para la estipulación de los contratos de realineamiento era el 31 de mayo de 1991: entendiéndose así el instrumento como un mecanismo transitorio para el reingreso en la legalidad consistente en la plena aplicación de los niveles retributivos previstos por los contratos colectivos nacionales. Han surgido en la fase aplicativa – que en mi Región, Puglia, ha ocurrido el ejemplo más significativo, en el sector textil-ropa-calzado, pero también en la agricultura – diversas dificultades.

En primer lugar, no ha sido inmediatamente claro que sucediese por períodos progresivos de la relación de trabajo. En segundo lugar el Instituto Nacional de Previdencia Social (INPS) ha tratado cuestiones para determinar cuales fuesen las retribuciones sujetas a la imposición porcentual de contributos previdenciales. En tercer lugar, la durada de esta fase transitoria de progresiva cercanía a la retribución contractual ha sido modificada diversas veces. Además ha sucedido que las empresas que habían estipulado los contratos de realineamiento, al término del período previsto, no pudiesen corresponder las retribuciones normales, y procediesen al despido o hasta cesase, de modo que la normativa ha tenido un efecto sustancial de tener en vida artificialmente empresas que no estaban en grado de competir regularmente en el mercado.

En fin, la Comisión Europea ha considerado que la normativa en cuestión diese vida y ayuda del Estado para las empresas no compatibles con la normativa comunitaria.

Con el art. 5 della L. 608/1996, se encuentra en el otro previsto que la adhesión de las empresas industriales y artesanas de los territorios económicamente desventajados al contrato de realineamiento estipulado a nivel provincial conllevarse al cálculo de los contributos previdenciales sobre la retribución prevista, rientra que el art. 23 della L. 196/1997 extendía esta posibilidad a las empresas de todos los sectores, agregando la extinción de los delitos y de las sanciones administrativas y, una vez realineadas las retribuciones a aquellas previstas por los contratos colectivos nacionales, los incentivos previstos para las nuevas asunciones: una super exoneración o condonación, en suma. Además, con la ley 448/1998, se ha instituido el Comité nacional para la emersión del trabajo no regular, y las Comisiones como articulaciones locales a nivel regional y provincial (artículos 78 e 79), con tareas de análisis y de coordinación de las iniciativas, y la segunda «con tarea de análisis del trabajo irregular a nivel territorial, de promoción de colaboración y de acuerdos institucionales, de asistencia a las empresas, finalizadas en particular al acceso al crédito exonerado, a la formación o a la predisposición de áreas implementadas, que estipulan contratos de realineamiento retributivo ante la presencia un tutor », mientras los resultados de los estudios realizados tendrían que haberse reflejado en la concentración de la actividad de los órganos de control en las áreas territoriales y en los sectores productivos punta en los cuales haya resultado la mayor difusión del trabajo sumergido.



Sucesivamente, una impostación diferente ha tenido la ley 383/2001, con el cual el Gobierno de derecha ha emanado una medida prevalentemente de natura fiscal que preveía – a la época de su exigencia (terminada desde el 2004) – nuevas exoneraciones para los empleadores y la posibilidad de efectuar una condonación fiscal de las irregularidades contributivas, fiscales y también ambientales (artículos 1-3).

Esta última norma ha sido sucesivamente integrada por la ley 266/2002, institutiva por los Comités para el Trabajo y la Emersión (CLES), que agregaba la posibilidad de una emersión llamada “progresiva”. A estos Comités (instituidos de oficio en cada capital de provincia y operantes en colaboración con las Comisiones provinciales), compuestos por 16 miembros, de los cuales 8 nominados en relación paritaria a las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, el empleador habría podido presentar el plano individual de emersión por irregularidad también diferente de aquellas fiscales y contributivas, obligándose a producir declaraciones de emersión sucesivamente a la aprobación del plano de parte de los mismos CLES (artículo 1, coma 2).

A la proliferación de organismos –no coordinados entre sí– que se ocupaban del fenómeno de trabajo sumergido no ha correspondido una proliferación de resultados ni el redimensionamiento del mismo.

La esencia de las intervenciones legislativas nacionales ha sido constituida de una condonación en favor de quien hubiese empleado trabajadores en negro precedentemente, acompañada de descuentos, sean temporáneos, sobre las obligaciones retributivas y contributivas para el futuro.

La coalición política de centro-izquierda, de regreso al Gobierno nacional desde el 2006 al 2008, ha producido, al contrario, una impostación nueva y ciertamente más prometedora de resultados concretos, debido a la solicitud de las Confederaciones sindicales, especialmente de la CGIL.

Se ha comenzado en el sector de la construcción, sector en el cual la presencia y difusión del trabajo sumergido ha estado siempre acompañada de la violación de las normas sobre la seguridad del trabajo, con resultados mortales. Aquí, el art. 36-*bis* della L. 248/2006 como se ha dicho, ha previsto antes que nada la comunicación al Servicio Público para el Empleo del inicio de la relación de trabajo desde el día anterior al inicio del mismo (co. 6), y ha agudizado las sanciones administrativas (co. 7), previendo además que en el ámbito de la cantera o sitio de la obra, todos deban llevar un carné de reconocimiento con generalidades y fotografía (co. 3), pero sobre todo ha previsto que el personal inspectivo pueda ordenar la suspensión de los trabajadores «toda vez que el control del empleo de trabajadores no resultante en los documentos escritos o de la documentación obligatoria, en medida par al 20 por ciento del total de los trabajadores regularmente ocupados en la cantera o en caso de reiteradas violaciones de la disciplina de reiteración en materia de superación de horarios de trabajo, de reposo diario y semanal», con el ulterior efecto de la emanación por parte del Ministerio del Trabajo Público de una «disposición interdictiva a la contratación con la administración pública y a la



participación de concursos públicos de duración par a la citada suspensión además de un eventual y ulterior período de tiempo no inferior al doble de la duración de la suspensión, y en general no superior a dos años» (co. 1).

La medida de suspensión de la cantera es revocable sólo a condición que el trabajador haya sido regularizado (co. 2).

Se trata como se ve, de una formidable sanción, dirigida a alterar el sistema de conveniencia del empleador que especule sobre u lesa del trabajo sumergido para disminuir el costo del trabajo.

El legislador la ha generalizado a todos los sectores con el art. 5 de la ley n. 123 del 3 de agosto de 2007.

Más aún, esta última norma ha sido abrogada con el art. 304 del Decreto legislativo del 9 de abril del 2008, regresando al *status quo ante*.

Con la ley financiera para el 2007 (L. del 27 de diciembre de 2006), además el Parlamento ha, antetodo, previsto la obligación de denunciar al competente Servicio Público para el Empleo el inicio de la relación de trabajo el día anterior, con un potente efecto de simplificación de los controles, como se evidencia en el parágrafo 2 (art. 1, co. 1180).

Además ha previsto un procedimiento elaborado de propósito, dirigida a favorecer la emersión del trabajo sumergido (art. 1, co. da 1192 a 1201).

Con ella, se podía presentar dentro del 30 de settembre del 2007 una instancia de condonación al INPS para las relaciones de trabajo «no resultantes de escreto o de otra documentación obligatoria» (co. 1192), pero necesariamente después de un acuerdo sindical, empresarial o territorial, con las organizaciones sindicales adherentes a los sindicatos comparativamente más representativos (co. 1193). En la instancia iban indicados los nombres de los trabajadores de regularizar y los periodos objeto de la regularización (dentro de los últimos cinco años).

Al acuerdo sindical habrían seguido – voluntariamente para los trabajadores interesados – actos de conciliación individual, con los cuales se definían los derechos (pero no los gastos contributivos de pagar al INPS<sup>46</sup>) relativos al período precedente anterior a la regularización, en conformidad al acuerdo sindical.(co. 1194).

El coma 1195 suspendía el efecto de medidas administrativas (debidas a la inspección del trabajo) o jurisdiccionales concernientes al pago de los contributos hasta completar totalmente el procedimiento de regularización, para incentivar la adhesión de los

---

46 Que no están disponibles de la parte de la relación de trabajo, sino en la forma directa de la conciliación sobre periodos de trabajo sumergido y sobre las retribuciones debidas, o definiendo las sumas cual el resarcimiento del daño y no retribuciones.



empleadores, pero precisando que el acuerdo sindical tenía valor para todas las relaciones de trabajo sumergido, que hayan sido o no objeto de intervención administrativa o jurisdiccional. Con esto se quería impedir que los empleadores siguieran el procedimiento de regularización únicamente para las relaciones de trabajo sumergidos que fuesen o hayan sido descubiertos y acertados por la autoridad pública.

La adhesión del empleador comportaba el pago de dos tercios de los contributos debidos<sup>47</sup> (co. 1196), sin intereses, aumentos o sanciones penales y administrativas (co. 1197), y además la suspensión por un año de parte de la inspección de trabajo y eso con la finalidad del respeto a las normas de seguridad en el trabajo (co. 1198), siempre que dentro del año el empleador resolviese cada violación de las normas de seguridad mismas.

Además, para evitar el efecto de la regularización con la finalidad de salvar de las sanciones al empleador, pero con el sucesivo licenciamiento, los comas 1199 y 1200 disponían que el descuento al contributo previsto en el co. 1196 fuera suspendido en un 50% y gozado por el empleador sólo al término de cada uno de los años regulares, y condicionado al mantenimiento en servicio del trabajador regularizado por lo menos dos años, salvo los casos de dimisión y licenciamiento por justa causa.

En la ley 296/2006 están presentes otras importantes previsiones en el tema de la lucha contra el trabajo sumergido, tanto de poder definir el conjunto de las normas en examen como una verdadera intervención orgánica del legislador nacional italiano en materia.

En particular, el co. 1175 que el acceso a cualquier beneficio contributivo – comprendido aquel vinculado a la adhesión y al procedimiento de regularización que se ha ilustrado – está conectado a la posesión del Documento Unico de Regularidad Contributiva (DURC)<sup>48</sup> y al respeto de los contratos colectivos nacionales, territoriales y empresariales estipulados por las organizaciones sindicales comparativamente más representativas. Y es claro que el empleador que se aprovecha del trabajo sumergido o no respeta los contratos colectivos no podrá gozar de algún beneficio normativo o contributivo ni participar en la adjudicación de contratos públicos.

Además, los co. 1173 y 1174 – retomando con algunas diferencias una ley regional de Puglia de la cual se hablará en el próximo párrafo – disponían que ciertos sectores individuados por el Ministerio de Trabajo, en los cuales resultase más alta la violación de las normas, se procediese a la aplicación experimental de «indicios de congruencia de la relación de trabajo necesarias a la variación de la relación entre calidad de bienes producidos y de los servicios ofrecidos y la cantidad de horas de trabajo necesarias así como la variación porcentual del índice a considerar tolerable, teniendo en cuenta las específicas características productivas y técnicas además de los volúmenes de negocios y de presuntos réditos».

47 El 20% inmediatamente, el resto en sesenta cuotas mensuales.

48 Progresivamente introducido por sectores a partir del art. 2, co. 1, L. 266/2002, y después con sucesivas intervenciones legislativas hasta el co. 1176 de la L. 296/2006.



Se trata como se ve, de un instrumento presuntivo, «articulado por sectores, por categorías de empresas y por territorios», de los cuales la ley nacional no fijaba exactamente la función. Pero contra los cuales algunas organizaciones empleadoras han elevado enérgica protestas ante la prensa, todavía antes de su elaboración y aplicación que ha sido objeto de una discusión técnica y de una tratativa nacional con las partes sociales interesadas que no llevó a ninguna conclusión. Y una vez, cambiada la mayoría, uno de los principales actos del nuevo Parlamento ha sido la abrogación, actuada con el d.l. n. 112, art. 39, co. 10, lett. n, del 25 de junio de 2008, convertida, con modificaciones en la ley n. 133 del 6 de agosto de 2008.

Todavía en la L. 296/2006 (co. 11 56) estaba previsto que el Ministro de Trabajo crease una Cabina de dirección nacional de coordinación de la lucha contra el trabajo sumergido<sup>49</sup>, que ha visto participar todas las instituciones públicas, comprendida una representación regional entre los cuales quien habla, y todas las organizaciones empleadoras y sindicales; pero que no ha sido nuevamente reunida por el nuevo Gobierno; no obstante existe un fondo creado de 10 millones de euro para financiar servicios de soporte a las empresas que participasen en el procedimiento de emersión financiera del trabajo irregular. Además se valora la concertación local, previendo el desarrollo de sectores territoriales de emersión y de promoción de ocupación regular así como la valoración de los CLES.

Finalmente, los comas 1168, 1169 y 1170, incrementan la posibilidad que el Ministerio de Trabajo recurra a bancos de datos diferentes, con la finalidad de luchar contra el trabajo sumergido.


Los efectos contra la lucha del trabajo en negro, finalmente retomado sobre bases nuevas con las previsiones nacionales recordadas, han sido inmediatamente notables<sup>50</sup>: también se resalta que se ha evidenciado que el actual Gobierno habría al parecer abandonado el tema, y al contrario, promovido, como se ha dicho, la abrogación de los co. 1173 y 1174.

## 6. Las normas legislativas de las Regiones italianas

En Italia, a partir de la reforma del Título V de la Constitución actuada con la ley constitucional n. 3, del 18 de octubre del 2001, a las Regiones – las cuales tienen como parientes próximos en el ordenamiento español a las Comunidades Autónomas – se les

49 Effettivamente istituita con Decreto Ministerial del 11 de octubre de 2007

50 V. una primera exposición de cifras en <<<http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/D918C543-5344-4D17-A6F5-FEB8DBFF45B9/0/andamentoso-spenzioneerevocabisago06ago07.pdf>>>; además de <<[http://www.lavoro.gov.it/Lavoro/Istituzionale/AreaStampa/comunicati/2007\\_10\\_26.htm](http://www.lavoro.gov.it/Lavoro/Istituzionale/AreaStampa/comunicati/2007_10_26.htm)>> (en donde se habla de más de 175.000 trabajadores emergidos en el sector construcción en un sólo año, desde agosto de 2006 a setiembre de 2007), y en <<[http://www.lavoro.gov.it/Lavoro/Istituzionale/AreaStampa/comunicati/2008\\_05\\_07.htm](http://www.lavoro.gov.it/Lavoro/Istituzionale/AreaStampa/comunicati/2008_05_07.htm)>>, donde al 31 de marzo de 2008 los trabajadores que se presumía trabajasen en sumergido aumentaba en 233.588, de los cuales 130.134, igual al 56%, eran extranjeros; no tengo otros comunicados de prensa del Ministerio de Trabajo con otros datos.



reconoce una competencia no sólo administrativa, como antes, sino que también legislativa en materia de «tutela y seguridad en el trabajo». Se trata de una «competencia concurrente», esto es de la previsión de una potestad legislativa que se debe desarrollar en el ámbito de los principios fundamentales fijados con ley del Estado.

La previsión ha dado vida a muchas discusiones en doctrina y a repetidas intervenciones de la Corte Constitucional, pero no sobre el punto del cual nos ocupamos hoy, sino que relativamente a la reconducción de la actividad de inspección del trabajo en la competencia exclusiva del Estado<sup>51</sup>. Debemos sólo recordar que la disciplina de la relación de trabajo – derechos y obligaciones de las partes del contrato de trabajo – ha sido reconducido por la mayoría de la doctrina, de la jurisprudencia constitucional y de la decisión legislativa nacional y regional, en materia de «ordenamiento civil», de exclusiva competencia legislativa del Estado.

En una primera fase, disposiciones sobre el contraste del trabajo sumergido esparcido al interior de las medidas legislativas con las cuales diversas Regiones han organizado las propias competencias en materia de Servicios Públicos para el Empleo<sup>52</sup>.

No teniendo tiempo para un examen detallado, quisiera decir aquí que las normas en cuestión tienen una naturaleza más genérica y programática, de anunciado soporte a las iniciativas de las partes sociales y a las actividades formativas y culturales, que efectivamente preceptiva, salvo que para las previsiones de leyes regionales de la Región Marche del 25 de enero de 2005, n. 2 (art. 34), y de la Región Lombarda (art. 26), que disponen la revocación de los beneficios concedidos por las Regiones en el caso que los empleadores no utilicen el trabajo sumergido.

La primera Región que ha producido una ley pensada en el contraste del trabajo sumergido ha sido la Región Puglia, la Región de donde provengo, que al nicio de julio de 2006 ha comenzado a discutir, ocho días antes de que la Confederación sindical CGIL, CISL e UIL dieran cuenta de su plataforma nacional contra el trabajo en negro<sup>53</sup>, y casi un mes antes que se conociese el escándalo del salvaje abuso de trabajadores irregulares polacos y de otras nacionalidades, en los campos agrícolas de Foggia, en Puglia, adquiriese importancia internacional en los medios de comunicación y la televisión, también aquí en España<sup>54</sup>. Con gran rapidez, terminada la concertación con las partes sociales, el Consejo Regional de Puglia ha aprobado la Ley Regional de Puglia n. 28 el 26 de octubre de 2006.

51 Corte constitucional n. 384 del 14 de octubre de 2005.

52 V. al propósito M. Espósito y U. Gargiulo, *Il contrasto al lavoro sommerso: potestà legislativa regionale e strumenti di intervento*, en *Bollettino speciale Adapt* n. 16/2007 (in <<<http://www.adapt.it/acm-on-line/Home/docCatDossierAdapt.1458.1.10000.2.1.html>>>).

53 In <<<http://www.cgil.it/tematiche/Documento.aspx?ARG=POLAV&TAB=0&ID=4855>>>.

54 Lamentablemente no ha sido todavía traducido al español la bellísima novela-ensayo de A. Leogrande, *Uomini e caporali*, Milano, Mondadori, 2008, que de aquella circunstancia dá amplia y fascinante descripción.



Ya que ha sido la primera experiencia regional orgánica, y porque además la conozco bastante bien, habiendo sido extensor de la ley, y asesor del gobierno regional que ha gobernado la aplicación hasta el julio pasado, les dedicaré el próximo parágrafo-

Sobre nave de la experiencia pugliese se han movido otras Regiones. En particular, la Región Lazio ha aprobado la ley regional de Lazio n. 16 el 18 de settembre de 2007, la cual condiciona la erogación de beneficios regionales a la regularidad de la relación de trabajo (art. 4) y dispone la revocación en caso de irregularidad (art. 5), condiciona la participación de las empresas en las adjudicaciones de contratos de las licitaciones públicas al respecto de los índices de congruencia (art. 7), los cuales han mutado de la (ahora abrogada) legislación estatal (art. 9), prevee la erogación de contributos económicos congruentes – hasta 10.000 euro – por cada trabajador emergido (art. 12), compara a la emersión la transformación de contratos de trabajo a proyecto en contratos de trabajo subordinado (art. 10), pero prevee que el procedimiento de regularización tenga carácter transitorio (art. 13), vinculando al empleador que contribuya a mantener la relación de trabajo por dos años (art. 13).


Todavía se encuentra en curso de aprobación, en cambio, la ley de la Región Campaña, la cual ha insertado las normas contra el trabajo sumergido al interior de una grande medida legislativa complessiva en materia de trabajo, sea en la primera versión del proyecto de ley, aprobado por la Junta regional el 15 de setiembre de 2006, sea en la segunda, aprobada nuevamente por la Junta regional el 21 de enero de 2009. Como era previsto, los arts. 13 y 23, reconocen incentivos y financiamientos a las empresas no certificadas según otras previsiones del mismo proyecto de ley, que se oblique a regularizar relaciones de trabajo irregulares en conformidad con un Plan Regional para la emersión que será parte de la programación trianual de la Región en materia de trabajo, y que adopte progresivamente los criterios necesarios para la certificación de Alta Calidad del Trabajo indicado en el mismo proyecto.

## **7. La ley regional Puglia n. 28/2006**

Como se ha dicho, la región Puglia ha sido la primera región italiana en donde se haya dado una ley regional orgánica, dedicada al contraste del trabajo sumergido.

El texto está fundado sobre algunas líneas directivas:

- 1) la observancia de la ley y de los contratos colectivos de parte de los empresarios para obtener condonaciones o exoneraciones regionales de cualquier tipo;
- 2) la comunicación de la Asunción a los Centros para el Empleo, de parte de los empresarios beneficiados antes del inicio de la relación de trabajo (se recuerde que al momento de la aprobación de la ley no estaba aún en vigor la análoga obligación general porque era previsto por la ley estatal n. 296/2006);

- 
- 3) la individualización de los índices de congruencia – parámetros que definen la relación entre la cantidad y calidad de los bienes y servicios ofrecidos por los empleadores, y las cantidades de las horas trabajadas – como condiciones para disfrutar de las exoneraciones regionales, sea consintiendo una motivada variación de parte de las empresas que optimizan los factores de producción, y cual instrumento para direccionar los controles, más allá de cada lógica de casualidad o peor, de arbitrariedad;
  - 4) el potenciamiento de la actividad inspectiva sobre el territorio regional;
  - 5) el otorgamiento de incentivos a los empresarios que regularicen la relación de trabajo.

Pasando a examinar en detalles la ley regional de Puglia n. 28/2006:

**El art. 1** prevee che el otorgamiento de cualquier exoneración o financiamiento, a cada título o razón otorgado por la Región Puglia, sea reservada a los sujetos que demuestren estar en regla, ellos y todos los contratistas y subcontratistas, con las obligaciones de ley en materia previdencial y que apliquen a los trabajadores dependientes tratamientos económicos y normativos no inferiores a aquellos previstos en los acuerdos y contratos colectivos nacionales, regionales y territoriales o empresariales, estipulados con las organizaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional.

A ello se provee através de la inserción de medidas de concesión o en los capitulados de adjudicación directa o en las licitaciones con las cuales se conceden financiamientos, en elaboradas cláusulas.

Tal obligación va respetada por la durada del beneficio, hasta la aprobación de la rendición de cuentas.

Cada infracción acertada, por los componentes de órganos inspectivos comporta como sanción la reducción, parcial o total de parziale o totale, de los beneficios expectantes, o en los casos más graves o en la reiteración, la exclusión hasta de cinco años de cualquier concesión de exoneración.

El respeto de los índices de congruencia, de los cuales el art. 2 se convierte en condición para disfrutar de las exoneraciones regionales y para la participación a licitaciones o concursos de adjudicación directa.

**El art. 2** prevee el coma 1 para que los empleadores esten obligados a comunicar a los Centros de Empleo de la instauración de la relación de trabajo dos días antes del inicio del mismo; en caso de incumplimiento se aplican las mismas sanciones previstas en el art. 1 (comma 2).

Es importante aclarar que no existe alguna evasión de la competencia legislativa estatal, porque la adaptación de los principios puestos por la normativa nacional entran en la competencia concurrente de la legislación en materia de tutela y seguridad del trabajo,



de acuerdo a lo establecido en el artículo 117, comma 3, della Costituzione italiana: y en este caso el principio parece ser aquel de la obligación de comunicar a los servicios de empleo. En todo caso, no puede ser contrastado con la competencia legislativa estatal porque el artículo 2, coma 1, limita el campo de aplicación de la obligación en cuestión a los empleadores de trabajo como beneficiarios de las exoneraciones y de las entregas de las cuales el artículo 1, de tal modo que más para los empleadores, la situación se presenta originalmente no como una obligación sino como un gasto.

El otro contenido fundamental de este artículo se atiene a la previsión y definición de los índices de congruencia: el coma 3 del art. 2, de hecho prevee que la Región, de acuerdo con las partes sociales y en colaboración técnica con la Universidad y los órganos inspectivos, procederá a la construcción de índices de congruencia, osea parámetros que definen la relación entre la calidad y cantidad de bienes y servicios ofrecidos por los empleadores, y, la cantidad de horas trabajadas.

Naturalmente, teniendo cuenta de la amplia variedad de situaciones productivas, se definirá, unitariamente al índice de cada sector, también la porcentual que pueda ser considerado fruto de la diversa combinación de los factores de producción.

Con la misma finalidad, el coma 4 prevee que el empleador, al acto de demanda de atribuciones de los beneficios y anualmente para toda la duración de la exoneración, deba entregar copia de la declaración anual IVA y de los libros de pago.

En el caso de una variación mayor, el empleador podrá ser destinatario de una señalación y de una solicitud de motivación (coma 5), que no aparece técnicamente diferente de aquella impuesta en caso de oferta anómala en la legislación sobre la adjudicación (artículo 21, coma 1-bis, ley n. 109 del 11 de febrero de 1994, y sucesivas modificaciones; artículo 25 del decreto legislativo n. 157 del 17 de marzo de 1995). De otro lado, a diferencia que en esa circunstancia, para evitar consecuencias negativas derivantes de las dificultades de las oficinas regionales, está previsto la recepción de las motivaciones proporcionadas con el sistema del silencio consentido (coma 6).

Solamente en caso de variaciones mayores de aquellas acordadas con las partes, y de justificaciones consideradas inatendibles, la Región proveerá, según el principio de proporcionalidad, a la reducción o a la revocación y a la eventual recuperación parcial o total, de las exoneraciones y de las devoluciones o entregas concedidas (coma 6).

Naturalmente, la normativa no determina ninguna otra consecuencia latamente sancionatoria pues cada efecto de tipo inductivo (y de tipo imponible por mano de obra) es de excluirse reingresando pacíficamente en la competencia exclusiva de la legislación del Estado las materias de relación de trabajo, previdencial y tributaria.

Ya que la definición de la aplicación de tales índices entiende auxiliar las políticas de control, otro objetivo del proyecto de ley, el **art. 3** prevee el fortalecimiento de la actividad inspectiva, también con destinación de parte de los recursos disponibles, a través



de la suscripción de protocolos de entendimiento con el Ministerio de Trabajo para garantizar la continuidad de la acción de control, proveyendo un sistema de control en frente a los empleadores beneficiarios de las exoneraciones regionales.

**L'art. 4** prevee, un soporte de la definición de los índices de congruencia, la constitución de un Observatorio Regional del Trabajo no regular. Ello tiene el objetivo de efectuar un análisis de las principales problemáticas de la economía sumergida, del trabajo irregular y de sus efectos en el mercado de trabajo. Entre los objetivos prefijados está el intento de construir un estadística de la ocupación regular en Puglia. El Observatorio tiene la función de disponer de un banco de Datos integrado, construída utilizando y conectando entre ellos los bancos de datos de diferentes instituciones públicas para reunir, del cruce de información, indicadores útiles al estudio del fenómeno del trabajo irregular y al inicio de la actividad de control.

En fin, el **art. 5**, se prevén ulteriores medidas de definir en vía administrativa, y en particular, la posibilidad de dar incentivos a las empresas, en conformidad del programa de la Comisión regional para la emersión del trabajo no regular y en el respeto de la normativa comunitaria en tema de régimen de ayuda y de *minimis*, finalizados a la regularización de las relaciones de trabajo (coma 1).

Tales incentivos están conectados a alcanzar la congruencia según los índices señalados en el artículo 3, con un mejoramiento documentado del índice respecto del año precedente de al menos veinticinco por ciento (coma 2), alcanzado a través de la regularización de relaciones de trabajo a tiempo indeterminado, o también a tiempo determinado, en el caso de empresas que desarrollan actividades exclusivamente en períodos determinados en el curso del año.

## 8. La actuación de la ley regional de Puglia n. 28/2006<sup>55</sup>

Naturalmente, la experiencia práctica de tres años, permite hoy de evaluar con atención virtudes y defectos del sistema legislativo regional.

Sucede que debo permitirme una breve descripción de la actividad administrativa con la cual se ha dado aplicación a las previsiones de la ley regional de Puglia n. 28/2006.

En la convicción política que una seria lucha contra el trabajo sumergido deba ser fundada sobre el trabajar conjunto de incentivos, controles y sanciones, la Región Puglia ha previsto una serie di medidas de incentivo de la regularidad del trabajo. Es más, se

55 Para la actividad de contraste al trabajo negro antes de la emanación de la ley, se v. el ensayo de A. Lobo-sco, *L'attività amministrativa dell'Assessorato al lavoro in materia di emersione*, en C. Sunna (a cura di), *La lotta al lavoro nero nell'esperienza legislativa e amministrativa della Regione Puglia*, Bari, Cacucci editore, 2008, pp. 47-49. Noticias sobre la actividad regional en materia <http://www.regione.puglia.it/index.php?page=progetti&id=4>.



puede decir que el tema de los incentivos representa el capítulo más voluminoso entre quello tratados directamente, en el sentido que a ello la Región ha dedicado particular atención, además de haber destinado conspicuos recursos financieros.

La decisión de la Región Puglia, a este propósito, ha sido de no preveer formas generalizadas e indistintas de incentivos, pero si de orientar el sistema de los incentivos hacia las empresas que expresan la voluta de emersión del trabajo y que necesitan de un soporte económico para comenzar el camino de la regularización. El reciente concurso para la concesión de incentivos a las empresas finalizados a la Asunción de trabajadores subordinados y a la regularización de relaciones d etrabajo, aprobado con Deliberación de la Junta Regional n. 1078 del 25 de junio de 2008, es un ejemplo concreto de lo que hemos afirmado<sup>56</sup>. Efectivamente, el objeto que se cuestiona en las acciones A y B del citado concurso es aquel de acrecer los niveles ocupacionales incentivando contemporáneamente a los sujetos destinatarios de las mismas acciones a emprender un recorrido consciente de legalidad en la asunción y/o en la regularización.

Otros objetivos del concurso han sido los de:

- 1) garantizar una regular historia contributiva a los trabajadores interesados;
- 2) reforzar medidas e intervenciones regionales en señal de cultura y legalidad;
- 3) ampliar las posibilidades de acceso a exoneraciones y beneficios de parte de empresas operativas en el territorio regional, gracias a la posibilidad para las mismas de certificar mano de obra regolarmente asumida;
- 4) exonerar el abatimiento de las controversias en materia.

En práctica, han sido entregados a abril del 2009 financiamientos inferiores a la disponibilidad, par a 520.000 euro, con la entrega de un contributo igual a 10.000 euro por cada trabajador emergido, rientra que ha encontrado respuesta –quizás por falta de información– la compleja actividad dirigida a incentivar la conciliación de las vertientes para el trabajo sumergido pendiente delante del juez de trabajo.

Todavía en tema de incentivos, pero específicamente con destino al sector agrícola, que es todavía parte relevante en la economía pugliese, otro que lugar de la mayor gravedad e intensidad de los fenómenos de abuso y disfrute y negociación de la libertad y dignidad del trabajo conectado al trabajo sumergido, han sido previstas medidas tendentes a «asegurar la residencialidad y el transporte de los trabajadores inmigrados y no» (ley regional de Puglia n. 28/2006 art. 5, co. 1).

En efecto, el llamado “caporalato” en agricultura, tan ampliamente difundido por ejemplo en las zonas de agricultura mayormente desarrollada e industrializada, consiste

---

56 La convocatoria al concurso ha sido publicado en *Bollettino Ufficiale Regione Puglia (BURP)* n. 106 del 3 julio de 2008, en [www.regione.puglia.it](http://www.regione.puglia.it).



esencialmente en la intermediación ilegal entre empresas y trabajadores con la finalidad de asunción y transporte de mano de obra. Luego, una obra de concertación a la cual han participado Prefectos, asesores provinciales y Alcaldes de diferentes Comunas de toda Puglia, otro que organizaciones empleadoras y sindicales, ha sido una decisión utilizar la mayor parte de los recursos regionales a favor de intervenciones que mejorasen las condiciones de vida de los trabajadores inmigrantes.

En tal dirección, el Assessorato al Lavoro, en unión de el Assessorato alla Solidarietà Sociale, ha aprobado, con deliberación de la Junta Regional n. 2002 del 22 de diciembre de 2006, un primer proyecto experimental en la provincia de Foggia (llamado Albergo difundido), que ha visto a las Comunas o Alcaldías interesadas financiadas con 1.300.000 euro, con la finalidad que restructurasen inmuebles de su propiedad y se apoyaran en la gestión a tres Centros de Acogimiento en Cerignola, Foggia y San Severo, con el objetivo de dar alojamiento decente, techo y otros servicios indispensables, (comidas, lavandería, servicios lingüísticos, etc.) a los trabajadores agrícolas inmigrantes densamente presentes en aquel territorio cada año debido al trabajo estacional<sup>57</sup>.

La Región Puglia ha aprobado además, con los actos dirigenciales n. 830 y n. 832 del 20 diciembre de 2007<sup>58</sup> otros dos concursos – respectivamente destinados a las personas físicas y jurídicas privadas que sean empleadores de trabajo agrícola y a las Comunas y Provincias de Puglia, singulares o asociados, interesados en el trabajo agrícola o estacional – preveyendo incentivos mirados para el sector agrícola. A través de estos concursos han sido financiados algunas intervenciones no sólo de acción directa para afrontar problemas concretos (alojamiento de los trabajadores agrícolas inmigrantes, entrega del servicio comedor, de servicios higiénico-salud, actividad de centro informativo, transporte de trabajadores a los lugares de trabajo usando medios públicos o con medios privados de los empleadores en beneficio de sus propios dependientes regularmente asumidos, financiamiento de la restructuración edilicia de inmuebles rurales de utilizar para alojar a los trabajadores calificados para el campo agrícola<sup>59</sup>), pero también dirigidos al mejoramiento del contexto y al soporte de las empresas que operan en modo regular en el ámbito del sector agrícola. Los financiamientos, de hecho, han considerado a los sujetos metidos en regla a través de la Asunción de trabajadores y la aplicación de los relativos contratos colectivos en la óptica de aligerar los costos que tales empresas deben sostener, a diferencia de quien opera en lo sumergido, para operara en el mercado de trabajo, y entonces disminuir la ventaja competitiva debido a los costos menores sostenidos por las empresas que actúan en el trabajo sumergido: con la doble función de incentivar a emerger y de sancionar indirectamente a quien no emerja.

Para poder tener acceso a los mencionados financiamientos, las condiciones establecidas han sido que el empleador asumiese regularmente, aplicando el contrato colectivo de

57 Las intervenciones se están realizando y continuarán por todo el 2009.

58 BURP n. 183 del 27 diciembre 2007.

59 Si son privados, en la medida máxima del 50% del costo y de 25.000 euro.



categoría, con el vínculo a mantener los servicios financiados por la Región por otros cinco años, más aquellos del financiamiento. Si el sujeto financiado es una administración pública, la obligación a mantener la continuidad de los servicios admitidos ha sido extendida a 10 años.

Todas las tipologías de intervención, descritas están acompañadas de una actividad informativa (todas a prever obligatoriamente al interior de los Proyectos presentados) llamada SMI (Sportello Mobile Interattivo), que representa una novedad absoluta de los concursos descritos y que han consentido llevar directamente a las plazas y en los lugares frecuentados por los trabajadores potencialmente interesados en información sobre los servicios emanados de los Proyectos y pedir información de naturaleza distinta, desde asistencia legal hasta salud.


Para los dos concursos han sido calculados aproximadamente tres millones de euro (respectivamente 2,5 millones para la Administración Pública y 0,5 para los empleadores privados). Con la Convocatoria dirigido a la Administración Pública han sido financiados los Proyectos de 11 *partnership*: a interior de estos Proyectos han sido obligadas numerosas asociaciones operantes sobre todo el territorio regional en el ámbito de la integración, del alojamiento de la solidaridad por un total de cerca 70 operadores, entre experto y mediadores lingüístico-culturales; 2 sociedades de transporte público con los cuales se han efectuado tratos extraordinarios para el transporte de trabajadores agrícolas por todo el período de verano, que es el período mayormente crítico, y hasta el fin del año 2000; además, han sido comprometidas todas las principales organizaciones sindicales del sector agrícola. Con la Convocatoria pública dirigida a los empresarios agrícolas privados han sido financiadas 11 empresas agrícolas para efectos del transporte (dos) y de reestructuración de inmuebles (nueve), de realizar dentro del 2008<sup>60</sup>.

En total hemos tenido cerca de dos mil trabajadores agrícolas a semana mediante transporte al puesto de trabajo, entonces sustraídos a los caporales; colocación en alojos decentes por casi mil trescientos trabajadores agrícolas inmigrantes en el período de verano.

Ha sido instituido el ORES (Observatorio regional de la economía sumergida), con el objeto de realizar estudios e investigaciones sobre la economía sumergida, el trabajo irregular y sus incidencias en el mercado de trabajo, pero sobre todo con la idea de tener a disposición un banco de datos único sobre la contribución social y asegurativa y sobre los incentivos regionales que, utilizando una base informativa homogénea e integrada por los diversos sistemas existentes, a través de una plataforma de *business intelligence*, que permita recoger información de los bancos de datos existentes, normalizar los datos obtenidos, hacer fluible a otros actores institucionales todo el patrimonio conoscitivo

---

60 Se me permita recordar con orgullo que esta actividad de la Región Puglia ha recibido un importante reconocimiento de el Comité de las Regiones de la Unión Europea, ganando el premio *European Regional Champion Award* por el 2008, como mejor actividad desarrollada por un territorio en Europa en el campo del trabajo. V. una rendición de cuenta en <<<http://www.cor.europa.eu/pages/PresentationTemplate.aspx?view=detail&id=956d49da-f80a-4958-999f-8c5a5e9930c5>>>.



mediante el uso de específica tecnología y permita a quien desee y tenga interés de acceso a estudios, investigación y en general a información sobre el mercado de trabajo con una sencilla conexión *on line*.

El observatorio disciplinado por el art. 4 della legge n. 28/06, es una realidad, posee un portal web con diferentes niveles de acceso según las necesidades del interlocutor, quien se conectará a la información allí contenida. Debo recordar que a la creación del ORES se han agregado a través de un gran esfuerzo tecnológico y de trabajo, no sólo para coordinar los entes que conocen la sistemática acumulación de flujo informativo relacionado al mercado de trabajo (Guardia di Finanza<sup>61</sup>, INPS, INAIL<sup>62</sup>, Agenzia delle entrate, Servizio Pubblico per l'Impiego), con la mayor parte de los cuales la Región ha suscrito protocolos de acuerdo, sea por la cantidad de datos recogidos y elaborados con reglas no inmediatas susceptibles de ser homogenizadas, sea porque la Región ha debido afrontar delicado problemas jurídicos por la diversa calificación de datos a organizar, en relación a las finalidades institucionales de cada uno de los entes proporcionadores de datos (por ejemplo para la Guardia di Finanza las relaciones posteriores a los controles a minuto contienen indicios de delitos de competencia de la Procura della Repubblica - Ministerio Público - y cubiertas por tratarse de actos de investigación), y de las consecuentes observaciones de mecanismos para el respeto de la seguridad del tratamiento de datos.

Estrechamente vinculado al tema de ORES, en el sentido del uso del Observatorio cuyo soporte técnico de las acción es el tema de los controles, disciplinado por el art. 3 de la ley regional de Puglia n. 28/2006.

Para individualizar nuevas formas de coordinación interinstitucional y medidas organizativas para la represión de trabajo no regular y sumergido, y para intensificar las acciones de control, la Región Puglia - que como todas las Regiones italianas no tiene un propio cuerpo de policía - ha decidido potenciar los servicios inspectivos sobre el territorio regional y ha suscrito<sup>63</sup> el 23 de enero de 2008 un Protocolo de acuerdo con el Comando Regionale della Guardia di Finanza, sujeto institucional predispuesto al control aunque si esta forma de criminalidad económica, en base a la cual se han otorgado a la misma 500.000 euro.

Además en el curso del 2008 ha sido instituido una Mesa de Trabajo, constituido por la Región, Guardia di Finanza y Dirección Regional del Trabajo<sup>64</sup>, en el cual se ha concordado la definición de las formas y de las acciones de control hacia las empresas beneficiarias de incentivos de parte de la Región Puglia. Todos los participantes han tenido acceso a las listas de los beneficiarios de las exoneraciones regionales, sub divididas por

---

61 Cuerpo militar de policía económico - financiera.

62 Instituto Nacional para la Aseguración contra los accidentes en el Trabajo.

63 Sobre la base de la deliberación de la Junta Regional n. 550 del 27 de mayo de 2007.

64 Estructura periférica del Ministerio de Trabajo, quien hace las veces de jefe de inspección del trabajo.



sectores y por áreas geográficas, así como una tarjeta para utilizarla e informarse para los controles, con la intención de recoger principalmente información sobre el uso de la fuerza de trabajo en la empresa. Desde el verano del 2008, la Guardia di Finanza ha iniciado con efectuar los controles sobre las empresas beneficiarias de ayuda y financiamiento regional, entregando a la Región sus relativos reportes informativos.

No obstante el esentamiento de otros 200.000 euro para la actividad inspectiva de desarrollarse de parte de la Dirección regional del Trabajo, esta parte no ha tenido actuación.

El tema más delicado -y no concluído-, ha sido constituido por la elaboración de los índices de congruencia, que, como se ha dicho, «definen la relación entre la cantidad y calidad de los bienes y servicios ofrecidos por el empleador, impresario y no empresario, y la cantidad de horas trabajadas, así como la desviación porcentual del índice individuado que sea de considerar normal» (art. 2, coma 3, ley regional de Puglia n. 28/2006).

La realización material del elaborado científico sobre los índices, bajo el perfil estadístico, económico y jurídico, ha sido encargado con deliberación de Junta Regional n. 2003, del 22 diciembre de 2006, a las tres Universides de los Estudios de Bari, Foggia y Lecce, es decir de las ciudades puglieses, con las cuales la Región ha establecido convenciones.

El documento científico suscrito entre las tres Universidades ha sido entregado el 18 de junio de 2007 a las partes para la concertación con el intento de recoger eventuales sugerencias antes de proceder a la la adopción formal del documento de parte de la Administración Regional, hasta hoy no realizada.

La falta de aprobación formal del documento es reconducible a tres razones. La primera es que muchos aspectos disciplinados por la ley regional de Puglia n. 28/2006, como quizás se habrá notado, han sido contenidos en la ley financiera n. 296/2006. Un ejemplo está constituido justamente por los índices de congruencia. Para evitar una sobreposición de determinados índices de congruidad o congruencia nacional y quello regionales, se ha convenido en oportuna reunión en la Mesa nacional constituida *ad hoc*, de la cual formaba parte también la Región Puglia, de evitarse las dificultades aplicativas que habrían podido derivarse a las empresas por la coexistencia sobre el mismo territorio de dos índices diferentes, uno elaborado a nivel gubernativo nacional, y el otro regional, y entonces reenviar la aplicación de los índices de congruidad o congruencia previstos por la ley regional de Puglia n. 28/2006.

La segunda razón por la cual los índices de congruencia no han sido todavía adoptados formalmente se deriva en cambio de la voluta político-administrativa de proceder a una revisión del documento al mismo tiempo elaborado, con el objeto de contribuir al reforzamiento de tal instrumento para un mejor uso del mismo. Con ese fin, se ha proveído confrontando, en el ámbito de cursos de formación profesional financiados por la Región



Puglia y dirigidos a inspectores de trabajo y del INPS, los resultados de la aplicación del primer modelo de índices con aquellos de las actas de inspección, y sucesivamente a corregir los índices hipotizados a la luz de los resultados de la comparación.

En tercer y decisivo lugar, en el 2009 la Región a través del acto de abrogación de Gobierno nacional de las normas de los comas 1173 y 1174 de la L. n. 296/2006, ha retomado la actividad de concertación con las partes sociales a propósito de los índices de congruidad mismos, en particular para el sector agrícola, pero en el clima político se determina luego del triunfo de la derecha en las elecciones nacionales del 2008, chocando con la total y violenta indisponibilidad de las organizaciones empleadoras a discutir sobre cualquier experimentación de los índices de congruidad, aunque fuesen suspendidos los efectos jurídicos.

Ya que la ley regional de Puglia n. 28/2006, como se ha dicho, prevee, en el art. 2, co. 3, que los índices de congruidad hayan sido individuados «de acuerdo con las organizaciones empresariales y sindicales mayormente representativas sobre el plano regional», parece claro que o se abandona la hipótesis de actuar índices de congruidad por la finalidad de la ley misma, o se debe proveer a una modificación legislativa del todo improbable a pocos meses de la conclusión de la legislatura regional.

## 9. Los resultados de la acción de contraste en el trabajo sumergido

Si después pasamos a considerar los resultados de las acciones regionales de contraste al trabajo sumergido, en los límites en los cuales se pueda valorar cuantitativamente resultados en un campo que por definición escapan a observaciones precisas y por el cual el cálculo a nivel europeo son muy oscilantes<sup>65</sup>, se puede decir que se trata de resultados verdaderamente notables, a mi juicio.

Naturalmente, la valoración estadística de la incidencia de un fenómeno como el trabajo en negro, y además también la valoración de su eventual aumento o reducción, es particularmente difícil: no diversamente de cuanto sucede por evasión fiscal.

Y todavía tenemos otros dos sectores en relación a los cuales existe opinión unánime compartida que el trabajo negro se presente con particular difusión: la agricultura y en la edificación o construcción.

Los resultados positivos son evidentes. Sólo algunos datos numéricos: en edificación, tenemos 19470 trabajadores de más<sup>66</sup>, pasando de 50089 a 69561 inscritos, con un

65 El documento de trabajo de la Comisión, de síntesis de la valoración de impacto, de acompañamiento a COM/2007/249, reporta que «el cálculo del número complejo de inmigrantes ilegales en la UE van de 2-3 millones (Global Migration Perspectives 2005) a 4,5 millones (OIM 2000), a 7-8 millones (Nazioni Unite, Trends in Total Migrant Stock: The 2003 Revision)».

66 Fuente: datos Casse edili e Edilcassa (son entes instituidos y gobernantes de las dos mayores asociaciones de empresarios y de las tres mayores organizaciones sindicales, para abastecer prestaciones a los trabajadores en actuación de normas de contrato colectivo o de ley).



incremento desde el 2005 al 2007 del 38,9%; en agricultura<sup>67</sup>, que es un sector en el cual estructuralmente los adeptos disminuyen constantemente, tenemos 13987 inscritos de más (+8,41%), resultando un incremento de 23898 personas en la provincia de Bari (+28,2%) y Foggia (+39,7%), y del correspondiente calo o disminución en las otras en donde el empleo de mano de obra extranjera es mucho menos difundido.

En particular, la agricultura en la Provincia de Foggia hemos tenido 12866 nuevos inscritos nacidos en el exterior (igual a cerca dos tercios de nuevos inscritos), de cuyos 11586 (90%) provienen de países neocomunitari<sup>68</sup>.

En efecto, el Gobierno regional de Puglia había enérgicamente solicitado al Gobierno nacional a no protegerse de la facultad de retardar la libre circulación de trabajadores y trabajadoras provenientes de Países de nueva adhesión a la Unión Europea (Rumania y Bulgaria): y con la circular prot. 4468 del 28 diciembre de 2006, del Ministerio del Interior y de la Solidaridad Social, Italia ha decidido de no valerse de este derecho para los sectores más importantes<sup>69</sup> por la facultad concedida transitoriamente por los tratados de adhesión.

De los 12527 operarios agrícolas registrados en más entre el 2005 y el 2007 en la provincia de Foggia, bien 11242 se han procedido en el curso del 2007, esto es después de la salida de la clandestinidad de los trabajadores y de las trabajadoras neocomunitarios; y en efecto, de estos 7125 son provenientes de Rumania y 2161 de Bulgaria en provincia de Foggia, y respectivamente de los 11371 trabajadores agrícolas en más entre el 2005 y 2007 en la provincia de Bari, 9500 se han presentado en el 2007, los cuales respectivamente provenían de los mismos países 1992 y 66.

Los datos que recordaba – casi 12000 ciudadanos de Rumania y de Bulgaria emersos sólo en el sector agrícola de la Provincia de Foggia en el momento en que si es reconocida la libertad de circulación – demuestran que es la legalidad del permiso de estancia la que crea la estabilidad en el trabajo, que una seria lucha contra la inmigración clandestina requiere una concreta posibilidad, más amplia de la actual, de acceso legal al mercado de trabajo comunitario<sup>70</sup>.

Ahora, para la agricultura como para la edilia, aunque también para otros sectores, parece evidente que quien produce trabajo negro en grandes cantidades crea clandestinidad

67 Datos INPS (ente publico nacional que emana prestaciones de desocupación, pensiones, etc.).

68 Se debe recordar que el Gobierno italiano, con la Circular del 28 de diciembre del 2006 del Ministerio del Interior y del Ministerio de la Solidaridad sociale ha decidido la apertura inmediata a los inmigrantes provenientes de Rumania y Bulgaria para el trabajo agrícola, y en general para el trabajo estacional.

69 Ningún limite ha sido establecido para el acceso al trabajo en el sector agrícola estacional (y también no estacional), que es aquel que ha interesado mayormente a la Región Puglia.

70 Considerando I de la Resolución del Parlamento europeo del 26 de settembre de 2007 sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración clandestina de ciudadanos de terceros países. Pero también la Comisión,, con referencia a los Países neocomunitarios, ha reconocido que «las restricciones en el acceso al mercado laboral podían agravar el recurso al trabajo no declarado» (COM/2007/628).



forzosa a la cual son condenadas personas por efecto no sólo de la inspiración ideológica también por la extrema maquinosidad aplicativa de la legislación nacional sobre la inmigración, por ejemplo en la falta de inmediatez de las respuestas a la necesidad empresarial de mano de obra estacional en actividad productiva por definición parcialmente aleatoria como aquella agrícola.

En general, ya que nadie se atrevería a afirmar que haya ocurrido en Puglia en estos años *boom*.

De la ocupación en agricultura o edilia, es razonable que toda, o casi toda, la nueva ocupación registrada de estos sean estos datos derivados de la emersión de una parte del trabajo en negro. Y en el nivel no científico de la pura percepción, ya que creo que haya habido una cuota todavía minoritaria de trabajo en negro a emerger, también en estos dos sectores en los cuales la particular normativa permite al menos un índice indirecto confiable, se uede recavar la idea aproximativa de cuánto pueda ser extenso el fenómeno, en este como en otros sectores.

Ocurre entonces discutir a qué cosa se deban estos acontecimientos sorprendentes en su propia dimensión y cuáles son en cambio los límites de lo que hasta ahora ha ocurrido. En proporciones difícilmente determinables, se debe tener en cuenta que confluyan en la producción de la parcial pero maciza emersión del trabajo en negro realizado en Puglia en estos dos años con un conjunto de factores.

Ante todo el hecho que el Parlamento nacional ha finalmente emanado una legislación adecuada desde el punto de vista sancionatorio. La aleatoriedad del control, también por efecto de la extrema fragmentación empresarial que distingue la economía italiana por ejemplo en la Italia meridional, y la contestabilidad de las sanciones con contenido puramente patrimonial, han hecho que siempre sea débil la disuasiva general producida por las normas.

En segundo lugar, la posibilidad de ingreso legal para los trabajadores agrícolas estacionales de Países neocomunitarios. Entonces, no a la restricción de los accesos, pero su alargamiento determina *ex se* un duro golpe al trabajo negro<sup>71</sup>: que a veces, puede ser producido por la recíproca conveniencia, en la práctica la imposibilidad de acceder al mercado del trabajo legal.

En tercer lugar, la ley regional de Puglia n. 28/2006 ha dado un aporte significativo a la inversión del clima de aceptación cultural del trabajo negro, muy difuso no sólo entre

71 En la opinión aprobada, con una sola abstención y ningún voto en contra, el 9 de settembre de 2008 de la Comisión libertad civil, justicia y asuntos internos del Parlamento europeo (relator Fava), en relación a la comunicación de la Comisión Europea *Rafforzare la lotta al lavoro sommerso* (COM/2007/628), lamisma Comisión LIBE «reputa que la lucha contra el trabajo sumergido de los inmigrantes clandestinos pueda ser llevada adelante en modo eficaz solamente a través de la apertura de canales de inmigración legal, con la finalidad de garantizar a la Unione europea la mano de obra proveniente de terceros países de la cual ella los necesita, a prescindir del nivel de calificación en cuestión».



los empleadores pero también entre los trabajadores y trabajadoras víctimas del mismo. Sólo en este sentido se debe entender el fenómeno, absolutamente inédito antes de la aprobación de la ley de señalación que asume la Región Puglia como interlocutora de la denuncia de casos a menudo precisamente individuados de trabajo negro. Se trata me parece de una todavía no maciza pero ciertamente importante manifestación de confianza en las instituciones democráticas representativas, cuyo valor general no debería escapar a nadie.

Naturalmente, es imposible no creer que también estos datos puedan tener un efecto negativo. De frente a la disminución de trabajo completamente no declarado – cierto -, se va difundiendo la tendencia al trabajo irregular en varias formas.

Tenemos aquellas tradicionales, cuales el abuso de una forma absurda como el trabajo a proyecto<sup>72</sup>, que casi siempre esconde una verdadera relación de trabajo subordinada privada artificialmente de cualquier garantía, o la correspondiente efectiva de una retribución muy inferior, a menudo disminuida, respecto a aquella que figura sobre el prospecto de pago y que en cambio, es regular.

Y tenemos esas normativas, con la extraordinaria invención (sobre la carta) de una figura socialmente inexistente aquella del albañil u operario de construcción *part-time*, que naturalmente trabaja una entera jornada, pero viene pagado sólo por algunas horas: tal que sea más difícil para el eventual control individuar la irregularidad. Es fácil imaginar que en realidad el trabajador ya al negro vea reconocida sólo en una pequeña parte las prestaciones efectivamente realizadas, continuando a quedar comprometidos la posición y los derechos previdenciales.

## 10. Conclusiones

La experiencia italiana en el campo de la lucha contra el trabajo sumergido, me parece particularmente significativa.

Ante todo creo que, incentivos para el reingreso en la legalidad, control y represión deban ir juntos. Esto no ha sucedido en la legislación nacional italiana en los años precedentes, y ha sido la causa principal de su fracaso<sup>73</sup>. A partir del 2006 al 2008 se ha afirmado esta impostación, en una perfecta sintonía entre ley y actividad administrativa del Estado y aquellas desarrolladas por algunas Regiones italiana particularmente sensibles.

De hecho, el retorno a una mayoría nacional inspirada y guiada por el actual Presidente del Consejo de Ministros, ha comportado, además de las modificaciones legislativas de

72 Tipo contractual de trabajo formalmente autónomo disciplinado por los arts. 61-69 del Decreto legislativo n. 276 del 10 de settembre de 2003, por los comas 788 y 1204 del art. 1 L. 296/2006.

73 Reenvío para profundizar, desde el punto de vista económico, jurídico, estadístico y empresarial, el ya citado volumen de V. Pinto (preparado por), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, atti del convegno di Taranto, 11-12 maggio 2007, Bari, Cacucci, 2007.



las cuales hemos hablado, también una desatención administrativa y más genralmente una crisis de la colaboración en este campo entre organización empleadora y sindical.

Vuelve a tener espacio en la opinión pública y entre las clases dirigentes la interpretación según la cual, por ejemplo en las áreas atrasadas en desarrollo que reingresan en el Objetivo Convergencia de la Unión Europea, no se pueda insistir mucho en el contraste al trabajo sumergido, que se necesita tolerar el fenómeno, porque la posibilidad de competir a través del trabajo negro – esto es a través de compresión de derechos, de la retribución, de las condiciones de trabajo de quien trabaja, – serían condiciones de supervivencia de las empresas, ejemplo aquellas de menores dimensiones y entonces sería una ventaja para los mismos trabajadores, a los cuales se ofrece una posibilidad de trabajo inexistente.

Se trata de un punto de vista microeconómico, muy estrecho y riesgoso. Desde el punto de vista macroeconómico, el cierre de empresa ineficientes que sobreviven en el mercado sólo gracias a la violación de las reglas, sería un beneficio para todos: para las empresas correctas, ante todo, que no sufrirían la concurrencia desleal; para la tasa de ocupación, que da una más eficiente colocación a los factores de la producción que tienen sólo que ganar; para el mercado, que no es una realidad natural, sino una situación jurídica cuya legitimación viene golpeada por las reiteradas y difundidas violaciones de las reglas.

Contra esta interpretación del fenómeno ha probado a escribir y aplicar la ley regional de Puglia, y a participar en las discusiones a nivel nacional y europeo.

La inspiración está en las convicciones que la competitividad del sistema de empresa no puede estar fundada, ni solamente ni principalmente en los factores de precio. No es el costo del trabajo que debe ser comprimido para permitir un largo respiro a los procesos de desarrollo económico.

Come es evidente, el trabajo negro constituye el grado cero del respeto de la dignidad y de la libertad de la persona que trabaja. Nosotros sabemos, efectivamente que las implicaciones de la persona del trabajador en la prestación de trabajo comporta por sí misma un riesgo para la libertad de quien sigue, conectado a la disponibilidad de la prestación de parte de otros.

Justamento por esto, la Constitución italiana está marcatamente influenciada, desde el art. 1, por el principio del trabajo, que se realiza no en el estrecho ámbito liberal de la tutela del trabajador como parte débil de la relación, sino en otro muy diferente, en la tutela de la persona que trabaja, por efectos de confluir en el texto constitucional de dos tradiciones culturales, aquella de la solidaridad católica y la del socialismo marxista.

Y ahora, por esto aparecen privos de efectiva consistencia cultural, más que de la debida fidelidad al texto costitucional, aquellas reflexiones que en Italia han tendido a separar la tutela del trabajador en el mercado de la tutela del trabajador en la relación de trabajo, para cambiar el amortiguamiento hasta la extinción de la segunda con un



presento reforzamiento de la primera, que en un mercado de trabajo dualista como el italiano muestra todo su carácter ilusorio.

En efecto, la fenomenología del trabajo negro muestra que ante la debilidad del trabajador en el momento genético de la relación, el acto de instauración del mismo, corresponda después puntualmente la ausencia de respecto de las normas más esenciales de tutela del trabajador en el curso del desarrollo de la prestación, comprendidas aquellas a tutela de la personalidad moral y de la integridad física. Y viceversa, a la ausencia de efectividad en la tutela de la relación no remedia, ni siquiera indirectamente, una tutela que se desarrolle integralmente sobre el mercado de trabajo.

Y viceversa, impedir el trabajo sumergido, empuja a las empresas a competir sobre la vía de la innovación tecnológica y organizativa<sup>74</sup>, del proceso productivo y del producto, sobre la vía de la calificación del factor trabajo: entonces con el contraste del trabajo en negro se contribuye a presionar en alto el sistema económico-social, y a elevar la productividad y a transformar en leal la concurrencia y sus efectos.

En este camino creo que las instituciones europeas, comunitarias, nacionales, regionales y locales, deban intensificar sus esfuerzos y los intercambios de experiencia. También por esto les agradezco por haberme invitado a exponer mis reflexiones y de haberme dado vuestra atención.

---

74 Inevitablemente detenida por la disponibilidad de mano de obra en condiciones de semi esclavitud, como lo ha demostrado el caso de los campos agrícolas de Puglia y el inicio del abandono del atraso de una parte de las operaciones culturales, justamente después del inicio de una seria lucha contra el trabajo sumergido, que es testimonio en el citado libro de A Leogrande, *cit.*, p. 229 s.



# **Anuario de Conferencias del CARL**

---

**2º. Semestre de 2009**



# 8

LA RENOVACIÓN DE LOS SERVICIOS  
PÚBLICOS DE EMPLEO EN EL NUEVO  
ESCENARIO ECONÓMICO

---





## EL PAPEL DE LA INICIATIVA PRIVADA EN EL MERCADO DE TRABAJO EN UN CONTEXTO DE CAMBIO: ETT, OUTPLACEMENT Y OTROS SUJETOS

D.<sup>a</sup> Carolina Serrano Falcón

Dra. en Derecho. Prof. Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.

### Sumario

- I Introducción.
- II. Modelo existente de Agencias de Empleo Privadas: ámbito internacional, comunitario y constitucional.
- III. Regulación actual (escasa) de las Agencias de Empleo Privadas.
- IV. Las Agencias de Empleo Privadas sin regulación en España:
  - a) Licitud de su actuación;
  - b) Régimen sancionador aplicable;
  - c) Propuesta de regulación normativa.
- V. Análisis específico de las empresas de Outplacement.
- VI. Bibliografía

### I. Introducción

Quiero agradecer, en primer lugar, al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales la organización de estas Jornadas, y especialmente a su coordinador, el Profesor Javier Calvo, quien se puso directamente en contacto conmigo para que participara como ponente.

El tema propuesto, no es un tema clásico en los debates sobre el Derecho del Trabajo, y ello por varias razones:

- En primer lugar, la doctrina científica ha mostrado muy poco interés en el estudio de la Actividad de Colocación en su conjunto y concretamente sobre los Agentes privados que intervienen en el mercado de trabajo.<sup>1</sup> Es una materia que está actualmente

---

1 Para un estudio de la intervención de la iniciativa privada en el mercado de trabajo, se pueden consultar las obras: de LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, CARL, Sevilla, 2003; SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.<sup>a</sup>: *La política de colocación*, Bomarzo, Albacete, 2006; SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas. Público y privado en la Actividad de Colocación*, Comares, Granada, 2009.

en fase de análisis y que aún está sin explorar, no sólo en España -que son escasos los estudios en esta materia- sino en prácticamente todos los países de nuestro entorno.

- En segundo lugar, no se han producido innovaciones normativas de gran profundidad en la materia, pues éstas se vienen centrando en otros campos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los textos normativos en materia de colocación son insuficientes y en muchas ocasiones incumplidos. Ni la Ley 56/2003, de Empleo, de 16 de diciembre, ni el Estatuto de los Trabajadores están en condiciones de ser garantes de un régimen de colocación que llegue a todos los colectivos. Esto hace que se esté produciendo una desregulación absoluta de la Actividad de Colocación, pues la normativa existente no regula todas las situaciones ni todas las instituciones que se encargan de ajustar ofertas y demandas de trabajo. Se está produciendo en este campo un proceso de “desregulación laboral y en general de máxima flexibilización”<sup>2</sup> que produce al mismo tiempo la debilitación o deterioro del Derecho Estatal del Trabajo como técnica de regulación y de control social.
- En tercer lugar, los cambios que actualmente se están produciendo de manera acelerada propios de las “sociedades informacionales”<sup>3</sup>, hacen que sea necesario un replanteamiento del modelo de Colocación actual. La crisis del sistema *taylorista* o *fordista* de organización del trabajo repercute también en la Actividad de Colocación, pues no basta con un único Servicio Público que se encargue de ajustar ofertas y demandas, ya que se necesitan más Agentes que realicen estas funciones para cubrir las necesidades de todo tipo de demandantes de empleo y se lleven a cabo de forma más especializada. Se viene produciendo un cambio en la estructura social y la incorporación de colectivos que tradicionalmente han permanecido fuera del mercado de trabajo, y ello hace que sea necesario volver a replantearse la actividad que desempeñan los Servicios Públicos de Empleo y las diversas Agencias de Empleo Privadas que cubren las necesidades de ajustar ofertas y demandas de colectivos con nuevas necesidades en el mercado de trabajo. La valoración positiva de la actuación de las Agencias de Empleo Privadas y del funcionamiento del Servicio Público de Empleo se tiene que hacer teniendo en cuenta el contexto histórico del momento.

Por la dificultad del tema, es digno de admirar que se empiecen a llevar a cabo seminarios y Jornadas dentro del ámbito universitario que aborden este tema, por lo que de nuevo felicito a la organización de las mismas.

Estas jornadas se han centrado en el análisis de la necesidad de una reforma de los servicios de empleo, teniendo en cuenta el escenario económico; es decir, se ha tratado principalmente la vertiente pública de la Actividad de Colocación. Teniendo en cuenta que ésta es la última intervención, y que se va a tratar la otra cara de la moneda, es decir, la parte privada de la Actividad de Colocación, voy a comenzar mi intervención

2 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 75.

3 CASTELLS, M.: *La era de la información, Vol. I. La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, págs. 283-284.




con una advertencia de carácter general que van a marcar las tesis propuestas a continuación: se advierte que en ningún momento se va a plantear la conveniencia o no de abrir un debate sobre las alternativas al Servicio Público de Empleo en España, sobre todo en el momento actual en que los trabajadores, debido a su inestabilidad laboral y a la discontinuidad en su trabajo, tienen una mayor tendencia a caer en situación de desempleo, y es más necesaria aún la intervención pública de protección y apoyo al trabajador en el Mercado de Trabajo. Y, además, desde el ámbito comunitario, y desde el ámbito constitucional se exige la creación de un Servicio público de empleo, quedando prohibido un modelo de colocación propio de la doctrina del *laissez faire* o modelo de mercado, que llevaría a defender la más absoluta disponibilidad privada sin intromisión alguna del poder público. Se parte por tanto de la necesidad de construir un modelo de colocación que contenga dos líneas de acción diferentes: por un lado, potenciar y mejorar la acción de los Servicios Públicos de Empleo, como uno de los principales objetivos del Estado del Bienestar; y, por otro lado, controlar la participación de nuevos sujetos privados en la línea con lo establecido en la OIT. La apertura hacia otros Agentes Privados se acepta a cambio de que la actividad de colocación siga siendo de interés público y ello se consigue si interviene la Administración.

Realizada esta advertencia, pasamos a analizar la situación jurídica del papel de la iniciativa privada en nuestro ordenamiento.

## **II. Modelo existente de Agencias de Empleo Privadas: ámbito internacional, comunitario y constitucional**

Sin ánimo de ser exhaustivos en su tratamiento, se va a exponer cuál es la posición que mantiene tanto el ordenamiento internacional como comunitario sobre la aceptación de la iniciativa privada en la Actividad de Colocación, así como determinar si se puede deducir del texto de la Constitución Española un reconocimiento legal de las Agencias de Empleo Privadas. Llegaremos a la conclusión de la situación favorable en este contexto a la creación de tales Agencias.

El papel de la iniciativa privada en la Actividad de Colocación no ha tenido siempre el mismo reconocimiento. Se ha ido produciendo de forma paulatina un cambio de mentalidad en cuanto a su aceptación. La primera reacción –tanto a nivel internacional como nacional– fue su supresión, pues la Revolución económica del Siglo XIX hizo un uso indiscriminado de las bolsas de trabajo lucrativas. A nivel internacional, la auténtica regulación se ha producido en el Convenio número 181 de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas del año 1997 y se han producido numerosas revisiones constantes de Convenios en esta materia, girando hacia las tendencias más liberalizadoras, pero sometiendo las Agencias a control público. Hoy en día se aceptan las Agencias de Empleo Privadas, aunque el Convenio número 181 ha sido poco ratificado por los Estados Miembros, y en los casos en los que sí se ha producido –como es el caso de España– no se viene adaptando la normativa interna a la internacional, por lo que se tienen que poner



en marcha medidas de control desde la OIT para la correcta aplicación de los Convenios ratificados.

A nivel comunitario, no existe regulación normativa; simplemente el TJCE las viene aceptando, al plantearse cuestiones prejudiciales por parte de tribunales nacionales (Alemania- Italia- Francia).<sup>4</sup> Se está produciendo una agresiva aceptación de las Agencias de Empleo Privadas, produciéndose como consecuencia un “debilitamiento progresivo de la función garantista del Derecho Social del Trabajo”<sup>5</sup> La conclusión común a todas las Sentencias sobre esta materia es la consideración de la Actividad de Colocación como una actividad económica, entendiéndose que el Servicio de Empleo ocupa una posición dominante cuando goza de un monopolio legal que es incapaz de satisfacer la demanda de ciertos colectivos como directivos (Sentencia *Hofner-Elser/Macroton*), deportistas profesionales (Sentencia *Monnier*) o en general para otro tipo de colectivos (Sentencia *Job Centre* y Sentencia *Carra*). Se ha pretendido trazar una línea jurisprudencial tendente a eliminar los privilegios administrativos<sup>6</sup> por considerarlos injustificados, al mismo tiempo que considera desproporcionado el monopolio público de la Actividad de Colocación.<sup>7</sup> Entiende que en un mercado de estas características, ningún monopolio podría satisfacer toda la demanda, de modo que se está ante una infracción de las disposiciones del Art. 90, en relación con el Art. 86 del Tratado. Es clara entonces la intención de la jurisprudencia del TJCE de suprimir los regímenes monopolísticos para superar los monopolios legales “aunque vengan de fines sociales”.<sup>8</sup>

De este modo, la aceptación de las Agencias de Empleo Privadas no se puede hacer sin “una regulación protectora en el mercado laboral”.<sup>9</sup> Es por tanto necesario la adopción de un régimen jurídico para las Agencias de Empleo Privadas, que controle una economía de mercado abierta y en libre competencia, y que suavice y limite la línea jurisprudencial marcada hasta el momento. Como la solución no es la de prohibir todos los agentes privados que actúan en la Actividad de Colocación, sería muy necesario la adopción de una Directiva Marco que regulara el régimen jurídico de la Actividad de Colocación realizada por todas las Agencias de Empleo Privadas en la que se tuviera en cuenta la regulación

- 
- 4 Sentencia *Hofner-Elser/Macroton* (Asunto C-41/90); Sentencia *Job Centre*; Asunto C-55/96; Sentencia *Giovanni Carra* y otros (Asunto C-258/98; Sentencia *Monnier* (Asuntos acumulados C-9/01 a C-12/01.
  - 5 MONEREO PÉREZ, J.L.: “Política de empleo y migraciones en la Unión Europea”, VV.AA. (García Murcia, J. Coord.): *Derecho social comunitario y derecho del trabajo*, Consejería de Industria y Empleo, Oviedo, 2004, pág. 90.
  - 6 ROLDÁN MARTÍN, A.: “Los nuevos contornos del Servicio Público”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.12, (2000), pág. 21.
  - 7 ROLDÁN MARTÍN, A.: “Los nuevos contornos del Servicio Público”, op.cit., pág. 21.
  - 8 DI MASSIMO D'ANTONA, M.: “Sistema giuridico comunitario”, VV.AA. (Baylos Grau, A.; Caruso, B.; D'Antona, M.; Sciarra, S.): *Diccionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi Editore, Bologna, 1996, pág. 23.
  - 9 RIVERO LAMAS, J.: “La Reforma del Mercado de trabajo y el modelo español de Relaciones Laborales”, VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. Coord.): *La Reforma del Mercado de Trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996.



de éstas llevada a cabo en el Convenio núm. 181 y en la Recomendación núm. 188 de la OIT, y, además, serviría para aplicar sin restricciones la libre prestación de servicios y la Libertad de establecimiento a las Agencias de Empleo Privadas.


Y, además, aunque tal doctrina de la OIT no es vinculante para la Unión Europea, sería aconsejable que tal Directiva se orientara en la doctrina de la OIT. La regulación comunitaria de esta materia mediante una Directiva haría posible que se reforzara la protección de los trabajadores (finalidad social) pero sin renunciar a la actividad de las Agencias de Empleo Privadas, y al mismo tiempo unificaría la regulación en esta materia en todos los Estados Miembros (finalidad económica).

Ahora bien, si somos realistas, deducimos de la actuación de la Unión Europea que no hay de momento ninguna intención de regular esta materia. La única Directiva reciente publicada y en materia de iniciativa privada en el mercado de trabajo es la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal, y lo que ha hecho es establecer un marco de protección para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal teniendo como rasgo principal equiparar las condiciones esenciales de trabajo a los trabajadores de la empresa usuaria. Esta Directiva no trata sobre las exigencias nacionales en materia de registro, concesión de licencias, certificación, garantía financiera, supervisión de empresas de trabajo temporal, aspectos que deja para los Estados Miembros. Esto significa que por el momento no se ha planteado una Directiva marco sobre Agencias de Empleo Privadas en general, y teniendo en cuenta que la directiva sobre ETTs se ha gestado en un proceso largo y pleno de dificultades que se inició ya hace quince años, es difícil que tengamos pronto un instrumento comunitario para regular la iniciativa privada en materia de colocación, a pesar de la su necesidad imperiosa.

Y a nivel constitucional, no partimos de un modelo delimitado y estático de colocación, sino que tienen cabida varios modelos más o menos aplaudidos en el marco de un determinado contexto social. Ahora bien, hay aspectos "intocables" a la hora de perfilar un posible modelo: concretamente, es necesario garantizar la existencia de un Servicio Público de Empleo, aunque se podría admitir que éste sea gestionado conjuntamente por instituciones públicas y privadas (es decir, que intervengan Entidades Colaboradoras). Del análisis detenido de los Art. 35 y 40 CE se deduce que no se puede cuestionar la intervención pública en la Actividad de Colocación ni pensar en su eliminación. El derecho a acceder a servicios públicos de empleo es un derecho que aparece ya delimitado en el texto constitucional, por lo que "dentro de este círculo delimitado no cabe ninguna restricción".<sup>10</sup> Esto significa que aunque en un determinado momento se den argumentos y buenas razones para limitar o eliminar el acceso al Servicios Públicos de Empleo, no se puede realizar porque "la fuerza normativa de la Constitución impide que el legislador ordinario o cualquier otro poder público someta a debate lo que confieren los derechos constitucionales",<sup>11</sup> y este derecho está indirectamente determinado en la Constitución, como ya se ha comprobado.

10 PIETRO SANCHÍS, L.: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 218.

11 PIETRO SANCHÍS, L.: *Justicia constitucional...*, op.cit., pág. 218.



Pero de la lectura de estos preceptos se deduce también que se admite una opción legislativa de configuración de un Servicio Público de Empleo que comparta sus funciones con Agencias de Colocación, de carácter público y privado”,<sup>12</sup> sin entender por este motivo que debido a la intervención privada la iniciativa pública en una economía de mercado quede en un segundo plano.<sup>13</sup> A mi juicio, no se puede entender por tanto que el servicio público es capaz de absorber toda actividad del Estado y de los particulares y ello porque la actividad de todo servicio público “siempre ha sido compatible con el ejercicio por los particulares al amparo de una actividad que ni de *iure* ni de *facto* podrían desconocer los gobernantes”.<sup>14</sup> Es decir, es posible que intervengan Agencias de Empleo Privadas en la Actividad de Colocación, por lo que se puede admitir tanto un modelo de Colocación público en régimen de monopolio, como un modelo -más acorde con la realidad social- en el que intervenga el Servicio Público de Empleo y las Agencias de Empleo Privadas. Y ello se puede fundamentar en los artículos 35 y 40 CE. Esto significa que si se enmarca en estos preceptos, estas Agencias tienen que estar sometidas a control por parte de los poderes públicos; es decir, se aceptarían las Agencias de Empleo Privadas con la condición indispensable de la intervención de los poderes públicos para asegurar un adecuado funcionamiento.

### III. Regulación actual (escasa) de las Agencias de Empleo Privadas

La actual regulación en materia de Empleo –Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre- no ha regulado la iniciativa privada en la Actividad de Colocación. Se ha limitado a culminar el proceso de cambio que ya se venía realizando en relación a la organización de las políticas de empleo y concretamente en relación a la distribución y organización de los Servicios de Empleo, creando sin más el Sistema Nacional de Empleo, formado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos.

Esto significa que la regulación actual (escasa) de las Agencias de Empleo Privadas no tiene su origen en la Ley de Empleo, sino en la reforma del mercado de trabajo del año 1994, que, si recordamos, cambió algunos aspectos de la Actividad de Colocación, así como otras modificaciones en numerosos aspectos de las relaciones laborales; es más la Actividad de Colocación se modificó sólo parcialmente y la apertura hacia otros agentes privados se hizo sólo de forma parcial. Los motivos -entre otros- a los que llevaron a un cambio en materia de colocación se debieron sobre todo a la crisis económica del momento y al aumento del paro, junto con la competitividad empresarial y la apertura

12 CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E.: “El reconocimiento de otros intermediarios privados en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos”, en VV.AA. (Baylos Grau, A. Coord.): *Formas y cauces de contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, Madrid, CGPJ, 1995.

13 ARIÑO ORTIZ, G.: “El Estado-empresario: iniciativa pública y reservas al sector público”, en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Moreno Vida, M<sup>a</sup>.N.; Molina Navarrete, C. Coords.): *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002, pág. 447.

14 RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: “Del Servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, RAP, num.150 (1999), pág. 60.



hacia el mercado de trabajo internacional y el progreso científico y tecnológico. Todo ello explica la *voluntad política*<sup>15</sup> de introducir elementos liberalizadores en la orientación de las política de colocación en el que primara la flexibilidad laboral.<sup>16</sup> El problema que se planteó es que el Gobierno inicia el camino de la reforma sin un consenso previo debido a las numerosas confrontaciones sindicales y empresariales en la materia y ante el fracaso de celebrar un Pacto Social que añadiera un “plus de legitimación a las intervenciones públicas”,<sup>17</sup> el Gobierno decidió legislar de forma unilateral aprobando por vía de urgencia mediante el *Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación*, sin ser aprobada ni organizada por todos los que eran sus destinatarios directos, y que convalidado se convirtió en ley, concretamente en la *Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación*.

Así pues, sin que se llevara a cabo en esta reforma un cambio profundo en materia de iniciativa privada en la Actividad de Colocación, el cambio se centró en aceptar las Empresas de Trabajo Temporal que se regularon posteriormente en la Ley 14/1994, de 1 de junio por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal reformada por la ley 29/1999, de 16 de julio. Al mismo tiempo se aceptaron y regularon las Agencias de Colocación pero sin fines lucrativos, por tanto, modificando el artículo 16 ET que prohibía acudir a cualquier Agencia privada de Colocación, y reguladas por el RD 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las Agencias de Colocación sin fines lucrativos y los Servicios Integrados para el Empleo (RDAC). Ahora bien, de estas Agencias de Colocación sin fines lucrativos, poco vamos a decir de ellas en este análisis que trata del papel de la iniciativa privada en el mercado de trabajo, y ello por varias razones:


- En primer lugar, son pocas las Agencias de Colocación creadas en instituciones privadas, pues la mayoría de ellas se han creado en una persona jurídico-administrativa o en entidades pertenecientes al sector social.<sup>18</sup> De las Memorias del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de AC sin ánimo de lucro, se puede extraer la siguiente conclusión: sólo un 27% del total de las Agencias son privadas, y además todas ellas cobran por los gastos ocasionados por los servicios prestados, oscilando tal cantidad entre 5,11 a 360,61 Euros. Estos datos llevan a “desmantelar” una idea muy generalizada de considerar y denominar a las Agencias de Colocación autorizadas como “Agencias privadas de colocación sin fines lucrativos”. En primer lugar, ni en el Art. 16.ET ni en el RDAC se hace alusión al término “Agencias privadas de Colocación”, al contrario, se señala que éstas pueden estar constituidas bien por una persona física o

15 MONEREO PÉREZ, J.L.: “Instrumentalización jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones”, *REDT*, núm. 40, (1989), pág. 589.

16 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 100.

17 Fracaso el Pacto Social por el Empleo (septiembre- diciembre 1993). Véase RIVERO LAMAS, J.: “La Reforma del Mercado de Trabajo y el modelo español de Relaciones Laborales”, *op.cit.*, pág. 66.

18 Se pueden destacar las Agencias de Colocación denominadas “Bienvenido Angosto Conesa” (Cartagena/Murcia) y “Amparo Moltó” (Elche/Alicante), ambas “no gratuitas”, pero dirigidas en principio a todos los sectores sin tener un grado de especialización.



jurídica “cualquiera que sea su naturaleza”; y en segundo lugar, el escaso porcentaje de éstas en la práctica demuestra que es erróneo denominarlas “Agencias privadas de Colocación”.<sup>19</sup>

- En segundo lugar, se ha podido comprobar después de más de una década de su regulación, que su uso ha sido escaso, comprobándose el fracaso de su régimen jurídico. Incluso, debido a todas estas carencias que presenta el régimen jurídico actual de las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, y debido también a la ausencia de éstas en la práctica -incluso algunas Comunidades Autónomas han aplazado las decisiones sobre autorización de las Agencias de Colocación que se pretendan crear en su territorio-<sup>20</sup>

Esta Reforma, como estamos comprobando, fue bastante escasa, no se regulan todas las Agencias Privadas que venían actuando en la práctica. Además de una escasa regulación se produce una auténtica desregulación de una de ellas, concretamente de las Empresas de Selección de Personal. Las referencias -ya históricas- a estas Empresas tanto en la LBE (Art. 40.2 y 44.3), como en el ET (16.2), y en la LISOS 88 (26.3; 27.2 y 3) sólo fueron para regular y sancionar -en caso de incumplimiento- las obligaciones de éstas con el INEM, teniendo en cuenta que por regla general no se admitía la contratación directa. Así, desde un primer momento se aceptó que determinadas empresas, normalmente las que presentan ofertas de empleo de un alto contenido técnico, pudieran acudir al INEM a través de un representante, es decir, a través de las Empresas de Selección de Personal.<sup>21</sup> Estas Empresas tenían que acudir obligatoriamente para solicitar al trabajador del INEM, pero una vez que acudían y transcurría un período de tres días sin haber encontrado candidato a través de esta vía, se les daba la posibilidad de dar publicidad de su oferta a través de la prensa previo visado del INEM, así como tenían que comunicar las pruebas objetivas que se realizaban a los candidatos, y en el caso de no hacerlo, estas Empresas podían ser sancionadas, según lo establecido en la LISOS 88. A medida que se va modificando la legislación en materia de Colocación con la intención de eliminar todas las cargas burocráticas del INEM, se pierden las escasas referencias sobre la normativa de las Empresas de Selección. Es decir, en la Reforma del año 1994 se cometió un gran error en relación a estas Empresas. Aunque es lógico que se derogaran los preceptos que obligaban a acudir a las Empresas de Selección al INEM para solicitar

19 En este sentido, véase también MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “las Agencias de Colocación sin fines lucrativos”, *AL* (1997-I), pág. 101.

20 El Acuerdo se adoptó en sesión del Consejo de Administración del SAE de fecha de 18 de diciembre de 2003, y se llevó a cabo en el momento en el que entró en vigor el Decreto sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el INEM. Véase VALLECILLO GÁMEZ, M<sup>a</sup>.R.: “El modelo “real” de gestión del Servicio Andaluz de Empleo (SAE): ¿Dualismo o indefinición?, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2005, pág. 245.

21 La actividad de selección fue tolerada (y regulada) -al igual que ocurrió en Italia- para satisfacer en un principio el mercado de trabajo de los demandantes cualificados, pues el Servicio Público de Empleo no estaba en grado de hacer frente a los costosos gastos de los procesos de selección. REYNERY, E.: *Sociología del mercado del trabajo*, Il Mulino, Bolonia, 2002, pág. 460.



candidatos, es criticable que se “evapore” toda referencia a las Empresas de Selección. La única referencia que permanece de estas Empresas se encuentra actualmente en el TRLISOS, al considerar infracción grave “no informar las empresas de selección de las tareas al Servicio Público de Empleo” (Art. 15), aunque queda vacío de contenido, pues ya no existe obligación alguna de informar al INEM sobre las tareas que éstas realizaban. Así, nos encontramos ante una situación de ausencia normativa aunque sin dudar de su existencia y su legalidad.

Haciendo por tanto un recuento de las Agencias de Empleo Privadas reguladas actualmente, nos quedamos tan sólo con una de ellas: las Empresas de Trabajo Temporal, que a día de hoy cuentan con un régimen jurídico bastante completo. Esto significa que hay que centrar la atención –de cara a una próxima regulación- en la regulación de las demás agencias de empleo privadas y también solucionar el problema de la evasión de la normativa de las Empresas de Trabajo Temporal por algunas instituciones que alcanzan en la práctica el mismo resultado que las Empresas de Trabajo Temporal, pero sin seguir su régimen jurídico: es el caso de las Empresas de Servicios.<sup>22</sup>

#### IV. Las Agencias de Empleo Privadas sin regulación en España


En España existen numerosas Agencias de Empleo Privadas que no están actualmente reguladas -salvo las ETT-.

La Ley de Empleo 56/2003 ni regula ni prohíbe las Agencias de Empleo Privadas, y la última reforma en la materia, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo no añade nada, simplemente se establece un compromiso de modernización de los Servicios Públicos de Empleo, ya que aunque en los trabajos preparatorios del citado Decreto Ley<sup>23</sup> se mantuvo la necesidad de realizar una reforma a modo de simples “principios programáticos”,<sup>24</sup> nada se ha plasmado. Esto hace que el modelo de colocación con el que contamos sea simplemente “aparente” -que es el que da a conocer la Ley de Empleo- pero en la práctica dicho modelo coexiste con Agencias de Empleo Privadas que actúan para diferentes colectivos en un marco legal inexistente, a pesar de que España ha ratificado el Convenio núm. 181 OIT. La ausencia de una legislación específica para estas Agencias está planteando numerosos problemas sobre todo en relación a los efectos que se producen para los demandantes de empleo y oferentes de empleo que las utilizan. La inexistencia de regulación no es excusa para dejar al

22 GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>: “Empresas de Servicios, Empresas de Trabajo Temporal y cesión ilegal de trabajadores”, *AL*, núm. 1, (2001).

23 Hay que recordar que el “Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo” de 9 de mayo de 2005 sólo se hizo referencia a que un grupo de trabajo tripartito analizará los agentes que intervienen en el mercado de trabajo y, concretamente, las Entidades Colaboradoras, las Agencias de Colocación y Empresas de Recolocación.

24 PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La Reforma Laboral 2006 (El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 9 de mayo de 2006)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 122.



margen su estudio, y para ello se van a analizar tres cuestiones: dos referentes al presente de dichas Agencias, y son concretamente determinar la licitud o ilicitud de su actuación, y el régimen sancionador aplicable teniendo en cuenta los preceptos aplicables en el TRLISOS; y otra cuestión de futuro; y es plantear un análisis de *lege ferenda* de esta actividad aportando posibles soluciones y propuestas para una próxima y esperada regulación de esta materia

### A) Licitud de su actuación

En España, por el momento, el ordenamiento laboral sigue siendo reactivo a juridificar -es decir, legitimar y limitar al mismo tiempo- la actuación de las Agencias de Empleo Privadas. Como se ha indicado, la última reforma en materia de empleo iniciada por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y de empleo, convalidado por la Resolución de 29 de junio de 2006<sup>25</sup> y por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo no introduce ningún cambio en esta materia. Y aunque parece que en el programa electoral del Partido Socialista para las elecciones generales de 2008 se preveía una modificación de la Ley de empleo para mejorar los sistemas de intermediación, no se ha producido por el momento ningún cambio. A ello se le añade la escasa reivindicación por parte de las Agencias de Empleo Privadas pidiendo la regulación de su actividad, ya que con desregulación, su margen de actuación es mayor. Tan sólo las Empresas de Trabajo Temporal vienen solicitando desde hace tiempo la ampliación en su actuación.

Si se admiten éstas por la OIT, por la UE y con cabida en nuestra Constitución Española, pero sin una regulación expresa en España y con una importante presencia en la práctica, nos podríamos formular la pregunta de la licitud de su actuación. La posición que mantengo es su aceptación, basándose en los siguientes argumentos:

- Se entiende que el Convenio número 181 OIT –que ha sido ratificado por España- es una norma *self executing* directamente aplicable en el orden interno desde el momento en que se lleva a cabo la publicación del mismo.
- Teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJCE en esta materia, se aplicaría la normativa comunitaria en caso de conflicto con la normativa interna, ya que produce efecto directo.
- La prohibición de Agencias de Colocación con fines lucrativos sólo está prohibida para aquellos “demandantes de empleo” que se les aplica el Estatuto de los Trabajadores, por lo que *sensu contrario* estarían permitidas las demás Agencias de Empleo Privadas para otros colectivos.
- La jurisdicción civil, al resolver conflictos en materia de incumplimiento de contrato, por ejemplo, celebrado entre la Empresa Cliente y la Empresa de Selección de

25 BOE núm. 159, de 5 de julio de 2006.



Personal, o entre el titular del hogar familiar y la empresa de servicios domésticos, ha mantenido la licitud de estas Agencias.

## B) Régimen sancionador aplicable

En el TRLISOS, en la sección 3ª, sobre las infracciones en materia de empleo, se encuentra una subsección (1ª) que trata a su vez de las *infracciones de los empresarios y de las agencias de colocación en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación profesional ocupacional*. Así, los sujetos infractores directos son los empresarios y, como intermediarios, únicamente las Agencias de Colocación, al no extenderse esta rúbrica a otros Agentes de Empleo. Sin embargo, esto no significa que no pueda haber otros “sujetos infractores indirectos” pues el Art. 2.3 del TRLISOS recoge una cláusula lo bastante abierta como para incluirlos al señalar que pueden ser sujetos infractores de la sanción, entre otros, “las personas físicas o jurídicas, respecto de la normativa de colocación”.<sup>26</sup> Por lo que pueden ser también sujetos infractores las Agencias de Empleo Privadas que actúen en la práctica. Para tener una visión más específica de este tema, se van a analizar de forma individualizada las infracciones previstas en el TRLISOS, para saber cuáles se aplicarían a la actuación de las Agencias de Empleo Privadas:


- Se considera infracción grave “no informar las empresas de selección de sus tareas al servicio público de empleo” (Art. 15.1 TRLISOS).

La desregulación de las Empresas de Selección de Personal es hoy en día una realidad, pues únicamente queda este precepto que además es imposible de aplicar, a pesar de que se haya aquí mantenido una concepción flexible de la tipificación legal. Hoy por hoy, esta infracción no se aplica y solamente entraría en juego el Derecho Administrativo Sancionador para estas Empresas de Selección en el caso de que se puedan aplicar otros preceptos en materia de empleo regulados en el TRLISOS, sin perjuicio de que determinadas actuaciones se puedan impugnar por otras vías (responsabilidad civil). Es por tanto necesario reformar todo el régimen de Colocación y regular un nuevo Derecho Administrativo Sancionador.

- Es infracción grave “la publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan las condiciones contrarias a la normativa de aplicación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente” (Art. 15.5 TRLISOS).

Las infracciones establecidas en el TRLISOS en materia de publicidad van en la línea establecida en el Convenio núm. 181 OIT y concretamente en la Recomendación núm. 188 que señala en su Art. 7 que “La autoridad competente debería reprimir las prácticas desleales en materia de publicidad y anuncios engañosos incluidos aquellos para empleos inexistentes”.

26 En este sentido, véase MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen jurídico sancionador en materia de empleo jurídico sancionador en materia de empleo tras la entrada en vigor del TRLISOS de 2000”, *JL, número extraordinario*, (2001).”, pág. 174.



Los sujetos infractores, según señala el Art. 2.3 del TRLISOS son todas las personas físicas y jurídicas respecto de la normativa de colocación. Así pues, el sujeto infractor, es decir, el sujeto pasivo puede ser cualquiera, es decir puede ser cualquier Agencia de Empleo Privada.<sup>27</sup>

Se puede llegar a pensar que cuando una Agencia privada publique ofertas engañosas o irreales, bien ilegales o bien abusivas, lo haga bien porque desconoce que estas ofertas son engañosas al limitarse a publicar la oferta que ha hecho el empresario, o bien lo hace de forma intencionada, es decir, sabiendo que la publicidad de la oferta de empleo es engañosa. El precepto no llega a diferenciar si la publicación de tales ofertas engañosas es intencionada o no, por lo que todo indica que cualquier publicidad, independientemente de la intencionalidad o no, se consideraría como un comportamiento infractor, que recaería en la persona que ha realizado la publicidad, independientemente de si ha sido otra persona (normalmente el empresario) el que ha inducido a tal publicidad. En este caso se podría sancionar tanto al medio publicitario (ej. Agencia virtual de empleo, periódico) como al empresario. Tampoco parece que el citado precepto requiera que para que una determinada conducta se pueda considerar como infracción administrativa se tenga que realizar de forma habitual, pues cabe infracción en el caso de que la publicidad de ofertas engañosas por cualquier medio se realice de forma esporádica, incluso se haya realizado una sola vez.

- Se considera infracción muy grave *“ejercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores, así como ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o continuar actuando en la intermediación y colocación tras la finalización de la autorización, o cuando la prórroga se hubiese desestimado por el servicio público de empleo (Art. 16.1 TRLISOS).*

En este precepto no sólo hay una modalidad de comportamiento infractor sino varias, pero aquí se va a analizar solamente la infracción por *“Ejercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional que tengan por objeto la colocación de trabajadores”*, pues es la que puede afectar a las Agencias de Empleo Privadas.

No tiene sentido aplicar este precepto por el simple hecho de que una Consultora por ejemplo realice la actividad de selección cuando está permitida en la práctica y además la doctrina judicial (orden jurisdiccional civil) la viene admitiendo. Ahora bien, sí se podría aplicar este precepto en el caso de que este tipo de Empresas lleven a cabo una labor de Intermediación cobrándole al trabajador por los servicios

<sup>27</sup> Sin embargo, hay opiniones contrarias al señalar que *“Aspecto muy discutible es si las empresas anunciantes pueden quedar incluidas debido a que la conducta infractora se refiere a la publicidad o difusión, posibilidad que se debe entender disipada ya que ni el artículo 2 del TRLISOS ni la Subsección 1ª se refiere a otros empresarios que a los laborales”*. Véase CISNEROS LARRODÉ, R.: *“Artículo 16”*, VVAA.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006, pág. 288.



prestados. Así, y a modo de ejemplo, también lo mantiene la doctrina judicial al considerar infracción muy grave tipificada en el antiguo Art. 28.1 LISOS (actual Art. 16.1 TRLISOS) la actuación de una Empresa de Selección al constatarse la realización de actividades de mediación en la Colocación, careciendo de autorización administrativa y con finalidad lucrativa.<sup>28</sup>

Esto significa que si cualquier Agencia de Empleo Privada realiza simplemente una actividad de Intermediación y además cobra al demandante de empleo por estos servicios, esta actividad sería considerada como infracción muy grave al realizar tareas de mediación con fines lucrativos y se le aplicaría por tanto la sanción prevista para esta infracción tipificada en el Art. 16.1 TRLISOS.


- Constituye infracción muy grave *“establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de raza, sexo, edad, estado civil<sup>29</sup>, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado”* (Art. 16.2 TRLISOS).

Esta infracción puede, en principio, parecer semejante a la prevista en el Art. 15.5 del TRLISOS que considera infracción grave *La publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación...*. Sin embargo, una misma persona puede infringir ambos preceptos de forma simultánea, pues no toda publicidad engañosa del puesto de trabajo tiene que ser discriminatoria y por otro lado, una oferta de empleo discriminatoria puede perfectamente responder a las reales condiciones del puesto ofertado y no contener condiciones contrarias a la normativa de aplicación. Son dos tipos de infracciones diferentes, que pueden concurrir o no al mismo tiempo en una misma persona.

No se deduce del precepto con claridad quiénes pueden ser los sujetos activos de este tipo infractor. Aunque la normativa sustantiva se refiera sobre todo a la discriminación llevada a cabo por los Agentes de la Intermediación previstos legalmente, la interpretación más adecuada de este precepto es que se aplique a cualquiera que lleve a cabo una conducta discriminatoria, por lo que no sólo serían sujetos activos los intermediarios previstos legalmente, sino el resto de Agencias de Empleo Privadas. Esta argumentación tiene su justificación tanto en el Art. 4.2. c) ET que recoge como uno de los derechos de los trabajadores el no ser discriminados para el empleo por razones de sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato

28 STSJ País Vasco núm. 91/2000 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 27 de enero, JUR 2000/230858.

29 Ya criticaba el Prof. GARCÍA BLASCO, J. (*Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988 de 7 de abril*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 141) la falta de inclusión en la LISOS 88 de ciertas circunstancias como el estado civil, que ya ha quedado resuelto tras su inclusión en el TRLISOS.



así como razón de lengua dentro del Estado español;<sup>30</sup> y también en el Convenio núm. 181 OIT al señalar que “con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, todo Miembro velará por que las Agencias de Empleo Privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad”.

Una vez analizada la normativa sancionadora del TRLISOS, también es necesario determinar si la actuación de las Agencias de Empleo Privadas podría ser considerada en alguna ocasión como delito. El único precepto del Código Penal (CP) relacionado con la Actividad de Colocación es el delito de tráfico ilegal de mano de obra tipificado en el Art. 312.1 CP, que señala que Serán castigados con las penas de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

Aunque las conductas tipificadas en el Art. 312.1 CP son muy variadas, estaría incluida la Actividad de Colocación. Pero como la actuación de las Agencias de Empleo Privadas pueden incurrir también en infracciones administrativas, hay que tener siempre presente el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pues solamente puede actuar éste en los supuestos de mayor gravedad, y en este caso en concreto, aplicando tal principio, se ha producido una “desaparición típica de tal delito”<sup>31</sup> reconduciéndose a la normativa sancionadora, aunque tampoco es frecuente utilizar la normativa sancionadora ya que se viene produciendo cierta pasividad y tolerancia tácita<sup>32</sup> de toda la Actividad de Colocación no autorizada.

Es un delito que -a mi juicio- en materia de Colocación, debería desaparecer, pero para ello se tendría que proceder a una nueva reordenación del derecho sancionador en esta materia sobre todo en lo que respecta a las infracciones de las Agencias de Empleo Privadas. El régimen de Colocación necesita una completa reforma, no sólo en cuanto a la normativa sustantiva, sino también en la normativa sancionadora. Si se realizara esta reforma y se determinaran expresamente las infracciones en materia de Colocación de una forma completa y precisa, no haría falta la tipificación de un delito, pues sería suficiente con imponer -en los casos que fuera necesario- infracciones muy graves por determinadas conductas.

---

30 Sin embargo, aquí no se hace referencia al Art. 17 ET ya que este precepto protege la no discriminación en las relaciones laborales como un derecho derivado del contrato. Y en este caso se está analizando la discriminación en el acceso al empleo, y no como un derecho derivado del contrato, por lo que este precepto sólo se aplica a partir del momento en el que nace el contrato, y no en los estados previos a éste.

31 MORILLAS CUEVA, L.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, VV.AA.: *Curso de Derecho Penal Español*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

32 LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La Intermediación en el mercado de trabajo*, op.cit., pág. 241.



### C) Propuesta de regulación normativa

A pesar de que sea necesaria una regulación normativa, se ha admitido, por el momento, su legalidad resolviéndose los litigios que pudieran surgir en la Jurisdicción correspondiente. No consiste tal reforma en proceder a su prohibición, pues no tendría sentido, al ir en contra de la normativa internacional y europea y de la realidad práctica; tampoco tendría sentido llevar a cabo en esta materia una “desregulación” completa, pues es necesario un control sobre su actuación, a pesar de que esta práctica se viene haciendo en algún ordenamiento.<sup>33</sup> Aquí se opta por una reforma para regular por primera vez en nuestro ordenamiento las Agencias de Empleo Privadas, regulando los aspectos mínimos para su actuación, pues con su reconocimiento legal expreso aumentaría su eficiencia,<sup>34</sup> y no frenaría ni mucho menos su libertad de movimiento ni su iniciativa. Es necesario que se produzca seguridad jurídica en esta materia, lo que exige positividad del derecho;<sup>35</sup> así, es necesaria la regulación de las Agencias de Empleo Privadas,<sup>36</sup> que además, iría acorde con los principios básicos que caracterizan el Derecho del Trabajo: el principio de protección del trabajador y el principio de rendimiento o eficiencia económica vinculado a la libertad de empresa en el marco del sistema de economía social de mercado.<sup>37</sup> Con una regulación específica se daría una mayor fiabilidad, profesionalidad y solvencia de los Agentes de Empleo para diferenciarlos de los que actúan de forma abusiva, y conseguir así una mayor transparencia en el mercado de trabajo. Esto evitaría la contradicción existente en la actualidad en esta materia: la Actividad de Colocación regulada está totalmente controlada, mientras que la Actividad de Colocación que está sin regular, se viene aceptando sin someterse a ningún tipo de control, lo que hace que se puedan agravar situaciones discriminatorias. Por otra parte, la regulación de las Agencias de Empleo Privadas es positiva para los usuarios de estos servicios, pues tienen la posibilidad de conocer cuáles son los agentes de empleo que actúan en la práctica y

33 En el caso del Reino Unido, los servicios de colocación privados se venían regulando en la Ley de Colocación de 1973 y sus sucesivas modificaciones. En los primeros diecinueve años, desde su entrada en vigor, necesitaban para su actuación una licencia administrativa. Esta obligación se derogó en el año 1994 como consecuencia de una política de desregulación seguida por el Gobierno inglés. Véase HEPPLÉ, B.: “Le agenzie private per l’impiego nel Regno Unito”, *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 4, (1998), pág. 462.; CERNECCA, A.: “Pubblico e privato nella gestione del collocamento: il caso inglese”, *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 2, (1998), pág. 177.


En Suecia se han aceptado las Agencias de Empleo Privadas aunque no están sometidas a ningún tipo de autorización. Véase NYSTROM, B.: “Employment Agencies: The legal regulation of Employment Agencies and Employment Leasing Companies in Sweden”, *23 Comp.Lab.L&Policy Journal*, 2001, págs. 195-196.

34 DORENBOS, R.; VOSSEN, I.: *Public employment services: Can East Asia learn from the experience in Europe?* Rotterdam, February, 2002, pág. 29.

35 RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, Estudio Preliminar, Monereo Pérez, J.L.: “La filosofía de Gustad Radbruch: una lectura jurídica y política”, reeditada por Comares, Granada, 1999), pág. 90.

36 En el mismo sentido, GARCÍA JIMÉNEZ, M.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Modernización del Sistema Público Estatal de Empleo, “mejora” de la intermediación y “evaluación” de las políticas activas de empleo. Una reforma otoñal”, *TL*, núm. 85, (2006), pág. 170.

37 MONEREO PÉREZ, J.L.: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, *RL*, (2000-I), pág. 199.



la libertad de elegir al que quieran acudir, pudiendo de este modo asegurar con ello un servicio que esté preparado para suministrar un servicio eficiente y eficaz.

Para dar una propuesta de regulación, se va a dar respuesta a cuatro cuestiones: dónde ubicar tal reforma, qué momento es adecuado para emprenderla, qué tendría que contener tal regulación, y por último las limitaciones que se tendrían que establecer para las Agencias de Empleo Privadas.

- 1) La primera cuestión sería determinar dónde ubicar tal reforma: se podría o bien ampliar el marco actual del Sistema Nacional de Empleo modificando la Ley de empleo vigente<sup>38</sup>, o bien llevar a cabo una regulación específica de una Ley sobre Agencias de Empleo Privadas, en el que se admitiera la polifuncionalidad de tales Agencias,<sup>39</sup> para poder crear verdaderos Servicios integrales de Empleo. Para ello sería necesario derogar la Ley de Empresas de Trabajo temporal así como su reglamento de desarrollo.
- 2) Parece que hasta ahora no se ha encontrado el momento adecuado para proceder a la regulación de tales Agencias, escapándose óptimas oportunidades para realizarlo, como fue el caso reciente de la derogación de la LBE y aprobación de la Ley de empleo 56/2003. Pero comprobamos que el legislador por el momento prefiere la desregulación, pues es cierto que aporta evidentes elementos de flexibilidad laboral y deja mayor margen de eficiencia en el plano económico.

Es cierto que actualmente estamos en una situación de acentuada crisis económica, y que lo que se ha venido haciendo a lo largo de la historia en estas situaciones de crisis ha sido reforzar la intervención de los servicios públicos de empleo más que la regulación de las Agencias de empleo privadas. De hecho alguna vez hay favorable a aplazar la regulación de tales Agencias y dejar su regulación por el momento hasta que coincida con una fase expansiva de empleo, con la intención de que se asegure una alternativa eficiente del SPE y se evite la aparición de especuladores profesionales atraídos por la desesperación de los desempleados. Pero al margen de la situación de crisis económica, lo cierto es que desde hace tiempo se viene solicitando una reforma en la materia, que ya se ha hecho en algunos ordenamientos. Por

38 En este sentido, véase MOLINA HERMOSILLA, O.; MOLINA NAVARRETE, C.: "Más acá y más allá del trabajo. Comentario a la Ley 56/2003, de Empleo, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Las reformas sociolaborales del final de la legislatura*, Estudios Financieros, Madrid, 2004, pág. 56; CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El nuevo Derecho del Empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo", *AS*, núm. 19, marzo (2004), pág. 364.

39 En el ordenamiento italiano, en el Decreto Legislativo de 10 de septiembre de 1003, número 276, se distinguen cinco tipos de agencias: las agencias de suministro generales, que se inscriben automáticamente en las secciones dedicadas a la intermediación, búsqueda y selección de personal y de recolocación, aunque su objeto social debe prevalecer dentro de la agencia; las agencias de suministro especiales que se inscriben automáticamente en el registro de las agencias de selección y recolocación para poder desarrollar este tipo de actividades, aunque no se prevé que el objeto social sea prevalente; las agencias de intermediación, que son inscritas automáticamente en el registro de las agencias de búsqueda y selección de personal y de recolocación aunque se obliga a que la actividad de intermediación sea prevalente sobre las otras; las agencias de búsqueda y selección de personal, y las agencias de recolocación (*Outplacement*).



tanto, cualquier momento es esperado para proceder a un cambio y regulación de la iniciativa privada en la Actividad de Colocación.

- 3) Sin detenernos de forma muy específica en el posible contenido de esta regulación, es necesario que se lleve a cabo una regulación de la autorización administrativa, a pesar de que este requisito no se exige actualmente para todos los supuestos de actividad mercantil en España, sumándose además la tendencia de liberalizar y desregular los servicios y actividades para evitar el exceso de intervención administrativa. Pero en este caso en concreto, es necesario utilizar la técnica de la autorización, ya que la Administración tiene que comprobar la compatibilidad de los servicios de estas Agencias con el interés general, y evitar que se produzcan abusos dirigidos al demandante de empleo, y también al empresario.

Por otra parte, la admisión del carácter lucrativo se tendría que hacer mediante un sistema tarifario para fijar la cuantía a cobrar y determinar además el momento oportuno del cobro.

- 4) Y, por último, indicar que la aceptación o valoración positiva de las Agencias de Empleo Privadas no se puede hacer de forma general, ya que se debería restringir su actuación a determinados colectivos, como es el caso de la Administración Pública, los penados en instituciones penitenciarias, el personal civil al servicio de establecimientos militares, y por otra parte se debería además incluir regulación específica para otros colectivos, entre los que destacan los agentes de artistas o los agentes de jugadores, o para el colectivo de empleadas de hogar.

## V. Análisis específico de las empresas de Outplacement


Los cambios tan importantes que se están produciendo en general en el ámbito de la empresa y en el mercado de trabajo, traen consigo también la aparición de nuevos mecanismos de iniciativa privada que tienen como objetivo la lucha contra el desempleo.

Es el caso del llamado *Outplacement* o conocido también como “recolocación”, “colocación externa”<sup>40</sup> o “recolocación en el exterior de la empresa”,<sup>41</sup> y aunque no existe una regulación expresa en nuestro ordenamiento,<sup>42</sup> se puede definir, teniendo en cuenta la

40 GOMEZ MEJÍA, L.R.; BALKIN, D.; CARDY, R.L.: *Dirección y gestión de Recursos Humanos*, Prentice May, Madrid, 2001, págs. 234 y ss.

41 URÍA, F.: *El outplacement: el éxito en la búsqueda de un nuevo empleo*, Pirámide, Madrid, 1995, pág. 38.

42 Sin embargo, en el ordenamiento italiano que sí están reguladas, éstas se pueden definir como aquellas que realizan una “attività effe tuata su specifico e esclusivo incarico dell’organizzazione committente, anche in base ad accordi sindacali, finalizzata alla ricolocazione nel mercato del lavoro di prestatori di lavoro, singolarmente o collettivamente considerati, attraverso la preparazione, la formazione finalizzata all’inserimento lavorativo, l’accompagnamento della persona e l’affiancamento della stessa nell’inserimento nella nuova realtà” (Art. 2.1 del Decreto legislativo número 276/2003).



práctica de estas empresas, como el conjunto de servicios prestados por una entidad privada a una determinada empresa que contrata sus servicios con el objetivo de asegurar la reorientación profesional bien de un trabajador individual o bien de varios trabajadores que han sido despedidos de forma colectiva, para hacer posible que las personas separadas de su empresa tengan posibilidades reales de encontrar rápidamente y en las mejores condiciones posibles un empleo.<sup>43</sup>

Aunque no está regulada en nuestro ordenamiento, está avalada a nivel internacional, comunitario y también en nuestro texto constitucional. Así, no sólo en el Convenio núm. 181 OIT se hace una referencia a éstas, aceptándolas como Agencias de Empleo Privadas, sino también en el Convenio núm. 158 y Recomendación núm. 166 OIT sobre terminación de la relación de trabajo de 1982 se indica que es necesario entablar consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores para atenuar las consecuencias de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por lo que indirectamente se está refiriendo a este tipo de servicios.

En la Unión Europea, y concretamente en el Libro Verde titulado "Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas",<sup>44</sup> hace alusión a las medidas alternativas en los casos de pérdida de empleo, tales como la reubicación, la recolocación, la formación o reciclaje de trabajadores afectados, la ayuda en la búsqueda de nuevos empleos, orientación ocupacional, etc. Por otra parte, se considera como una de las líneas preferentes para promover las buenas prácticas empresariales en situaciones de reestructuración, la adaptabilidad y posibilidades de empleo y dentro de ella la gestión de la carrera profesional, por lo que, aunque de forma indirecta, está valorando de forma positiva las Empresas de *Outplacement*. Además, la Comunicación de la Comisión sobre "Reestructuraciones y empleo: anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea",<sup>45</sup> señala que para mantener la cohesión social, característica del modelo social europeo, es necesario aplicar políticas de acompañamiento para minimizar los costes sociales. Aunque no hace una mención expresa de estas políticas de acompañamiento, podrían estar incluidas las Empresas de *Outplacement* que permiten además preservar y desarrollar la competitividad empresarial.

43 Se han indicado por algunos autores distintas fechas que se atribuyen al nacimiento del *Outplacement*; así, en 1908, Percy Coutts, miembro de la burguesía británica y hombre de negocios de éxito en la Inglaterra victoriana, decide ayudar a los oficiales que retornaban de las colonias a encontrar trabajo, por lo que ya se estaba realizando una actividad de *Outplacement* (ICHINO, P.: "Lavoro interinale e servizi per l'impiego. Il nuovo quadro di riferimento", *Quaderni Della rivista italiana di Diritto del lavoro* núm 6, Giuffrè, Milano, 1995, pág. 41). Por otra parte, se ha indicado que el origen de las Agencias de *Outplacement* está en Estados Unidos; concretamente, en 1968 la NASA se ve obligada a reducir personal contratado, y para ello llevaron a cabo una política de recolocación de sus empleados. Véase MURELLI, E.; PETRELLA, D.: "Outplacement: il caso Ilva", *Diritto & Pratica del lavoro*, número 35, (1995), pág. 2257; o bien señala URÍA, F.: *El outplacement: el éxito en la búsqueda de un nuevo empleo*, op.cit. pág. 39, que algunos afirman que este conjunto de técnicas surgieron en Estados Unidos para ayudar a integrarse en la sociedad a los sacerdotes que perdían la vocación.

44 Bruselas, 18.7.2001 COM (2001) 366 final.

45 Comunicación de la Comisión, de 31 de marzo de 2005, [COM (2005) 120 final, no publicada en el Diario Oficial].



También se puede deducir del Art. 40 CE la aceptación de estas Empresas, ya que de este artículo se extrae la necesidad de mantener garantías de mantenimiento del empleo. Además, en nuestro ordenamiento laboral se prevé para los despidos colectivos regulados en el Art. 51 ET una obligación para el empresario de elaborar un plan social que forma parte de la solicitud con la que inicia el procedimiento administrativo y el período de consultas. Concretamente, en el Art. 6.1.c) del RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, señala que la solicitud del procedimiento de regulación de empleo comienza “en empresas de cincuenta o más trabajadores, con un plan de acompañamiento social que contemple las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados tales como, entre otras, aquellas dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas...”.

Es además muy positivo que se promuevan buenas prácticas empresariales para reducir los efectos del despido. Son muchos los aspectos positivos de la función que desempeñan estas Empresas en situaciones de reestructuración de empresas, siendo muy apreciadas por trabajadores y empresarios pues se evita con su utilización el acudir a despidos “dolorosos y caros”,<sup>46</sup> y se beneficia además el empresario, ya que al darle apoyo al trabajador que va a ser despedido, éste rendirá más en su trabajo hasta la fecha en que se produzca el despido, así como se reducen las demandas judiciales que pueden interponer los trabajadores despedidos y sobre todo reduce la publicidad negativa de la empresa,<sup>47</sup> pues se ha comprobado que las empresas que consiguen reestructurarse de manera “socialmente responsable” son las que mejor imagen ofrecen en cuanto a competitividad y adaptación al mercado. Pero incluso también son positivas para nuestro Sistema de Seguridad Social, y ello porque todos los trabajadores que se recolocan van a suponer un ahorro en prestaciones y subsidios por desempleo, y pueden ayudar a reducir las prejubilaciones masivas que hoy constituyen el primer medio para la gestión de los procesos de reestructuración<sup>48</sup> y suponen además importantes costes para la Seguridad Social,<sup>49</sup> e

46 RICCA, S.: “La actual transformación de los servicios públicos de empleo”, *RIT*, Vol. 107, núm. 1, (1988).

47 GÓMEZ MEJÍA, L.R.; DAVID BALKIN, D.; CARDY, R.L.: *Dirección y gestión de Recursos Humanos*, op.cit., págs. 234 y 235.

48 MARTÍNEZ, A.: “Outplacement: la mejor arma para superar el trauma de un despido”, [www.expansion.com](http://www.expansion.com). También se ha sugerido por parte de la doctrina la utilización del *Outplacement* como alternativa a la prejubilación de un trabajador maduro ante un proceso de reestructuración. Véase GALA DURÁN, C.: “La recolocación externa de los trabajadores maduros (*Outplacement*) como vía de actuación ante el desempleo”, VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 1326.

49 Los agentes sociales utilizan esta medida en la negociación colectiva condicionada al intervencionismo público que es quien hace viable económicamente las medidas previamente acordadas. Para un estudio de la prejubilación como medida de política de empleo, véase MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Política de empleo” y Sistema de Relaciones Laborales: la autonomía colectiva como fuente del derecho del empleo”, *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, núm. 10, junio (2001), págs. 64 y ss.



incluso aumentan las nuevas cotizaciones al Sistema al haber recolocado a estos trabajadores. Por todos estos motivos, la única conclusión que se extrae es el efecto positivo en su actuación, y lo que hay que hacer es impulsarlas con sus debidos controles, más que plantearse su situación de ilegalidad.

En España se plantea un problema de cara a su regulación, y sobre todo, de cara a cargar el coste de estos servicios: es decir, ¿se le puede cobrar al trabajador, o al empresario, o a la Administración por estos servicios? Está claro que las Empresas de *Outplacement* tienen carácter lucrativo:

En primer lugar, al trabajador no se le puede cobrar por los servicios de una Agencia de Empleo Privada, según lo establecido en el Convenio 181 OIT, por lo que esta vía queda descartada.

En segundo lugar, es perfectamente posible cobrar al empresario, pues es quien contrata estos servicios. Pero hay que ser conscientes del escaso uso en España de estas Agencias en comparación con otros países, y ello tiene una explicación: este servicio es costoso para las empresas, sobre todo en un momento en el que su situación es poco propicia a desembolsar una cantidad económica para la recolocación de sus trabajadores, en un momento de crisis de empresa, por lo que normalmente son las grandes empresas -y no todas- las que vienen utilizando estos servicios. Por otra parte, no existe ningún tipo de obligación para que en los Planes Sociales de las Empresas se incluyan este tipo de servicios, y, además, ya las empresas en una situación de despido de los trabajadores tienen que otorgar al trabajador una indemnización -legal- incuestionable; es decir, si una Empresa contrata los servicios de *Outplacement*, ésta no puede sustituir la indemnización legal que se le concede al ser despedido, pues es inderogable, ya que esta "garantía establecida se sustancia, en suma, en una obligación de dar, que compensa los perjuicios ocasionados por la pérdida de empleo".<sup>50</sup> La indemnización que reciben los trabajadores está fijada legalmente, y es una obligación jurídica independiente a la que se pueda establecer para acompañar esta medida para paliar los efectos del despido. Esta es la causa principal del escaso uso de estas Agencias en España.

Y, en tercer lugar, nos podríamos plantear si para potenciar el uso de estas Empresas sería lícito que pagara tales servicios la Administración, es decir, si es posible desde el punto de vista jurídico sufragar todos o parte de los gastos de estos servicios a empresas que necesiten acudir a estos servicios. Aquí se va a poner de manifiesto si es posible desde un punto de vista jurídico plantear la intervencencia de la Administración sufragando tales gastos, como propuesta de *lege ferenda*. Lo primero que hay que indicar que para la aplicación de las subvenciones públicas a otorgar por el uso de este tipo de Empresas de *Outplacement*, es absolutamente necesario un reconocimiento legal expreso

50 VALDÉS DAL-RE, F.: "El carácter imperativo de la indemnización legal por despido (II)", *RL*, núm. 4, febrero (2004); "La indemnización por despido colectivo: el errático debate sobre la dispositividad de un derecho mínimo", *VV.AA.* (Borrajó Dacruz, E.; Ramírez Martínez, J.M.; Sala Franco, T. Coords.): *Derecho vivo del trabajo y Constitución*, MTAS, Madrid, 2004, pág. 187.




de éstas así como el control de su actuación, y determinar en qué supuestos se concede la subvención, pues no siempre podrían tener derecho a este tipo de ayudas. Sería posible conceder subvenciones en el caso de que la empresa, en situación de crisis, demuestre la ausencia de recursos para garantizar a sus trabajadores un Plan adecuado;<sup>51</sup> sin embargo, entiendo que se considerarían ilegales las subvenciones otorgadas en el caso de que una empresa despidiera a trabajadores a pesar de haber obtenido un balance positivo de beneficios, pues en este caso, se estaría “premiando” un comportamiento absolutamente irresponsable, y además, iría en contra de lo establecido en el Art. 87.1 TCE que señala que están prohibidas... “las ayudas otorgadas por los Estados mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. Además, la primera interpretación jurisprudencial sobre este tema fue la STJCE de 26 de septiembre de 1996,<sup>52</sup> que se sometió a consideración del Tribunal la participación discrecional del Estado francés en los procesos de reestructuración empresarial mediante la financiación parcial de planes sociales que acompañaban los despidos colectivos. El TJCE manifestó que la inversión estatal beneficiaba directamente a estos últimos y no mejoraba la situación competitiva de la empresa, y que la ayuda estatal producía un ahorro de costes para la empresa que no tenía que hacer frente a determinadas obligaciones financieras respecto a los trabajadores situándola en una posición más favorable que sus competidores”. En este caso en concreto, por tanto, se considera que si se concede una ayuda estatal, sería contraria al correcto funcionamiento de la competencia en el mercado, es decir, que con la concesión de estas ayudas se consigue una mejor posición en el mercado. Sin embargo, en el caso que aquí se está analizando, la posibilidad de otorgar subvenciones públicas por utilizar las Empresas de *Outplacement* no iría en contra del Art. 87 TCE, pues además las Directrices de Salvamento y Reestructuración<sup>53</sup> declaran compatibles con el TCE las medidas que financien las acciones de formación, asesoramiento y búsqueda de empleo alternativo, recolocación, formación profesional y asistencia para los trabajadores que deseen realizar nuevas actividades (Directriz 65) por lo que entiendo que sería posible la aplicación de estas subvenciones para favorecer la recolocación individual o colectiva de trabajadores despedidos siempre y cuando, como ya se ha indicado, la empresa manifieste la ausencia de recursos para garantizar a sus trabajadores un Plan de Acompañamiento Social adecuado.

En definitiva, la financiación pública de las Empresas de *Outplacement* tan sólo es una posibilidad –con muchas matizaciones– para plantear en un posible debate legislativo sobre estas Agencias. Ahora bien, independientemente de que se debata esta opción legal, sí que es conveniente potenciar su uso (lógicamente, a cargo de las empresas afectadas). Para ello sería conveniente que en los supuestos en los que está prevista

51 En el mismo sentido, SERRANO GARCÍA, J.M.<sup>a</sup>: *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, Valencia, 2002, pág. 203.

52 STJCE de 26 de septiembre de 1996, C-241-94, (TJCE 1996/159).

53 Comunicación de la Comisión. Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (Comunicación a los Estados Miembros en la que se proponen medidas apropiadas) [Diario Oficial C 288 de 9.10.1999].



una indemnización legal en caso de despido, en vez de otorgar la empresa una cantidad económica añadida a la indemnización legalmente establecida, se potencie el uso de las Empresas de Outplacement; o bien fomentar el uso de estas empresas por medio de la negociación colectiva contemplando esta medida en caso de que se llevara a cabo un despido colectivo, es decir, incluyendo esta medida en el Plan de Acompañamiento Social; incluso extender esta obligación en el caso de que se realicen despidos colectivos en empresas de menos de cincuenta trabajadores y en los despidos por circunstancias objetivas (Art. 52.c ET) o las extinciones contractuales que sean consecuencia de una decisión judicial de cese de la empresa (Art. 51.10 ET), de la venta judicial de la organización productiva (Art. 51.11 ET), de la extinción de la personalidad jurídica del empresario (Art. 49.1 g ET) o de un supuesto de fuerza mayor (Art. 51.12 ET).


En conclusión, sirvan todas estas aportaciones para que se contribuya a consolidar la Actividad de colocación dentro de la rama del Derecho del Empleo en la que se integra, y, sobre todo, sirvan a los poderes públicos y a los agentes sociales para el debate y así poder proceder a las modificaciones pertinentes.

## VI. Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, G.: "El Estado-empresario: iniciativa pública y reservas al sector público", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L.; Moreno Vida, M<sup>a</sup>.N.; Molina Navarrete, C. Coords.): *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El nuevo Derecho del Empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo", *AS*, núm. 19, marzo (2004).
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E.: "El reconocimiento de otros intermediarios privados en el mercado de trabajo: las agencias de colocación sin fines lucrativos", en VV.AA. (Baylos Grau, A. Coord.): *Formas y cauces de contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal*, Madrid, CGPJ, 1995.
- CASTELLS, M.: *La era de la información, Vol. I. La sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, págs. 283-284.
- CERNECCA, A.: "Pubblico e privato nella gestione del collocamento: il caso inglese", *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 2, (1998).
- CISNEROS LARRODÉ, R.: "Artículo 16", VVAA.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006.
- DI MASSIMO D'ANTONA, M.: "Sistema giuridico comunitario", VV.AA. (Baylos Grau, A.; Caruso, B.; D'Antona, M.; Sciarra, S.): *Diccionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi Editore, Bologna, 1996.
- DORENBOS, R.; VOSSSEN, I.: *Public employment services: Can East Asia learn from the experience in Europe?* Rotterdam, February, 2002.



- GALA DURÁN, C.: "La recolocación externa de los trabajadores maduros (*Outplacement*) como vía de actuación ante el desempleo", VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2004.
- GARCÍA BLASCO, J. *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988 de 7 de abril*, Civitas, Madrid, 1989.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M.; MOLINA NAVARRETE, C.: "Modernización del Sistema Público Estatal de Empleo, "mejora" de la intermediación y "evaluación" de las políticas activas de empleo. Una reforma otoñal", *TL*, núm. 85, (2006).
- GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>: "Empresas de Servicios, Empresas de Trabajo Temporal y cesión ilegal de trabajadores", *AL*, núm. 1, (2001).
- GOMEZ MEJÍA, L.R.; BALKIN, D.; CARDY, R.L.: *Dirección y gestión de Recursos Humanos*, Prentice May, Madrid, 2001.
- HEPPLE, B.: "Le agenzie private per l'impiego nel Regno Unito", *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 4, (1998).
- LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: *La intermediación en el mercado de trabajo*, CARL, Sevilla, 2003.
- MARTÍNEZ, A.: "Outplacement: la mejor arma para superar el trauma de un despido", [www.expansion.com](http://www.expansion.com)
- MOLINA HERMOSILLA, O.; MOLINA NAVARRETE, C.: "Más acá y más allá del trabajo. Comentario a la Ley 56/2003, de Empleo, VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Las reformas sociolaborales del final de la legislatura*, Estudios Financieros, Madrid, 2004.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: "El régimen jurídico sancionador en materia de empleo jurídico sancionador en materia de empleo tras la entrada en vigor del TRLISOS de 2000", *JL*, número extraordinario, (2001).
- "Política de empleo" y Sistema de Relaciones Laborales: la autonomía colectiva como fuente del derecho del empleo", *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, núm. 10, junio (2001).
- MONEREO PÉREZ, J.L.: "Instrumentalización jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones", *REDT*, núm. 40, (1989)
- *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996.
  - *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
  - Política de empleo y migraciones en la Unión Europea", VV.AA. (García Murcia, J. Coord.): *Derecho social comunitario y derecho del trabajo*, Consejería de Industria y Empleo, Oviedo, 2004.
- MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: "las Agencias de Colocación sin fines lucrativos", *AL* (1997-I).
- MORILLAS CUEVA, L.: "Delitos contra los derechos de los trabajadores", VV.AA.: *Curso de Derecho Penal Español*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MURELLI, E.; PETRELLA, D.: "Outplacement: il caso Ilva", *Diritto & Pratica del lavoro*, número 35, (1995).

- 
- NYSTROM, B.: "Employment Agencies: The legal regulation of Employment Agencies and Employment Leasing Companies in Sweden", *23 Comp.Lab.L&Policy Journal*, 2001.
- PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La Reforma Laboral 2006 (El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 9 de mayo de 2006)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PIETRO SANCHÍS, L.: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, Estudio Preliminar, Monereo Pérez, J.L.: "La filosofía de Gustad Radbruch: una lectura jurídica y política", reeditada por Comares, Granada, 1999.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: "Del Servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", RAP, num.150 (1999).
- REYNERI, E.: *Sociología del mercado del trabajo*, Il Mulino, Bolonia, 2002.
- RICCA, S.: "La actual transformación de los servicios públicos de empleo", *RIT*, Vol. 107, núm. 1, (1988).
- RIVERO LAMAS, J.: "La Reforma del Mercado de trabajo y el modelo español de Relaciones Laborales", VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. Coord.): *La Reforma del Mercado de Trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996.
- ROLDÁN MARTÍN, A.: "Los nuevos contornos del Servicio Público", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.12, (2000).
- SERRANO FALCÓN, C.: *Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas. Público y privado en la Actividad de Colocación*, Comares, Granada, 2009.
- SERRANO GARCÍA, J.M.<sup>a</sup>: *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, Valencia, 2002.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.<sup>a</sup>: *La política de colocación*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- URÍA, F.: *El outplacement: el éxito en la búsqueda de un nuevo empleo*, Pirámide, Madrid, 1995.
- VALDÉS DAL-RE, F.: "El carácter imperativo de la indemnización legal por despido (II)", *RL*, núm. 4, febrero (2004).
- "La indemnización por despido colectivo: el errático debate sobre la dispositividad de un derecho mínimo", VV.AA. (Borrajó Dacruz, E.; Ramírez Martínez, J.M.; Sala Franco, T. Coords.): *Derecho vivo del trabajo y Constitución*, MTAS, Madrid, 2004.
- VALLECILLO GÁMEZ, M<sup>a</sup>.R.: "El modelo "real" de gestión del Servicio Andaluz de Empleo (SAE): ¿Dualismo o indefinición?", VV.AA. (Molina Navarrete, C. Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2005.

# 9

GESTIÓN DEL EMPLEO Y CAPITAL HUMANO





## TOMA DE DECISIONES PREVIAS A LA BÚSQUEDA DE EMPLEO

### D.<sup>a</sup> Inmaculada González Lepe

Técnico de empleo de SOIPEA.

Universidad de Huelva.

### Servicio empleo de la universidad Huelva

Nuestra misión es ofrecer a estudiantes de últimos cursos y titulados/as universitarios la posibilidad de incorporarse al mercado de trabajo con mayores posibilidades de éxito a través del desarrollo de diversas acciones coordinadas, planificadas y definidas que integran:

- La información.
- La formación complementaria.
- La orientación para la búsqueda de empleo o autoempleo.
- Las prácticas en empresas
- Bolsa Empleo

Manteniendo para ello un vínculo permanente con el tejido empresarial que permita detectar y dar respuesta a sus necesidades con agilidad, exactitud, eficacia y eficiencia. Organizando encuentros empresariales, Foro de empleo universitario, Seminario Búsqueda de empleo, cursos que fomentan el emprendimiento: "Atrévete a emprender".

Para ello, se trabaja comprometidamente buscando la mejor organización de las tareas, las sinergias entre las mismas, mejorando día a día la comunicación interna y tratando de crear el clima de trabajo que permita el cumplimiento de la misión organizativa a través de un buen trabajo en equipo.

### Reflexiones previas al inicio de un proceso de búsqueda de empleo

- ¿Por qué causa estoy buscando empleo en este momento?
- ¿Cuáles son los logros en mi última etapa?
- ¿Cuáles son las claves de mi trayectoria profesional?
- ¿Cuál ha sido el mejor puesto de trabajo?
- ¿Cuáles son mis puntos fuertes y débiles?
- ¿Qué debo cambiar de mí mismo?
- ¿Campos o áreas en los que puedo estar mejor preparado para desarrollar una nueva etapa profesional?
- ¿Cuál es mi objetivo profesional?

## 1. Toma de decisiones



**Tomar una decisión** puede ser una elección sencilla o puede convertirse en un trauma a la hora de zanjar un problema o trabajo. El problema está en que nuestros cerebros funcionan de un modo binario (blanco o negro, bueno o malo) y pueden reaccionar muy rápido cuando se presentan dos opciones, especialmente cuando una es mucho mejor que la otra, pero cuando tenemos que elegir entre más de dos opciones es cuando nos atascamos. Aunque tomar decisiones es una tarea que llevamos haciendo desde que éramos pequeños al crecer aumentan las posibilidades de elección por lo que cada vez se nos hace más complicado decidir. Diariamente nuestro cerebro recibe un bombardeo de posibilidades y opciones que debemos analizar y valorar según nuestras expectativas.

Como se puede ver en el diagrama el proceso de Toma de Decisiones es algo circular, es decir, en cualquier momento es posible retomar un paso que ya habíamos superado, volver a él y evaluar si la decisión que he tomado es la correcta.

## 2. Pasos a seguir en la toma de decisiones

El mecanismo que seguimos en la toma de decisiones sigue una serie de pasos que terminarán por dar una solución sobre la situación que nos planteamos a resolver.

1. Elaborar un listado con todas las decisiones posibles
2. Puntuar las mejores
3. Evaluar las finalistas
4. Decidir la elegida



**1. Listado:** Para elegir la opción adecuada el primer paso que debemos hacer es elaborar una lista con todas las opciones disponibles y después decidir cual es la mejor. En este paso no importa si una solución es mejor que otra sino aportar varias soluciones. Luego llegará el momento de poder evaluarlas.

**2. Puntuación:** Para puntuarlas se debe hacer dos cosas:

1. Establecer una métrica de valoración y 2. Establecer las pautas de valoración.

**2.1.:** Para establecer la métrica de valoración sólo debes estipular como vas a decidir si una es mejora que otra, por ejemplo puedes utilizar esta: puedes puntuar de 1 a 5, las mejores tendrán un 5, las peores un 1.

**2.2.:** Para establecer las pautas de valoración debes decidir por qué una decisión será la correcta, será la que se adapte en el menor tiempo, la que cueste menos, la que sea más sencilla, las pautas de valoración variarán de acuerdo a tus objetivos por lo que no existe una regla fija para valorar si una decisión es correcta, dependerá de ti, de tu situación y de los objetivos que tengas para esa decisión. Lo habitual para valorar las pautas de una decisión, en la empresa, es: coste, tiempo y medios para implantar la solución.

Al final de la puntuación, de acuerdo con los ítems que hayas estipulado, tendrás las finalistas que deberás valorar pormenorizadamente.

**3. Evaluación final:** Una vez puntuadas es probable que tengas varias soluciones con las que te quedarías por lo que un truco sencillo para evaluar la decisión final será utilizar el método del descarte.

Durante la elaboración de la lista seguro que hubo peros que poner a las soluciones encontradas y estos serán los que decantarán su aprobado para convertirse en la decisión final o no. Una vez reducida la lista a tres o cuatro opciones llega el momento de repasarlas todas y progresivamente descartar las opciones menos interesantes hasta quedarse con la opción definitiva.

**4. Elección:** Con todos los datos en la mano seguro que aún tendrás dudas de cual elegir por ello la que "a priori" sea mejor deberá ser la elegida.

### ¿Cual es tu método para tomar decisiones?

La toma de decisiones implica, en un primer momento, elegir entre dos opciones, decidir o no decidir. Si decidimos estamos asumiendo la responsabilidad de nuestros actos y si no decidimos, aunque queramos algo, eludimos esa responsabilidad.

La decisión o no de aceptarla viene determinada por nuestro enfoque mental ya que normalmente se decide para alcanzar el éxito y se evita la decisión cuando queremos eludir el fracaso.

Los **errores más comunes** en los procesos de la toma de decisiones son los siguientes:

1. Tomar la decisión fuera de tiempo, demasiado tarde o pronto.
2. Olvidar las consecuencias derivadas de la decisión y que puedan crear otros problemas.
3. Saltarse los pasos lógicos para tomar una decisión.
4. Decidir y olvidarse de hacer un seguimiento a los resultados de la decisión.
5. No establecer reglas claras de dirección.
6. Tomar una decisión porque se acabó el tiempo.
7. Parálisis del que debe tomar las decisiones.
8. Inseguridad, indefinición, falta de claridad y falta de confianza a la hora de tomar la decisión.
9. Exceso de confianza que lleva a omitir consecuencias o valorar demasiado bien las consecuencias.
10. Temores desmedidos.

La práctica, la experiencia y las normas pueden ayudarnos a tomar este tipo de decisiones y como, afortunadamente, no tenemos que tomar decisiones a vida o muerte, podemos equivocarnos y cambiar de parecer hasta acertar. Ahora bien, **¿cómo debemos proceder?**

**1. Hacer un listado de pros y contras:** No es la primera vez que lo escuchas pero muchas veces se nos olvida que la mejor forma de analizar una decisión es teniendo claras cuales son las ventajas y cuales son las contras y si tienes dudas en si debes escribirlo te voy a dar un consejo, escríbelo. Si al cabo de unos meses te das cuenta que la decisión fue incorrecta debes tener claro porque llegaste a la conclusión de tomarla y sino lo escribes es probable que te olvides.

**2. Analizar los resultados:** Trabajar con el objetivo de solucionar o tomar una gran decisión puede llevarte a tener visión de túnel y pensar solo en las consecuencias a corto plazo omitiendo las de largo plazo. Antes de tomar una decisión vale la pena pararse unos minutos para examinar tus objetivos tanto a corto plazo como a largo plazo. Una vez meditados deberías considerar todas las opciones y plantearte las siguientes preguntas:

- ¿Qué es lo que esperas conseguir tomando esa decisión?
- ¿Cuál es el resultado más probable de tu decisión?
- ¿Cuál es el resultado más malo de tomarla?
- ¿Cuál es el resultado más malo de no tomarla?
- ¿Cuál es el resultado más bueno de tomarla?
- ¿Cuál es el resultado más bueno de no tomarla?
- ¿Qué pasaría si todo fuese al revés de cómo lo planteas?



Pensar en términos de largo/corto plazo y en los posibles resultados negativos puede ayudarte a clarificar tus objetivos y decidir cual debe ser tu decisión.

### **3. Los 5 porqués:**

Los 5 porqués están enfocados a solucionar problemas técnicos pero también se puede utilizar para determinar si la decisión que vas a tomar está de acuerdo con tus objetivos. Por ejemplo:

*¿Por qué debo escoger este trabajo? Se paga bien y me ofrece la oportunidad de crecer.  
¿Por qué es tan importante? Porque quiero construir una carrera y no sólo tener varios puestos de trabajo sin sentido. ¿Por qué? Porque quiero que mi vida tenga sentido. ¿Por qué? Por que quiero ser feliz. ¿Por qué? Porque eso es lo más importante en la vida.*





## ITINERARIOS PERSONALIZADOS DE INSERCIÓN

### D.<sup>a</sup> Inmaculada González Cabeza

Técnico de orientación profesional del SOIPEA.

Universidad de Huelva.

### D. Antonio Carlos Ortega Ríos

Técnico de orientación profesional del SOIPEA.

Universidad de Huelva.


## 0. Introducción

El Servicio de Orientación e Información, Práctica, Empleo y Autoempleo (SOIPEA), enmarcado en el Vicerrectorado de Empleo y Relaciones con las empresas de la Universidad de Huelva, lleva prestando sus servicios de forma continua a la comunidad universitaria desde 1999.

Se concibe como un servicio integral y personalizado, cuya misión es ofrecer a estudiantes de últimos cursos y titulados/as universitarios/as en situación de desempleo la posibilidad de incorporarse al mercado de trabajo con mayores posibilidades de éxito. En definitiva, se ayuda a este colectivo a afrontar, desde la mejor posición posible, la inserción laboral por cuenta ajena o por cuenta propia.

Para ello, y desde este servicio, se ponen en pro de la comunidad universitaria una serie de recursos encaminados a tal fin; entre las que destacan:

- Proporcionar una formación complementaria a los/as universitarios/as mediante la oferta formativa de los cursos de Formación Profesional Ocupacional (FPO) y/u otros organizados por el propio servicio.
- Prestar las infraestructuras necesarias que ayuden a nuestros/as usuarios/as en su búsqueda de empleo; como conexión a internet, directorios de empresas, prensa, revistas especializadas en la temática, etc.
- Facilitar a la comunidad estudiantil universitaria y recién titulada la posibilidad de realizar prácticas en empresas e instituciones, lo que permite adquirir los conocimientos prácticos necesarios para afrontar la búsqueda del primer empleo.
- Intermediar en el mercado de trabajo, poniendo en conexión a los universitarios/as demandantes de empleo y a las empresas e instituciones que ofertan



puestos de trabajo. Estas dos últimas acciones se desarrollan a través de la plataforma informática ÍCARO.

- Informar, asesorar y orientar a los/as universitarios/as sobre los trámites a llevar a cabo a la hora de constituir una empresa.
- Guiar a nuestros/as usuarios/as en la búsqueda de empleo mediante un seguimiento personalizado y destinado hacia la inserción laboral; todo esto a través del Programa Andalucía Orienta y utilizando para ello los IPI's.

## **1. Andalucía orienta: itinerarios personalizados de inserción (IPI) como herramientas de trabajo**

El Servicio Andaluz de Empleo tiene encomendado el desarrollo de las políticas de empleo, coparticipando en las mismas los agentes sociales y económicos más representativos en Andalucía, y entre la que se encuentra la Universidad de Huelva y el servicio SOIPEA.

Los procesos de orientación y asesoramiento especializados basados en la definición de Itinerarios Personalizados de Inserción (IPI), mediante la combinación de distintas medidas activas de empleo, se han desvelado como un instrumento eficaz y efectivo para la obtención y mejora de las condiciones laborales y profesionales de las personas demandantes de empleo; y éstos han de ser desarrollados desde los Programas "Andalucía Orienta".

Así, la Red Andalucía Orienta está conformada por todas las Unidades de Orientación Profesional (UOP), entre las cuales se encuentra las unidades ubicadas en las distintas universidades andaluzas. Con esto, las UOP se definen como el conjunto de recursos humanos, materiales y metodológicos a través de los cuales se planifican los IPI's.

La UOP de la Universidad de Huelva atiende a la población universitaria ofreciéndoles:

- Atención personalizada.
- Información y asesoramiento (salidas profesionales, empleo público, procesos de selección...).
- Información y seguimiento de prácticas.
- Técnicas de Búsqueda Activa de Empleo.

Todas estas acciones se ejecutan dentro de un Itinerario Personalizado de Inserción.



## 2. Definición de IPI

Según la Orden de 26 de diciembre de 2007 por la que se desarrolla el Programa de Itinerarios de Inserción, un IPI se define como el diseño, la realización y seguimiento de una secuencia concatenada de acciones, destinadas a mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de empleo inscritas como desempleadas en el Servicio Andaluz de Empleo.

Estas acciones pueden ser desarrolladas de manera individual o grupal, teniendo en cuenta el perfil de la persona usuaria, sus necesidades y las características de los contenidos a tratar.

El IPI supone para la persona demandante de empleo la puerta de entrada a todas las políticas activas de empleo puestas en marcha por el SAE (Experiencias Profesionales para el Empleo –EPE-, Acciones Experimentales, Acompañamiento a la Inserción, Ayudas al Autoempleo, Cursos FPO, Talleres de Empleo, etc.).

Con esto, podemos decir que un itinerario es un conjunto de actividades secuenciadas que las personas atendidas deben recorrer con el fin de facilitarles recursos para que gestionen con autonomía su propio proceso de inserción laboral.


## 3. Características de los IPI's

- Se construye de forma consensuada entre orientador y orientado.
- Carácter Programático
- Es Flexible y dinámico

## 4. Fases de un IPI

Un Itinerario de Inserción podrá constar de las siguientes fases:

- 1. Recepción y Acogida:** Dirigida a aquellas personas susceptibles de iniciar un itinerario de inserción, está destinada a conocer las necesidades y expectativas de la persona usuaria y a presentarle los servicios y programas disponibles en el Servicio Andaluz de Empleo.
- 2. Recogida de Información y análisis:** Para recoger y analizar los datos curriculares y de disponibilidad para el empleo de la persona usuaria, así como valorar su situación ante el empleo, definiendo su objetivo profesional.
- 3. Definición del Itinerario de Inserción:** A través de la cual y, de acuerdo con la persona usuaria, se configura el conjunto de programas, servicios, técnicas, estrategias



y actividades ofertadas por el Servicio Andaluz de Empleo y otros organismos en las que participar la persona usuaria. El Itinerario quedar reflejado en un documento del Servicio Andaluz de Empleo suscrito por la persona beneficiaria.

- 4. Desarrollo:** Destinada a que la persona usuaria realice las acciones definidas en su Itinerario Personalizado, con un seguimiento por parte del Servicio Andaluz de Empleo. En esta fase, cada Itinerario ser susceptible de redefinirse en función de la evaluación de cada persona y de sus oportunidades efectivas de obtención de empleo.
- 5. Finalización del Itinerario:** En la que, debido a la consecución del objetivo planteado o por abandono, el Servicio Andaluz de Empleo cierra el mismo.

## 5. Conclusiones generales

Con la introducción del concepto de Itinerario se consigue evitar las acciones aisladas de las que el usuario/a era objeto cuando acudía a un servicio de orientación. El demandante de empleo tenía la sensación de que tenía que comenzar algo nuevo por cada servicio de orientación que visitara, manifestaba su sorpresa cuando les facilitaba información en algunos casos contradictorias y siempre podía quedar la duda de cual era el centro de orientación mejor y con mejores recursos.

Con el establecimiento de un Itinerario de Inserción tratamos de evitar la improvisación y la parcelación de las acciones tratando de que el usuario/a sea el protagonista de su propio proceso, teniendo acceso a los recursos que el SAE ponen en marcha dentro de la política activa de empleo.

El Itinerario es un plan de trabajo que se desarrolla y se define, desde las propias circunstancias personales y el contexto geográfico que le rodea, para mejorar la empleabilidad de los demandantes de empleo. Las personas conocen todos los procedimientos disponibles para acceder a los programas de inserción, existiendo la posibilidad de participar en cualquier actividad que sea de su interés.

El IPI puede combinar diversos tipos de acciones: información, orientación, asesoramiento, así como otras medidas que conduzcan a la inserción laboral.

El Itinerario Personalizado de Inserción comienza con una recogida y análisis de los datos curriculares, la disponibilidad para el empleo y la valoración de la situación de la persona ante el empleo con el fin de establecer un objetivo profesional.

El objetivo profesional será la meta a conseguir para lo cual el usuario/a junto con el técnico/a orienta consensuaran el conjunto de programas, servicios, técnicas, estrategias y actividades que ofrezca el Servicio Andaluz de Empleo como otros organismos en las que podrá participar la persona usuaria., una vez plantadas los pasos a seguir, el



desarrollo del itinerario requiere de una actitud positiva y activa ante la búsqueda de empleo del demandante de empleo.

En el Itinerario Personalizado de Inserción estaremos contemplando acciones formativas para la capacitación y especialización (Formación Profesional Ocupacional), prácticas en empresa Experiencias Profesionales para el Empleo), salidas al extranjero (programa Leonardo), talleres de búsqueda activa de empleo (sesiones grupales o individuales en las unidades de orientación).

Se trata de establecer un Plan de Acción constituido, por aquellos programas, actividades, recursos del SAE u otros organismos, con el fin de mejorar nuestra empleabilidad, aumentando mis posibilidades de conseguir mi objetivo profesional o meta laboral.



# 10

EL ROL DEL EMPRESARIADO EN EL  
DESARROLLO DEL TEJIDO PRODUCTIVO

---





## VALORES CULTURALES, ASPECTOS SOCIOECONÓMICOS E INTENCIÓN DE SER EMPRESARIO

D. Francisco Liñán Alcalde

Dpto. Economía aplicada I.  
Universidad de Sevilla.

D.<sup>a</sup> Inmaculada Jaén Figueroa

Dpto. Economía aplicada I.  
Universidad de Sevilla.

### Resumen:

Este trabajo describe un proyecto de investigación que actualmente está desarrollándose por un equipo de investigadores en el que participan los autores. Su objetivo es analizar el papel desempeñado por los factores psicosociales, culturales y socioeconómicos en la formación de la intención empresarial. Para ello, se llevará a cabo una encuesta sobre una población de empresarios potenciales (aquellos que todavía no han realizado comportamientos empresariales reales). En este sentido, serán considerados como parte de la muestra los estudiantes y egresados universitarios, así como los usuarios de centros de apoyo a emprendedores. Mediante el desarrollo de este proyecto esperamos alcanzar una mejor comprensión de los elementos psicosociales, así como de los factores socioeconómicos y culturales que afectan a la decisión de crear una empresa. El resultado será importante para los responsables políticos, a los que indicará cómo promover la iniciativa emprendedora; así como para los investigadores, al contribuir al avance del conocimiento en esta área.

### Introducción

El estudio de la actividad emprendedora tiene como objetivo buscar una explicación de por qué, cómo, cuándo o dónde los empresarios descubren y aprovechan las oportunidades que promueven el proceso de desarrollo (Shane & Venkataraman, 2000). En este contexto de análisis, podemos señalar dos elementos contrapuestos. Por un lado, existe un amplio consenso entre los investigadores que consideran la iniciativa empresarial y la promoción de los emprendedores dinámicos como una fuerza motriz para el proceso de desarrollo de las naciones y regiones (Audretsch, 2002; Audretsch, Keilbach & Lehmann, 2006; Guzman & Santos, 2001; Westall, Ramsden & Foley, 2000). De esta manera, en las últimas décadas, no es sorprendente que los gobiernos y organismos



internacionales intentan fomentar el espíritu empresarial como parte de sus propuestas políticas (European Commission, 2003; OECD, 1998). Por otro lado, aunque existe una extensa literatura sobre las principales variables que afectan al espíritu empresarial (Parker, 2004; Reynolds, 1997), todavía hay una considerable falta de conocimientos acerca de los factores más cualitativos que influyen en la decisión de poner en marcha una empresa, es decir, la intención empresarial de los individuos en un territorio.

La consideración de la iniciativa empresarial como el resultado de un proceso cognitivo es ampliamente compartida hoy en día (Baron, 2004). Numerosos investigadores han señalado que la decisión de convertirse en empresario es un tema complejo, y es el resultado de complicados procesos mentales (Shaver & Scott, 1991). Por esta razón, han comenzado a aplicarse modelos psicológicos al análisis de la decisión de creación de una empresa (Baum, Frese & Baron, 2007). En este sentido, la teoría de la acción planificada (Ajzen, 1991) ha sido aplicada en el análisis empírico del proceso mental que conduce a la creación de empresas (Fayolle, Gailly & Lassas-Clerc, 2006; Kolvareid, 1996; Krueger, Reilly & Carsrud, 2000).

Sin embargo, todavía hay mucho que decir sobre la manera en que se forman las percepciones individuales. Algunos autores han argumentado que los valores sociales y creencias en relación con el espíritu empresarial afectará a los antecedentes motivacionales de la intención (Davidsson & Honig, 2003; Liñán & Santos, 2007). Los valores culturales pueden tener una influencia relevante sobre las actitudes relacionadas con el trabajo (Hofstede, 1980). Sin embargo, existe poca investigación empírica que haya estudiado los efectos sobre las intenciones empresariales de las diferentes culturas regionales.

El análisis de la influencia de la cultura sobre el espíritu empresarial ha recibido recientemente una atención cada vez mayor. Inglehart (1997) define la cultura como el conjunto de valores básicos comunes que contribuye a conformar la conducta de las personas en una sociedad. Las dimensiones culturales de Hofstede (Hofstede, 1980, 1991, 2003) se han utilizado como referencia en la mayoría de las investigaciones sobre la influencia de la cultura sobre el espíritu empresarial (Hayton, George & Zahra, 2002; Mcgrath & MacMillan, 1992; Mitchell, Smith, Seawright & Morse, 2000; S. L. Mueller & Thomas, 2001; S. L. Mueller, Thomas & Jaeger, 2002; Shane, Kolvareid & Westhead, 1991).

Sin embargo, la mayor parte de esta investigación ha tendido a identificar la cultura con la nación. Una serie de cambios recientes (aumento de desarrollo de la tecnología y los sistemas de información, la globalización de los mercados y los flujos migratorios), han modificado esta identificación tradicional (García-Cabrera & García-Soto, 2008). La existencia de diferencias intra-nacionales en los valores culturales debe ser reconocida (Sackmann & Phillips, 2004). Por esta razón, las variaciones regionales en los valores culturales pueden contribuir a explicar las diferencias en los niveles de espíritu empresarial (Davidsson, 1995; Davidsson & Wiklund, 1997).



Del mismo modo, se desconoce en gran medida el efecto específico de cada rasgo cultural en el espíritu empresarial. Hofstede et al. (2004) consideran dos formas alternativas en las que esta influencia puede ejercerse. Un efecto global positivo tendría lugar cuando la cultura da forma a las instituciones económicas y sociales, haciéndolas más favorables a la actividad empresarial. Así, encontramos a individuos “integrados”, a los que les puede resultar más fácil convertirse en empresario. En cambio, donde la cultura es relativamente desfavorable para la iniciativa empresarial, los individuos “insatisfechos” serían los que buscasen la realización personal a través del autoempleo.

Basándose en estas consideraciones, el proyecto VIE pretende analizar la influencia específica de los valores culturales regionales sobre los antecedentes de la intención y motivación empresarial en España. Esto le ayudará a explicar por qué los niveles de espíritu empresarial difieren entre las regiones. Para ello, se incluyen elementos socio-económicos como moderadores y/o variables de control.

El proyecto ha sido diseñado por un grupo de investigadores de la Universidad de Sevilla y la UNED, con una duración total de tres años a partir de enero de 2009. Es financiado por el gobierno regional de Andalucía a través de una subvención de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa (nº de proyecto: P08-SEJ-03542). La posible contribución del proyecto a una mejor comprensión de los factores que pueden explicar las variaciones regionales en la actividad empresarial fue uno de los principales elementos considerados por el organismo de financiación, para decidir financiarlo.

Este trabajo tiene como objetivo presentar los aspectos principales del proyecto. Está organizado en cinco secciones, incluyendo esta introducción. El marco teórico en el que se basa el proyecto se describe en la sección siguiente. La tercera sección detalla las metas y objetivos del proyecto. La organización de las actividades se considera en la cuarta sección. Por último, el trabajo termina con algunas consideraciones finales.

## Marco teórico

Como se ha señalado, el proyecto VIE parte de dos conceptos teóricos que, aunque muy adecuados para el estudio efectivo de los procesos de creación de empresas, se basan en la literatura psicológica y sociológica. De esta forma, a nivel individual o psicológico, la intención de realizar comportamientos empresariales se considera como un elemento clave. Sin embargo, las creencias de la persona, actitudes e intenciones son el resultado de los procesos de socialización, y por lo tanto están claramente influenciadas por el entorno en el que se desenvuelven.

## Intención empresarial

La creación de una nueva empresa es, en primer lugar, una decisión personal del individuo. Esto es tan obvio que muy a menudo se olvida. La mayoría de la investigación



sobre actividad emprendedora se centra en analizar el proceso de creación de la empresa una vez que la decisión de crearla ya ha sido tomada, obviando el proceso interno que lleva a la persona a tomar esa decisión. Desde ese punto de vista, lo importante no es que los individuos particulares creen una nueva empresa. Se da por supuesto que al menos algunos de ellos tomarán esa decisión y crearán sus empresas (Liñán, 2007). Llevados al extremo, los enfoques ecológicos sobre la iniciativa empresarial puede ser un ejemplo de este punto de vista (Aldrich & Wiedenmayer, 1993).

La publicación del Libro Verde El Espíritu Empresarial en Europa (European Commission, 2003) plantea una cuestión importante en relación con este tema: ¿Cómo mejorar la inclinación de la gente hacia el desarrollo de nuevas iniciativas empresariales? Al considerar la iniciativa empresarial como una actitud, el Libro Verde amplía la gama de posibles acciones políticas, más allá de la mera eliminación de las barreras que obstaculizan la creación de empresas, su desarrollo y su crecimiento. Específicamente, trata de lograr que una mayor proporción de personas deseen convertirse en empresarios y se preparen para ello.

Según esta perspectiva, desde los años noventa, los trabajos de investigación han subrayado la importancia de la inclusión de variables cognitivas, junto con los aspectos económicos, de gestión, psicológicos y sociológicos cuando se estudia la decisión empresarial (Baron, 2004; Baum et al., 2007; Gartner, Shaver, Gatewood & Katz, 1994; Shane & Venkataraman, 2000; Shaver & Scott, 1991).

Dado que la decisión de convertirse en empresario puede ser plausiblemente considerada como voluntaria y consciente (Krueger et al., 2000), parece razonable analizar cómo se toma esa decisión. En este sentido, la intención empresarial sería un elemento determinante a la hora de realizar comportamientos empresariales (Kolvereid, 1996). Teniendo en cuenta que la creación de una nueva empresa requiere de tiempo, que implica tanto una considerable planificación como un alto grado de procesamiento cognitivo, el comportamiento empresarial parece ser el tipo de comportamiento que se adapta a los modelos de intención (Bird, 1988; Katz, 1988; Krueger & Carsrud, 1993; Krueger et al., 2000).

Hasta la fecha, muchos estudios se han realizado sobre la intención empresarial, en base a un gran número de modelos teóricos, como el Modelo de Evento Empresarial (Shapero, 1975; Shapero & Sokol, 1982), Modelo Interactivo de Aplicación de Ideas Empresariales (Bird, 1988), la Maximización de la Utilidad Esperada (Douglas & Shepherd, 2002), y la Teoría de la Acción Planificada (TAP; Ajzen, 1991).

La TAP se ha convertido en el marco teórico más frecuentemente utilizado en los estudios recientes sobre la intención empresarial (Audet, 2004; Autio, Keeley, Klofsten, Parker & Hay, 2001; Chen, Greene & Crick, 1998; Erikson, 1999; Fayolle & DeGeorge, 2006; Fayolle et al., 2006; Frese, van Gelderen & Ombach, 2000; Kickul & Zaper, 2000; Kolvereid, 1996; Kolvereid & Isaksen, 2006; Krueger, 1993, 2007; Krueger & Brazeal, 1994; Krueger & Carsrud, 1993; Krueger et al., 2000; S. H. Lee & Wong, 2004; Moriano,

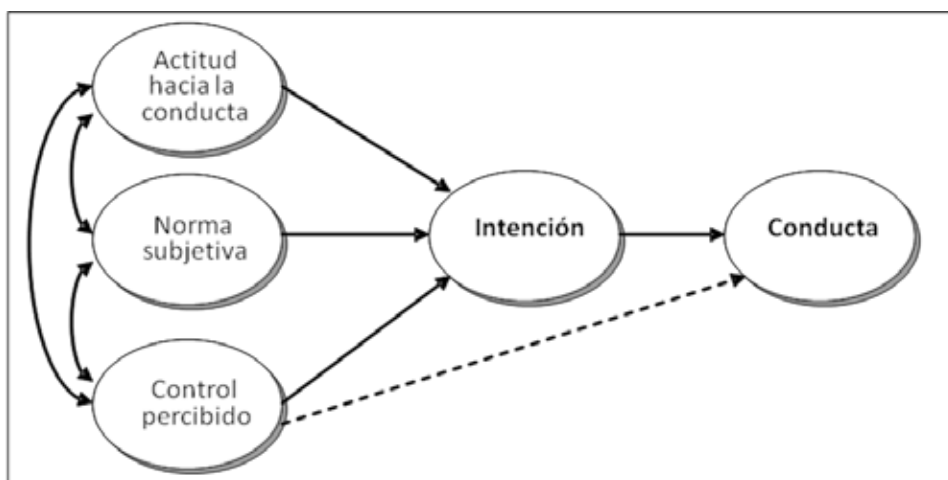


Palací & Morales, 2007; Peterman & Kennedy, 2003; Reitan, 1998; Tkachev & Kolvereid, 1999; Veciana, Aponte & Urbano, 2005; Zhao, Hills & Siebert, 2005). El panorama general que surge de estos estudios es que la intención de crear una empresa se ve influida por determinadas creencias, que pueden agruparse en tres categorías (Ajzen, 1991, 2001):

- a) Las actitudes personales hacia la creación de empresas. Se refiere a si la persona tiene una percepción positiva o negativa acerca de este comportamiento (nivel de atracción hacia la iniciativa empresarial). Por lo tanto, una actitud positiva hacia la creación de empresas dará lugar a una mayor intención emprendedora.
- b) La norma subjetiva. Consiste en la presión social percibida para llevar a cabo, o no, conductas empresariales. Este concepto incluye modelos de conducta o apoyo de los padres, así como opiniones de otras personas importantes para el individuo. Una norma subjetiva más positiva acerca de convertirse en empresario llevará a una mayor intención de hacerlo.
- c) Control percibido (autoeficacia). Es la percepción sobre la capacidad para realizar con éxito determinados comportamientos específicos encaminados a la creación de una empresa. Un alto sentido de la autoeficacia determinará una mayor probabilidad de tomar la decisión de iniciar un proceso empresarial.

Estas creencias personales percibidas son los predictores más importantes de las intenciones empresariales. Además, según la TAP, la intención y el control percibido sobre el comportamiento son los únicos factores que predicen el comportamiento real, dado que la conducta emprendedora está realmente bajo el control de la persona que está tratando de llevarla a cabo (ver Figura 1).

**Figura 1. Teoría de la Acción Planificada**



Fuente: Ajzen (1991)



La diferencia fundamental entre la TAP y los otros modelos mencionados anteriormente radica en el papel de la norma subjetiva, es decir, de la percepción personal del individuo sobre la presión social para actuar de modo emprendedor, creando una empresa, o para no hacerlo (Ajzen, 1991). Esta presión puede llegar a ser un impulso o una barrera para el desarrollo de una carrera empresarial, en función del entorno social y su influencia en las creencias del individuo.

## Entorno y espíritu emprendedor

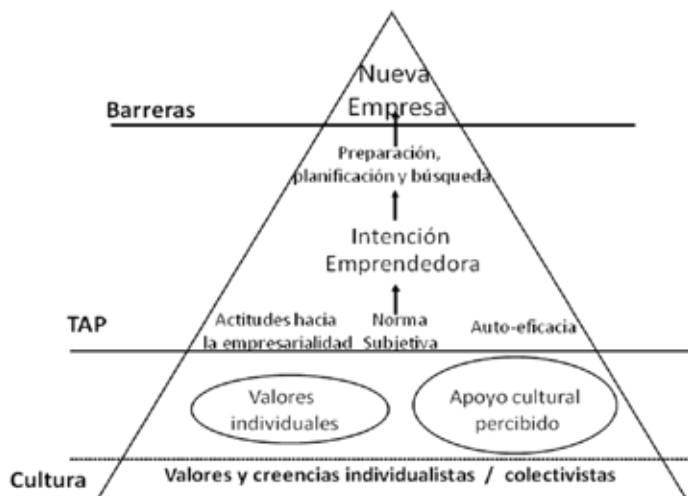
Es ampliamente aceptado por los investigadores que el entorno tiene una influencia importante en el emprendedor y su proyecto (Ajzen, 1991; Gartner, 1989; Timmons, 1989). Por esta razón, Bygrave & Minniti (2000) subrayan la necesidad de centrarse no sólo en el contexto económico, sino también en el contexto social y cultural. La Figura 2 se ha elaborado para representar las variables ambientales más relevantes a considerar en el proceso de creación de empresas:

- **Capital Social.** Se refiere a las relaciones sociales que tienen las personas. Las características y la intensidad de estas relaciones puede determinar la intención de crear una empresa (Johannisson, 1991; Johannisson, Ramirez-Pasillas & Karlsson, 2002; Liñán & Santos, 2007). En este sentido, Naphiet & Ghoshal (1998), consideran muy importante la dimensión cognitiva del capital social. Ésta contribuye a que las personas den sentido a la información y la clasifiquen en categorías perceptuales. En particular, el capital social cognitivo proporciona un lenguaje o vocabulario común, y narraciones comunes, que a su vez influyen en las percepciones y la intención hacia la actividad emprendedora (R. Lee & Jones, 2008).
- **Los valores culturales.** Se han identificado cuatro tipos o dimensiones de los valores que permitirían caracterizar las diferentes culturas (Hofstede, 1980, 1991): distancia al poder, aversión a la incertidumbre, individualismo-colectivismo, y masculinidad-feminidad. McGrath, MacMillan, y Adams (1992) sostienen que los empresarios individuales tienden a presentar ciertos niveles de estas dimensiones: alta distancia al poder (PDI+), baja aversión a la incertidumbre (UAV-), individualismo elevado (IND+) y masculinidad alta (MAS+). Busenitz & Lau (1996) transfieren estos supuestos al nivel nacional, sugiriendo que las culturas con predominio de estos valores favorecen la actividad empresarial de sus miembros. Mueller et al. (2002) comparte esta opinión, excepto por el índice de PDI. Así, las culturas con una baja distancia al poder (PDI-) favorecerían el espíritu empresarial (Liñán & Chen, 2009).

Las sociedades individualistas hacen hincapié en los valores que sirven al “yo”, tales como el hedonismo, la independencia o el logro personal. Mientras, el colectivismo hace hincapié en los valores que sirven al grupo mediante la subordinación de las metas personales en aras de la preservación de la integridad del grupo, la interdependencia de los miembros y las relaciones armoniosas (Triandis, 1995; Triandis, Bontempo, Villareal, Asai & Lucca, 1988). Morris, David y Allen (1994) sugieren



**Figura 2. Determinantes del Comportamiento Empresarial**



que las culturas individualistas fomentan un mayor sentido de la responsabilidad personal para establecer cambios innovadores y resultados en función del rendimiento. Por el contrario, aquellas sociedades con una fuerte orientación cultural colectivista no crearían unas condiciones favorables para la actividad emprendedora, porque el colectivismo tendería a resistirse a los cambios radicales. Las sociedades colectivistas se resistirían a la considerable cantidad de conflictos que son frecuentemente necesarios para poner en práctica nuevas ideas innovadoras. Davidsson y Wiklund (1997) encontraron una relación positiva, para el caso de seis diferentes regiones de Suecia, entre las tasas de nuevas empresas y ciertos valores asociados con la cultura individualista, como la autonomía, la orientación al cambio y la competitividad.

- Los valores individuales. Según Schwartz (1990), los valores dan forma a las metas motivacionales de la persona. Schwartz propone una estructura circular de valores (véase la Figura 3) que representa las relaciones dinámicas entre los valores de acuerdo a los principios de la compatibilidad y la contradicción lógica. A raíz de esta estructura circular, la búsqueda de valores adyacentes (por ejemplo, el poder y el logro, o la estimulación y la auto-dirección), es compatible, mientras que la búsqueda de valores opuestos (por ejemplo, el poder y el universalismo) generaría un conflicto (Schwartz, 1999; Schwartz, Melech, Lehmann, Burgess & Harris, 2001)) Los diez tipos de valores propuestos por Schwartz se agrupan dentro de las dimensiones del individualismo y el colectivismo. Así, las personas individualistas destacan el poder, el logro, el hedonismo, la estimulación y la auto-dirección, mientras que las colectivistas tienden a dar más importancia a la benevolencia, la tradición y la conformidad. Por último, el universalismo y la seguridad sería un tipo mixto de valores que se pueden encontrar en cualquiera de las dos dimensiones.

Figura 3. Estructura de motivación del sistema de valores



Fuente: Schwartz (1990)

En cuanto al estudio de los valores de los emprendedores, existen muy pocos trabajos hasta la fecha. Sin embargo, los pocos estudios que se han llevado a cabo indican una relación significativa entre ciertos valores de carácter individualista y el comportamiento empresarial. Así, Kecharananta y Baker (1999) encontraron diferencias significativas entre los valores de empresarios y empleados tailandeses utilizando el instrumento SYMLOG (Polley, Hare & Stone, 1988). En concreto, los empresarios obtuvieron calificaciones más altas en el individualismo, la independencia y la resistencia a la autoridad. Asimismo, en un estudio exploratorio llevado a cabo en España, Moriano, Palací y Trejo (2001) observaron una tendencia de los empresarios a inspirarse en valores individualistas, como el hedonismo (es decir, placer y disfrute de la vida).

### Objetivos del proyecto

El estudio de las variables identificadas anteriormente se llevará a cabo a través de métodos de encuesta. En este sentido, el proyecto VIE elaborará un cuestionario para estudiar los valores, las motivaciones y las intenciones de los empresarios potenciales. Se utilizarán dos grupos distintos de empresarios potenciales. En primer lugar, los recién graduados han demostrado tener mayores tasas de actividad emprendedora (Reynolds, Bygrave, Autio & Hay, 2002; Reynolds, Carter, Gartner & Greene, 2004). Por esta razón, se puede esperar que los recién titulados o los estudiantes de último año de universidad presenten un mayor potencial empresarial (Liñán & Chen, 2009).



En segundo lugar, se ha creado recientemente una amplia gama de organismos de apoyo a emprendedores, tanto a nivel nacional, como regional y local. Los individuos que se acercan a estas agencias demuestran un interés explícito en la creación de una empresa y, por tanto, pueden considerarse como empresarios potenciales (Thompson, 2009). Se puede argumentar, sin embargo, que la búsqueda de información es ya una actividad específica de creación empresarial y, por tanto, los que la realicen deben ser considerados como empresarios nacies (Honig & Karlsson, 2004; P. Mueller, 2006). Por el contrario, otros autores sostienen que no se puede establecer un límite nítido entre los empresarios potenciales y los nacies, ya que ambos son parte de un proceso continuo (Shook, Priem & Mcgee, 2003). Así, una primera visita a estas agencias implicaría un mayor potencial, pero no podría ser considerado como una actividad de creación. Según Brännback, Krueger, Carsrud, Kickul & Elfving (2007), ese primer contacto indicaría una “intención de implementación”, en lugar de la más general y menos concreta “intención-meta”.

La encuesta sobre estos dos grupos de empresarios potenciales será el elemento central del proyecto VIE. Como se ha mencionado anteriormente, el objetivo general de este proyecto es analizar el papel de los factores psicosociales, culturales y socioeconómicos de la configuración de las intenciones empresariales de los individuos. Este objetivo general se alcanzará, a su vez, a través de la consecución de cinco objetivos específicos:


### **1. Analizar las diferencias regionales en España respecto a la intención empresarial de sus empresarios potenciales.**

Las estadísticas oficiales y los resultados del Global Entrepreneurship Monitor en España muestran la existencia de disparidades significativas en las tasas de población empresarial de cada región (De la Vega, Coduras, Cruz & Justo, 2007). Sin embargo, aunque el cuestionario GEM incluye algunos elementos cognitivos (Reynolds et al., 2005), no permite un análisis exhaustivo de las variables perceptuales, ya que no incluye todas las variables relevantes consideradas en la literatura (Ajzen, 1991; Kolvereid & Isaksen, 2006; Krueger et al., 2000).

Por lo tanto, las muestras obtenidas de las diferentes regiones de España servirán para realizar un primer estudio exhaustivo sobre los niveles de la intención empresarial de cada región, así como sobre la configuración específica de esa intención. Estos resultados se comparan con otros datos de diferentes fuentes, tales como el porcentaje de nuevas empresas creadas en cada región, o el nivel de utilización de los servicios de apoyo empresarial.

### **2. Estudiar el papel desempeñado por las creencias y valores individuales en la formación de la intención empresarial.**

El cuestionario VIE incluirá una o varias de las escalas de medición de creencias y valores más generalmente aceptadas, como el Cuestionario de Valores Personales (Schwartz,



1999). A nivel individual, las creencias y valores constituyen el “marco de referencia” para evaluar situaciones y acciones. Cada persona tiene su propio conjunto de valores, por lo que podremos estudiar su influencia sobre las distintas percepciones e intenciones empresariales.

Según la literatura, los valores individualistas deben estar positivamente asociados con la intención empresarial. El proyecto VIE servirá para confirmar este resultado. Además, también permitirá entender mejor qué valores individuales son los que afectan a cada uno de los antecedentes motivacionales de la intención, lo que explica los mecanismos mediante los cuales los valores afectan a la intención.

### **3. Examinar la influencia de las variables socio-económicas regionales en la intención empresarial.**

Una gran cantidad de trabajos analizan la influencia de las variables socioeconómicas sobre el comportamiento emprendedor. La relación en forma de U entre el nivel de desarrollo económico y la actividad empresarial es un ejemplo (Wennekers, van Stel, Thurik & Reynolds, 2005). Del mismo modo, los niveles de desempleo, la tasa de empleo, la estructura y la especialización productivas, entre otras variables, pueden tener un efecto sobre la intención de creación de empresas (Reynolds, 1997). Sin embargo, la medida en la que estas variables macroeconómicas afectan directamente a la creación de empresas (reducción de las oportunidades, elevación de las barreras...), o lo hacen a través de su efecto sobre las intenciones (reducción de la voluntad de las personas y de la percepción subjetiva de la capacidad para iniciar una empresa) aún no está establecido. En este sentido, el proyecto VIE podría arrojar algo de luz sobre la materia.

Las variables socio-económicas incluidas en el análisis también pueden servir como variables de control para comprobar el efecto de la cultura en la intención empresarial. Como Hofstede et al. (2004) sugieren, no está claro si las distintas culturas impulsan a crear empresas a los individuos “integrados” o a los “insatisfechos”. Liñán y Chen (2009) sugieren que puede depender de las circunstancias económicas. Mediante la comparación de las diferentes regiones con diferentes situaciones socioeconómicas, el proyecto puede ayudar a resolver esta cuestión.

En España, las estadísticas oficiales muestran la existencia de importantes disparidades regionales en los niveles de ingreso, las tasas de crecimiento económico, el empleo y el desempleo, la educación, la estructura por edades, etc. Mediante el estudio de diferentes regiones, es posible analizar de qué modo influyen los niveles de estas variables en las percepciones y las intenciones hacia la actividad emprendedora.

### **4. Analizar la relación entre la cultura regional y el nivel de la actividad empresarial.**

Se ha justificado anteriormente que el entorno social y cultural en que viven los individuos puede ejercer una influencia sobre sus decisiones y comportamientos. Dado que



la cultura ha sido considerada como la “programación colectiva de la mente” (Hofstede, 1991), la agregación de los valores individuales representará los valores culturales regionales prevalentes en cada región.

Esta caracterización de la cultura de cada región se utilizará para ayudar a explicar las diferencias en las percepciones e intenciones. Además, también se evaluará el nivel de congruencia entre los valores individuales y la cultura regional, y su efecto sobre la intención empresarial. Según los registros oficiales o la información proporcionada por los informes regionales GEM, existen diferencias significativas en la tasa de creación de empresas entre las regiones españolas. En este sentido, también se evaluará el efecto de la cultura regional sobre las tasas regionales de actividad empresarial.

### **5. Sentar las bases para la futura creación de un panel de datos y un observatorio de intenciones empresariales en España.**

La base de datos obtenida será suficientemente importante para permitir un estudio muy detallado de corte transversal. Sin embargo, se necesita un estudio longitudinal para analizar la transición de la intención a la acción. El marco temporal de este proyecto no permite tal estudio. Sin embargo, el cuestionario, trabajo de campo y el procesamiento de la información será diseñada y realizada a fin de permitir la realización de nuevos estudios sobre estos temas. En particular, se prevé la creación de un portal Web que servirá para dar visibilidad al proyecto y sus resultados. Por lo tanto, será posible utilizar este portal para la publicación y difusión de datos periódicos sobre la intención empresarial en las diversas regiones españolas. Así, este conjunto de datos permitirá la difusión de resultados como un observatorio, permitiendo que dicha información esté disponible para los investigadores, responsables políticos y empresarios potenciales y reales.

### **Organización de las actividades**

El proyecto VIE está organizado alrededor de tres fases principales: desarrollo de un cuestionario, recopilación y análisis de datos y resultados. Prevemos que la primera fase del proyecto (preparación del cuestionario, identificación de la población objetivo y selección de la muestra) se extenderá durante el primer año del estudio. La muestra debe consistir en lo que los investigadores en este área llaman “empresarios potenciales”. Las tareas 2, 3, 4, 5 y 6 de la Tabla 1 se incluirán en esta primera etapa del proyecto. En particular, varios expertos nacionales en investigación empresarial serán consultados para tratar de garantizar la validez del contenido de las escalas utilizadas, así como la coherencia del instrumento completo.

Posteriormente, nos centraremos en la obtención y registro de datos. Estas tareas se desarrollarán principalmente durante el segundo año. Se llevará a cabo un estudio piloto para comprobar la aplicabilidad del cuestionario. Dentro de esta fase, se seleccionará a las regiones donde llevar a cabo el trabajo de campo, en base a sus características culturales y socioeconómicas. Con este fin, el criterio fundamental será la existencia de

características diferenciales que sean potencialmente interesantes para el proyecto. Las tareas 7, 8 y 9 se incluyen en esta segunda fase.

Por último, el tercer año del proyecto se dedicará al análisis y difusión de los resultados obtenidos. Este proyecto da gran importancia a la difusión de los resultados. Esto incluye, por supuesto, la preparación de artículos para revistas internacionales, y las comunicaciones a congresos internacionales de prestigio. Sin embargo, la vocación del proyecto VIE es tener un impacto a más largo plazo que los tres años de su aplicación. Por esta razón, también incluye el diseño y organización de actividades de formación, basado en los resultados obtenidos. En particular, se incluye la organización de un seminario intensivo de capacitación para estudiantes de doctorado de distintas universidades europeas, como parte de las actividades de difusión. Además, el proyecto pondrá en marcha un portal en Internet para dar a conocer sus resultados, que también servirá como un recurso a disposición de los investigadores en el área. Este portal Web pretende convertirse en la base para el desarrollo del observatorio de intenciones empresariales que se llevará a cabo después de que el proyecto VIE en sí concluya.

**Tabla 1. Programación del proyecto**

Actividades/Tareas	Primer año				Segundo año				Tercer año			
	T1	T2	T3	T4	T1	T2	T3	T4	T1	T2	T3	T4
1. Gestión de proyecto: coordinación del equipo de trabajo y de las actividades, gestión del presupuesto	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
2. Revisión de la literatura	X											
3. Construcción y/o adaptación del cuestionario a las características del proyecto		X										
4. Consulta a expertos sobre la idoneidad y aplicabilidad del cuestionario elaborado			X									
5. Preparación del cuestionario definitivo				X								
6. Identificación de la población objetivo: contacto con los centros de apoyo a emprendedores y COIEs de las universidades				X								
7. Estudio piloto sobre una muestra de emprendedores potenciales. Análisis de las respuestas y posible revisión del cuestionario					X							
8. Recopilación de datos. Trabajo de campo sobre muestras representativas en las diferentes regiones						X	X					
9. Grabación y depuración de los datos							X	X				
10. Análisis de resultados. Análisis estadístico según el modelo teórico. Interpretación de resultados								X	X	X		
11. Difusión de los resultados. Artículos y comunicaciones, seminario internacional de formación, portal de Internet				X		X	X		X	X	X	
12. Reuniones de coordinación	X			X				X			X	
13. Evaluación y seguimiento. Preparación de informes intermedios y finales				X	X			X	X			X



## Consideraciones finales

Este trabajo ha tenido como finalidad presentar los objetivos, el marco teórico y la metodología de un proyecto que estudia la influencia de las diferencias regionales y culturales sobre las intenciones empresariales en España. Este proyecto espera ser capaz de profundizar en los aspectos psicosociales, socioeconómicos y culturales que condicionan las intenciones emprendedoras, y contribuir así a la creciente literatura sobre este tema que se ha examinado en este documento. La teoría sugiere que los valores culturales contribuyen a la configuración de las preferencias individuales y las actitudes, que a su vez, determinan la intención. Del mismo modo, el grado de compatibilidad entre los valores individuales y los que prevalecen en la región puede ser relevante en la determinación de las conductas seguidas. Por último, la situación socioeconómica en el entorno de la persona también podría ser relevante para explicar no sólo el nivel de la intención empresarial, sino también la forma en que los valores culturales afectan a esa intención. Sin embargo, todavía hay un alto nivel de ignorancia sobre las formas específicas en que se ejercen estas influencias. Estamos seguros de que los resultados del proyecto VIE arrojarán luz sobre estas cuestiones.

Además, creemos que los resultados del proyecto VIE podrían tener una aplicación práctica muy importante para lograr un mejor diseño de las iniciativas de promoción del espíritu emprendedor y los programas de educación para emprendedores. Una vez conocida la influencia que ejercen los valores y los factores socioeconómicos sobre la intención empresarial, será posible explicar por qué algunas sociedades tienen un mayor interés en la actividad empresarial. Surge, entonces, la posibilidad de diseñar intervenciones dirigidas específicamente a la modificación de algunos de esos elementos. En particular, el papel de la educación emprendedora podría ser muy relevante (Liñán, 2007; Moriano, Gorgievski & Lukes, 2008).

Por otra parte, consideramos este proyecto como un punto de partida para futuras investigaciones. Por un lado, nos gustaría profundizar en la influencia de los valores culturales sobre la decisión de creación de empresas y sobre la orientación emprendedora de los empresarios en activo. Para lograrlo, la base de datos obtenida en este proyecto será de gran utilidad, ya que incluirá información de contacto que nos permitirá hacer un seguimiento de los empresarios potenciales a lo largo de los siguientes pasos del proceso empresarial. Por otro lado, podrían realizarse comparaciones entre los distintos países siguiendo este marco conceptual. En este sentido, estamos abiertos a futuras colaboraciones con otros investigadores en un posible proyecto internacional para explorar la influencia de las identidades culturales sobre las intenciones empresariales de los Estados miembros de la UE o en un contexto internacional más amplio.




## Bibliografía

- Ajzen, I. (1991). "The Theory of Planned Behavior". *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 50(2), 179-211.
- Ajzen, I. (2001). "Nature and operation of attitudes". *Annual Review of Psychology*, 52, 27-58.
- Aldrich, H. E., & Wiedenmayer, G. (1993). "From traits to rates: an ecological perspective on organizational foundings". In J. Katz & R. Brockhaus (Eds.), *Advances in Entrepreneurship, Firm Emergence and Growth* (Vol. 1, pp. 145-195), JAI Press, Greenwich, CT.
- Audet, J. (2004). "A longitudinal study of the entrepreneurial intentions of university students". *Academy of Entrepreneurship Journal*, 10(1), 3-16.
- Audretsch, D. B. (2002). *Entrepreneurship : determinants and policy in a European-US comparison*, Kluwer Academic Publishers, Boston.
- Audretsch, D. B., Keilbach, M. C., & Lehmann, E. (2006). *Entrepreneurship and economic growth*, Oxford University Press, New York, Oxford.
- Autio, E., Keeley, R. H., Klofsten, M., Parker, G. G. C., & Hay, M. (2001). "Entrepreneurial intent among students in Scandinavia and in the USA". *Enterprise and Innovation Management Studies*, 2(2), 145-160.
- Baron, R. A. (2004). "The cognitive perspective: a valuable tool for answering entrepreneurship's basic "why" questions". *Journal of Business Venturing*, 19(2), 221-239.
- Baum, J. R., Frese, M., & Baron, R. A. (2007). *The Psychology of Entrepreneurship*, Lawrence Erlbaum, New Jersey.
- Bird, B. (1988). "Implementing entrepreneurial ideas: the case for intention". *Academy of Management Review*, 13, 442-453.
- Brännback, M., Krueger, N. F., Jr., Carsrud, A. L., Kickul, J., & Elfving, J. (2007). 'Trying' to be an Entrepreneur? A 'Goal-Specific' Challenge to the Intentions Model, SSRN.
- Busenitz, L. W., & Lau, C. M. (1996). "A cross-cultural cognitive model of new venture creation". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 20(4), 25-39.
- Bygrave, W. D., & Minniti, M. (2000). "The Social Dynamics of Entrepreneurship". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 24(3), 25-36.
- Chen, C. C., Greene, P. G., & Crick, A. (1998). "Does entrepreneurial self-efficacy distinguish entrepreneurs from managers?" *Journal of Business Venturing*, 13(4), 295-316.
- Davidsson, P. (1995). "Culture, structure and regional levels of entrepreneurship". *Entrepreneurship and Regional Development*, 7(1), 41-62.
- Davidsson, P., & Honig, B. (2003). "The role of social and human capital among nascent entrepreneurs". *Journal of Business Venturing*, 18(3), 301-331.
- Davidsson, P., & Wiklund, J. (1997). "Values, beliefs and regional variations in new firm formation rates". *Journal of Economic Psychology*, 18(2-3), 179-199.
- De la Vega, I., Coduras, A., Cruz, C., & Justo, R. (2007). *Informe Ejecutivo GEM España 2006*, Instituto de Empresa, Madrid.




- Douglas, E. J., & Shepherd, D. A. (2002). "Self-Employment as a Career Choice: Attitudes, Entrepreneurial Intentions, and Utility Maximization". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 26(3), 81-90.
- Erikson, T. (1999). "A study of entrepreneurial career choices among MBAs - The extended Bird model". *Journal of Enterprising Culture*, 7(1), 1-17.
- European Commission. (2003). *Green Paper - Entrepreneurship in Europe*, DG Enterprise. European Commission, Brussels.
- Fayolle, A., & DeGeorge, J.-M. (2006). "Attitudes, intentions, and behaviour: New approaches to evaluating entrepreneurship education". In A. Fayolle & H. Klandt (Eds.), *International Entrepreneurship Education. Issues and Newness* (pp. 74-89), Edward Elgar, Cheltenham (UK).
- Fayolle, A., Gailly, B., & Lassas-Clerc, N. (2006). "Assessing the impact of entrepreneurship education programmes: a new methodology". *Journal of European Industrial Training*, 30(9), 701-720.
- Frese, M., van Gelderen, M., & Ombach, M. (2000). "How to plan as a small scale business owner: Psychological process characteristics of action strategies and success". *Journal of Small Business Management*, 38(2), 1-18.
- García-Cabrera, A. M., & García-Soto, M. G. (2008). "Cultural differences and entrepreneurial behaviour: an intra-country cross-cultural analysis in Cape Verde". *Entrepreneurship and Regional Development*, 20(5), 451-483
- Gartner, W. B. (1989). "'Who is an entrepreneur?' is the wrong question". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 13(4), 47-68.
- Gartner, W. B., Shaver, K. G., Gatewood, E. J., & Katz, J. (1994). "Finding the entrepreneur in entrepreneurship". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 18(3), 5-10.
- Guzman, J., & Santos, F. J. (2001). "The booster function and the entrepreneurial quality: an application to the province of Seville". *Entrepreneurship and Regional Development*, 13(3), 211-228.
- Hayton, J. C., George, G., & Zahra, S. A. (2002). "National culture and entrepreneurship: a review of behavioral research". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 26(4), 33-52.
- Hofstede, G. (1980). *Culture's consequences: international differences in work-related values*, Sage Publications, Beverly Hills.
- Hofstede, G. (1991). *Cultures and organizations: software of the mind*, McGraw-Hill, London.
- Hofstede, G. (2003). *Culture's consequences: comparing values, behaviors, institutions and organizations across nations* (2nd edition ed.), Sage Publications, Newbury Park.
- Hofstede, G., Noorderhaven, N., Thurik, A. R., Uhlaner, L. M., Wennekers, A. R. M., & Wildeman, R. E. (2004). "Culture's role in entrepreneurship: self-employment out of dissatisfaction". In T. E. Brown & J. M. Ulijn (Eds.), *Innovation, entrepreneurship and culture* (pp. 162-203), Edward Elgar, Cheltenham.
- Honig, B., & Karlsson, T. (2004). "Institutional forces and the written business plan". *Journal of Management*, 30(1), 29-48.
- Inglehart, R. (1997). *Modernization and Postmodernization*, Princeton University Press, Princeton.

- 
- Johannisson, B. (1991). "University training for entrepreneurship: Swedish approaches". *Entrepreneurship and Regional Development*, 3(1), 67-82.
- Johannisson, B., Ramirez-Pasillas, M., & Karlsson, G. (2002). "The institutional embeddedness of local inter-firm networks: a leverage for business creation". *Entrepreneurship and Regional Development*, 14(4), 297-315.
- Katz, J. A. (1988). "Entrepreneurship Researchers and Research Entrepreneurs - Problems in the Equitable Sharing of Research Data". *Journal of Business Venturing*, 3(2), 89-95.
- Kecharananta, K., & Baker, H. G. (1999). "Capturing Entrepreneurial Values". *Journal of Applied Social Psychology*, 29(4), 820-833.
- Kickul, J., & Zaper, J. A. (2000). "Untying the knot: do personal and organizational determinants influence entrepreneurial intentions?" *Journal of Small Business and Entrepreneurship*, 15(3), 57-77.
- Kolvereid, L. (1996). "Prediction of employment status choice intentions". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 21(1), 47-57.
- Kolvereid, L., & Isaksen, E. (2006). "New business start-up and subsequent entry into self-employment". *Journal of Business Venturing*, 21(6), 866-885.
- Krueger, N. F. (1993). "The impact of prior entrepreneurial exposure on perceptions of new venture feasibility and desirability". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 18(1), 5-21.
- Krueger, N. F. (2007). "What lies beneath? The experiential essence of entrepreneurial thinking". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 31(1), 123-138.
- Krueger, N. F., & Brazeal, D. V. (1994). "Entrepreneurial potential and potential entrepreneurs". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 19(3), 91-104.
- Krueger, N. F., & Carsrud, A. L. (1993). "Entrepreneurial intentions: applying the theory of planned behavior". *Entrepreneurship and Regional Development*, 5(4), 315-330.
- Krueger, N. F., Reilly, M. D., & Carsrud, A. L. (2000). "Competing models of entrepreneurial intentions". *Journal of Business Venturing*, 15(5-6), 411-432.
- Lee, R., & Jones, O. (2008). "Networks, Communication and Learning during Business Start-Up: The Creation of Cognitive Social Capital". *International Small Business Journal*, 26(5), 559-594.
- Lee, S. H., & Wong, P. K. (2004). "An exploratory study of technopreneurial intentions: a career anchor perspective". *Journal of Business Venturing*, 19(1), 7-28.
- Liñán, F. (2007). "The Role of Entrepreneurship Education in the Entrepreneurial Process". In A. Fayolle (Ed.), *Handbook of Research in Entrepreneurship Education* (Vol. 1, pp. 230-247), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK.
- Liñán, F., & Chen, Y. W. (2009). "Development and cross-cultural application of a specific instrument to measure entrepreneurial intentions". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 33(3), 593-617.
- Liñán, F., & Santos, F. J. (2007). "Does social capital affect entrepreneurial intentions?" *International Advances in Economic Research*, 13(4), 443-453.
- Mcgrath, R. G., & MacMillan, I. C. (1992). "More Like Each Other Than Anyone Else - a Cross-Cultural-Study of Entrepreneurial Perceptions". *Journal of Business Venturing*, 7(5), 419-429.



- Mcgrath, R. G., MacMillan, I. C., & Scheinberg, S. (1992). "Elitists, Risk-Takers, and Rugged Individualists - an Exploratory Analysis of Cultural-Differences between Entrepreneurs and Non-Entrepreneurs". *Journal of Business Venturing*, 7(2), 115-135.
- Mitchell, R. K., Smith, B., Seawright, K. W., & Morse, E. A. (2000). "Cross-cultural cognitions and the venture creation decision". *Academy of Management Journal*, 43(5), 974-993.
- Moriano, J. A., Gorgievski, M., & Lukes, M. (2008). *Teaching psychology of entrepreneurship. Perspectives from six European countries*, UNED, Madrid.
- Moriano, J. A., Palací, F. J., & Morales, J. F. (2007). "The Psychosocial Profile of the University Entrepreneur". *Psychology in Spain*, 11, 72-84.
- Moriano, J. A., Palací, F. J., & Trejo, E. (2001). "El perfil psicosocial del emprendedor: un estudio desde la perspectiva de los valores". *Revista de Psicología Social*, 16(2), 229-242.
- Morris, M. H., Davis, D. L., & Allen, J. (1994). "Fostering corporate entrepreneurship: cross-cultural comparisons of the importance of individualism versus collectivism". *Journal of International Business Studies*, 25(1), 65-89.
- Mueller, P. (2006). "Entrepreneurship in the region: Breeding ground for nascent entrepreneurs?" *Small Business Economics*, 27(1), 41-58.
- Mueller, S. L., & Thomas, A. S. (2001). "Culture and entrepreneurial potential: A nine country study of locus of control and innovativeness". *Journal of Business Venturing*, 16(1), 51-75.
- Mueller, S. L., Thomas, A. S., & Jaeger, A. M. (2002). "National entrepreneurial potential: the role of culture, economic development and political history". In M. A. Hitt & J. L. C. Cheng (Eds.), *Managing Transnational Firms: Resources, Market Entry and Strategic Alliances* (Vol. 14, pp. 221-257), JAI Press, Amsterdam.
- Naphiet, J., & Ghoshal, S. (1998). "Social Capital, Intellectual Capital, and Organizational Advantage". *Academy of Management Review*, 23, 242-266.
- OECD. (1998). *Fostering entrepreneurship*, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris.
- Parker, S. C. (2004). *The economics of self-employment and entrepreneurship*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Peterman, N. E., & Kennedy, J. (2003). "Enterprise education: Influencing students' perceptions of entrepreneurship". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 28(2), 129-144.
- Polley, R. B., Hare, A. P., & Stone, P. J. (Eds.). (1988). *The SYMLOG practitioner*. New York: Praeger.
- Reitan, B. (1998). *Perspectives on new venture creation. The stimulation of entrepreneurial potential and new venture attempts among young people*. Unpublished Doctoral Dissertation, The Norwegian University of Science and Technology, Department of Social Sciences and Technology Management, Trondheim, Norway.
- Reynolds, P. D. (1997). "Who starts new firms? - Preliminary explorations of firms-in-gestation". *Small Business Economics*, 9(5), 449-462.
- Reynolds, P. D., Bosma, N., Autio, E., Hunt, S., De Bono, N., Servais, I., et al. (2005). "Global Entrepreneurship Monitor: Data Collection Design and Implementation 1998-2003". *Small Business Economics*, 24(3), 205-231.

- 
- Reynolds, P. D., Bygrave, W., Autio, E., & Hay, M. (2002). *Global Entrepreneurship Monitor. 2002 summary report*, Ewin Marion Kauffman Foundation, Kansas City.
- Reynolds, P. D., Carter, N. M., Gartner, W. B., & Greene, P. G. (2004). "The prevalence of nascent entrepreneurs in the United States: Evidence from the panel study of entrepreneurial dynamics". *Small Business Economics*, 23(4), 263-284.
- Sackmann, S. A., & Phillips, M. E. (2004). "Contextual Influences on Culture Research: Shifting Assumptions for New Workplace Realities". *International Journal of Cross Cultural Management*, 4(3), 370-390.
- Schwartz, S. H. (1990). "Individualism-Collectivism. Critique and proposed refinements". *Journal of cross-cultural psychology*, 21(2), 139-157.
- Schwartz, S. H. (1999). "Cultural value differences: some implications for work". *Applied Psychology: An International Review*, 48, 23-48.
- Schwartz, S. H., Melech, G., Lehmann, A., Burgess, S., & Harris, M. (2001). "Extending the cross-cultural validity of the theory of basic human values with a different method of measurement". *Journal of Cross-Cultural Psychology*, 32(5), 519-542.
- Shane, S., Kolvereid, L., & Westhead, P. (1991). "An Exploratory Examination of the Reasons Leading to New Firm Formation across Country and Gender". *Journal of Business Venturing*, 6(6), 431-446.
- Shane, S., & Venkataraman, S. (2000). "The promise of entrepreneurship as a field of research". *Academy of Management Review*, 25(1), 217-226.
- Shapiro, A. (1975). "Displaced, Uncomfortable Entrepreneur". *Psychology Today*, 9(6), 83-&.
- Shapiro, A., & Sokol, L. (1982). "Social dimensions of entrepreneurship". In C. A. Kent, D. L. Sexton & K. H. Vesper (Eds.), *Encyclopedia of entrepreneurship* (pp. 72-90), Prentice Hall, Englewood Cliffs (NJ).
- Shaver, K. G., & Scott, L. R. (1991). "Person, process, choice: the psychology of new venture creation". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 16(2), 23-45.
- Shook, C. L., Priem, R. L., & Mcgee, J. E. (2003). "Venture creation and the enterprising individual: a review and synthesis". *Journal of Management*, 29(3), 379-399.
- Thompson, E. R. (2009). "Individual entrepreneurial intent: construct clarification and development of an internationally reliable metric". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 33(3), 669-694.
- Timmons, J. A. (1989). *The entrepreneurial mind*, Brick House, Andover, Ma.
- Tkachev, A., & Kolvereid, L. (1999). "Self-employment intentions among Russian students". *Entrepreneurship and Regional Development*, 11(3), 269-280.
- Triandis, H. C. (1995). *Individualism & collectivism*, Westview, Boulder, Colo ; Oxford.
- Triandis, H. C., Bontempo, R., Villareal, M. J., Asai, M., & Lucca, N. (1988). "Individualism and collectivism: cross-cultural perspectives on self-ingroup relationships". *Journal of Personality and Social Psychology*, 54(2), 323-338.
- Veciana, J. M., Aponte, M., & Urbano, D. (2005). "University students' attitudes towards entrepreneurship: a two countries comparison". *International Entrepreneurship and Management Journal*, 1(2), 165-182.



- Wennekers, A. R. M., van Stel, A., Thurik, A. R., & Reynolds, P. D. (2005). "Nascent Entrepreneurship and the Level of Economic Development". *Small Business Economics*, 24(3), 293-309.
- Westall, A., Ramsden, P., & Foley, J. (2000). *Micro-entrepreneurs: creating enterprising communities*, Institute for Public Policy Research and New Economic Foundation, London.
- Zhao, H., Hills, G. E., & Siebert, S. E. (2005). "The mediating role of self-efficacy in the development of entrepreneurial intentions". *Journal of Applied Psychology*, 90(6), 1265-1272.



# 11

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA  
COMO DINAMIZADORA DE LAS RELACIONES  
EN UN ESCENARIO DE CRISIS

---





## LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL MARCO DE LA CRISIS ECONÓMICA: LA VISIÓN Y EL ENFOQUE EMPRESARIAL

**D. Antonio Leal Millán**

Catedrático de Organización de Empresas.

Departamento de Administración de Empresas y Marketing.

Universidad de Sevilla.

### 1. Crisis, diálogo social y negociación colectiva

La actual situación de crisis económica global, en el caso de España y de Andalucía en particular, presenta un componente acusado de crisis de empleo, y además presenta rasgos que le son propios y la diferencian de otras anteriores. De ahí el intenso y rico debate que se está generando, con propuestas de recetas muy diversas en su concepción y aplicación. No pretendo en esta ponencia, por razones obvias de espacio, abordar en general un tema tan ampliamente tratado en estos momentos, por lo que centraremos el debate y la atención en unos instrumentos, por los que estimo que ha de pasar necesariamente cualquier medida orientada a su solución: el diálogo social y la negociación colectiva. La trascendencia de estos instrumentos en la conformación de un sistema moderno de relaciones laborales en nuestro país es tan evidente que no necesita razones adicionales: lo proclama la Constitución Española y las de aquellos países de nuestro entorno comunitario, donde se proclaman el papel central que juegan tanto sindicatos de trabajadores como organizaciones de empresarios en un Estado de Derecho. Esto anterior ya se puso de manifiesto en el marco de la gran depresión y crisis económica del 29.

El modelo social elegido en nuestro país se ha ido transformando paulatinamente hacia un sistema bastante sólido de gestión concertada en el ámbito de la regulación de las relaciones laborales, que ha arrojado resultados notables desde sus primeras manifestaciones de principios de los años 80, donde comenzaron a articularse una serie de acuerdos interconfederales que permitieron gobernar las sucesivas crisis económicas sobrevenidas, actualizar la legislación y, a la vez, modernizar instituciones determinantes del funcionamiento de nuestro sistema de relaciones laborales, como lo fueron la formación profesional o la solución extrajudicial de conflictos. Esta amplia experiencia de casi dos décadas, entre otras cosas, ha evidenciado una verdad patente: que sin el consenso de los interlocutores sociales no es posible ninguna reforma laboral eficaz y estable. Así, por ejemplo, la experiencia que supuso la reforma de 1994, ha venido a demostrar cómo su potencial se vio sensiblemente incrementado con la aceptación sindical y cooperación íntima que se plasmaron años más tarde en los acuerdos de 1997,



y esto es algo que ha de tenerse muy presente en estos momentos de gran confusión y parálisis de los interlocutores sociales en las negociaciones para salir de la crisis en la que nos encontramos.

Lógicamente, la situación en Andalucía es claramente un ejemplo de esta evolución, en la medida en que los acuerdos de concertación social se han ido sucediendo sobre todo desde 1993, suscritos por la Junta de Andalucía y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, plasmándose esta experiencia en la acusada preferencia por el diálogo y la concertación social que se manifiesta en el Estatuto de Autonomía aprobado en el año 2007.

No obstante lo anterior, somos conscientes de la necesidad de continuar haciendo reformas y ajustes que, en modo alguno, invalidan la eficacia de un modelo probado y que ha introducido mucha flexibilidad a la hora de enfrentarse a los problemas y a sus soluciones. En suma, en un Estado como el nuestro no es razonable ignorar el papel que le corresponde a la negociación y al diálogo social, ni dirigirles críticas destructivas que conduzcan a un conflicto social abierto que ahora más que nunca, en época de crisis económica global, es indeseable por lo que supone de desestabilización del sistema de relaciones laborales y del propio sistema productivo. De esta forma, pensamos que los Convenios Colectivos se convierten en eficaces instrumentos de desarrollo de nuestro tejido productivo y en herramientas al servicio de la competitividad de las empresas y de la mejora de las condiciones de trabajo, pero también herramientas necesarias para el mantenimiento y la generación de empleo.

Una primera medida a tomar en esta dirección pasa por aumentar el grado de racionalización de la estructura de la negociación colectiva, regulando y encauzando debidamente el esfuerzo negociador y las relaciones entre sus diversas estructuras y agentes sociales, respetando cada vez más escrupulosamente el rol (obviamente diferenciado) que deben tener los sindicatos y la clase empresarial. Con esta finalidad se hace preciso apurar las posibilidades de permitir el más adecuado ajuste entre la regla laboral y la problemática y realidad concreta de las empresas en cada momento.

Por lo demás, la negociación colectiva aún no ha sido capaz de desarrollar todas las acciones posibles que permitan y promueva la necesaria flexibilidad de gestión interna de las empresas y por tanto del empleo. De esta forma se debiera promover la regulación alternativa de condiciones de trabajo sensibles, acorde con las circunstancias que atraviesa la empresa. Los descuelgues salariales, en ese sentido no han funcionado todo lo bien que se desearía por las organizaciones empresariales, pero señalan una práctica conveniente para prevenir y negociar los ajustes a nivel de empresa. Instituciones como los periodos de consulta y los planes sociales, además, podrían ser muy útiles en este sentido, incluyendo la definición conjunta del diagnóstico compartido sobre el futuro de la actividad empresarial. Otra vía puede ser potenciando la formación y cualificación de los trabajadores, incrementando con ello su posibilidades de inserción y su empleabilidad.



Nuevos temas o aspectos están requiriendo la atención de los negociadores en aras de la modernización de nuestro sistema productivo: la salud laboral, la igualdad, la gestión operativa del tiempo de trabajo, la introducción de nuevas tecnologías, la actualización de los sistemas de trabajo, el absentismo laboral, la progresiva extensión de una estructura retributiva asociada a una creciente productividad empresarial, etc. Medidas todas ellas que pasan por el consenso y la negociación más que por las imposiciones legales.

En fin, desde un enfoque específicamente empresarial, los diferentes aspectos y contenidos de la negociación colectiva actual deben abordarse desde una clave de compromiso con el empleo y la productividad. Y desde la vertiente de la participación de los trabajadores, es factible sostener que un rasgo importante de la negociación colectiva futura residirá en la conciencia progresiva de que la productividad y la competitividad de las empresas son objetivos comunes en cierto modo para ambas partes o agentes socioeconómicos.

## 2. Los retos de la economía española en la crisis actual

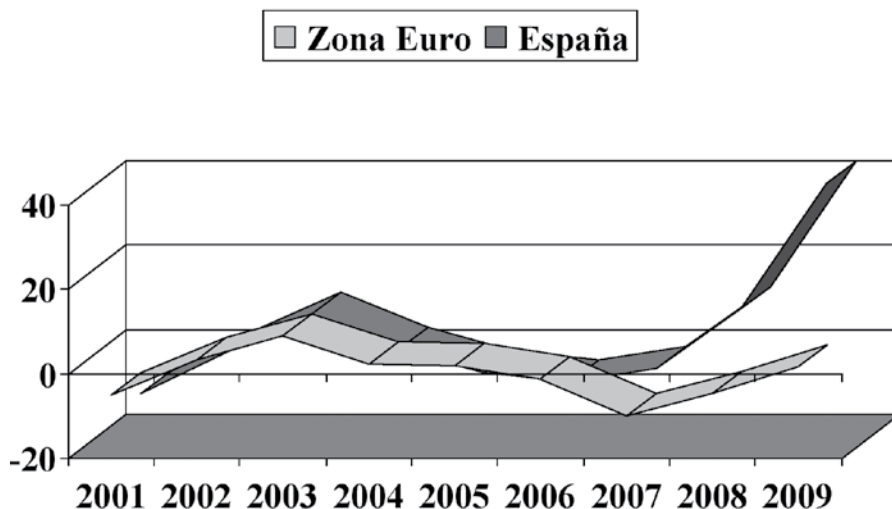
Tras una década de crecimiento económico sostenido, que nos ha traído una serie de importantes avances en términos de bienestar y empleo, así como de impulso y fortalecimiento de nuestro tejido empresarial, la economía española en estos precisos momentos afronta una nueva fase del ciclo económico caracterizada por fuertes necesidades de ajuste. En el contexto actual de crisis generalizada, la economía española se enfrenta a importantes retos. Por una parte, los derivados del cambio hacia un nuevo patrón de crecimiento, y por otra, aquellos orientados a reducir los desequilibrios acumulados desde hace años como la estructura del empleo o el nivel de internacionalización de nuestras empresas.

Cada vez se discute menos que conseguir mejorar la competitividad de nuestras empresas y de nuestra economía es el factor clave para aumentar y sostener a medio y largo plazo nuestro necesario crecimiento económico. Esto anterior es lo mismo que decir que nuestra política económica futura debe orientarse fuertemente al aumento y potenciación de los factores que proporcionan la competitividad en su sentido más amplio o general, no sólo a través del aumento de la cuota de nuestros productos en los mercados exteriores, sino mediante acciones estructurales que incidan en el aumento de la productividad, como la formación, la intensificación del esfuerzo en I+D+i, la flexibilidad de nuestro mercado de trabajo, etc.

Este camino descrito en las líneas anteriores es un buen rumbo y estrategia para consolidar la creación de empleo en el contexto actual, donde el aumento de las tasas de crecimiento interanual del desempleo está retroalimentando las consecuencias de la crisis. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que la economía española está incrementando el número de desempleados de una manera exponencial, en contraste con la media de los países europeos o de nuestro entorno (véase la figura 1). Es por ello que

se deben elegir cuidadosamente las actuaciones y políticas que tengan un mayor y más inmediato impacto en la creación de empleo en nuestro país.

**Figura 1. Parados en España y en la zona Euro**  
(Tasa de crecimiento interanual)



Fuente: Eurostat

Sentada la base de partida de que aumentar la competitividad de nuestras empresas es un factor clave para conseguir y sostener el crecimiento económico que permita superar la crisis, se hace necesario efectuar un análisis (tanto retrospectivo como de nuestra situación actual) sobre las causas o las razones de por qué España no es una economía competitiva. Estas causas son múltiples y diversas, pero podríamos resumirlas –sin ánimo de exhaustividad– en sus constantes vitales más importantes:

- Crecimiento de los costes laborales mayor a otros países europeos (véase figura 2 del anexo).
- Inflación superior a la de nuestros principales socios comerciales (véase figura 3 del anexo).
- Incrementos de la productividad bajos respecto a Europa (véase figura 4 del anexo).
- Cotizaciones sociales a cargo de las empresas mayores que en otros países industrializados (véase figura 5 del anexo).
- Mayores rigideces en el mercado laboral (véase figura 6 del anexo).
- Mayores obstáculos para iniciar un negocio (véase figura 7 del anexo).



- Marco legal y regulatorio que ralentiza o limita la actividad empresarial (véase figura 8 del anexo)
- Niveles de formación que no están a la altura de los países más industrializados.

### **3. La visión desde la perspectiva empresarial: Políticas y medidas en el ámbito sociolaboral y de la negociación colectiva**

Actualmente, los empresarios sostienen la visión de que la recuperación del crecimiento económico en nuestro país debe descansar en dos pilares básicos: un aumento de la competitividad de las empresas, y una mejora del entorno regulatorio institucional en el que las empresas desarrollan sus actividades. Para ello, deben adoptarse, en su opinión, una serie de políticas y medidas encaminadas a estos objetivos y que ejerzan un mayor y más rápido impacto en la creación de empleo y en el sostenimiento de las actividades económicas de las empresas. Desde esta perspectiva general, deberían abordarse una serie de acciones tendentes a:

- Mejorar la competitividad de nuestras empresas.
- Mejorar el entorno regulatorio en que se desarrollan las actividades empresariales.
- Combinar flexibilidad laboral y seguridad (teniendo en cuenta las experiencias en otros países).
- Costes laborales competitivos (salarios ligados a la productividad).
- Abordar decididamente el absentismo en las empresas (controlando la gestión de la prestación por incapacidad temporal).
- Mejorar los sistemas de educación y formación (calidad, abandono temprano, formación profesional, ...).
- Consolidar el diálogo social (como uno de los activos más importantes del modelo de relaciones laborales).

Pasamos, a continuación, a una exposición más desagregada de las propuestas y reivindicaciones de los empresarios.

#### **3.1. Propuestas y reivindicaciones empresariales en materia de empleo**

- Mejorar la capacidad de adaptación de empresas y trabajadores en temas como la contratación laboral, extinción de las relaciones laborales y negociación colectiva.
- La financiación actual de la Seguridad Social recae, fundamentalmente, en las empresas, constituyendo estas cotizaciones sociales un “impuesto sobre el empleo”. La reducción de estas cotizaciones empresariales debe ser una prioridad para apoyar el empleo.
- Reforzar la eficacia de las políticas activas de empleo.

### 3.2. Propuestas en materia de formación

Mayores incentivos a la inversión de las empresas en la formación de sus trabajadores. Mejorar el sistema de formación para el empleo, su financiación y avanzar en el principio de corresponsabilidad de empresa y trabajador.

### 3.3. Propuestas en materia de prevención de riesgos laborales

- Simplificar la normativa de prevención, adaptándola a las características particulares de las pymes.
- Adecuar los costes del aseguramiento de las contingencias profesionales a la realidad de la siniestralidad sectorial. Establecer un sistema que incentive la prevención de riesgos laborales en base a resultados.
- Potenciar la formación preventiva en todos los niveles educativos y, en especial, entre los pequeños empresarios y microempresas.
- Revisar los criterios de elaboración de las estadísticas sobre siniestralidad a efectos de su armonización con las estadísticas de la Unión Europea.

## 4. El enfoque empresarial en materia de negociación colectiva

La actual coyuntura económica española viene marcada por la crisis, pero es opinión de los empresarios que frente a este contexto negativo, la economía española cuenta con un rico bagaje acumulado en los últimos años en materia de diálogo social, importante activo, de un valor incuestionable, que tanto el gobierno como los interlocutores sociales han decidido reforzar. Con tal motivo se firmó, el 29 de julio de 2008, la “Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social”.

Siendo conscientes de las limitaciones del modelo español de negociación colectiva, en el marco del diálogo social de carácter bilateral, los últimos siete años CEOE y CEPYME junto a CCOO y UGT han dotado a los negociadores de criterios, orientaciones y recomendaciones para la negociación colectiva a través de la firma de los sucesivos Acuerdos Interconfederales. Estos acuerdos, con su carácter de recomendación y no de mandato, constituyen una práctica excepcional en el conjunto de la Unión Europea, anhelada por algunos países de nuestro entorno con los que competimos, por lo que debería de seguir aprovechándose todo su potencial.

Desde esta perspectiva, las organizaciones empresariales reivindican principalmente el diseño de una política salarial antiinflacionista:

- Que tome como referencia para la negociación del crecimiento de los salarios la inflación prevista real. Ya que en los distintos Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva se ha señalado reiteradamente que la credibilidad de la previsión de inflación es una base necesaria para el modelo de negociación salarial.



- En los convenios colectivos se encuentra una gran variedad de cláusulas de revisión salarial y algunas de ellas son aceleradoras de la inflación.
- La revisión de los salarios debe tener en cuenta la mejora de la productividad en las empresas, constituyéndose ésta en un referente. Subidas salariales por encima de la mejora efectiva de la productividad de las empresas producirán mucho más paro en nuestra economía.

En resumen, los contenidos de la negociación colectiva deben revisarse desde una clave de compromiso con el empleo y la productividad. Sobre la base de la participación de los trabajadores, es factible sostener que un rasgo de la negociación colectiva por venir residirá en la conciencia progresiva de que la productividad y la competitividad de las empresas son objetivos comunes en cierto modo para ambas partes.

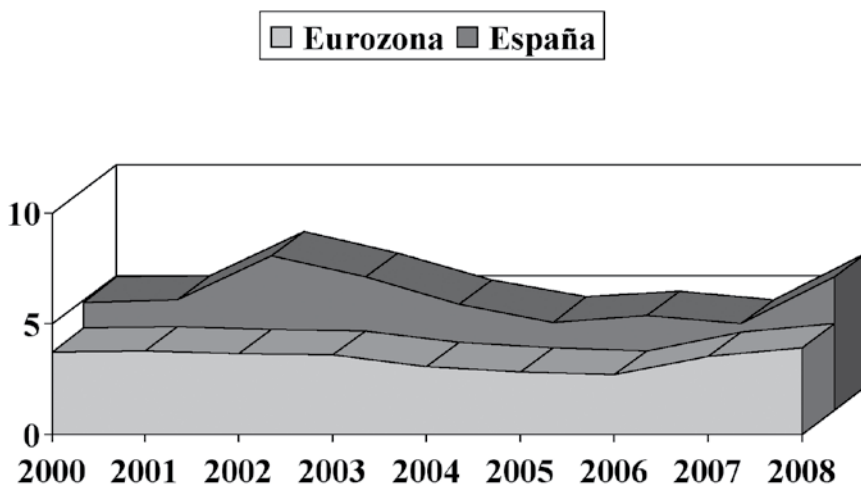
Evidentemente, todo lo anterior no implica que pueda desdeñarse el papel que corresponde jugar a los Poderes Públicos, incluso mediante las reformas legislativas. Pero aún así, para posibles cambios del marco normativo de referencia, ha de recordarse que la eficacia de la norma depende en buena parte de que se elabore en un marco de consenso social y acuerdo, que aproveche la experiencia ya consagrada, asumiendo nuevos papeles y retos para enriquecer el sistema, no sólo en cuanto al resultado final (la norma reformada) sino también en el proceso que ha conducido a ella.

## 5. Bibliografía consultada:

- Análisis económico de la negociación colectiva en España. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos MTAS, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2007.
- Circular para la negociación colectiva de 2009. CEOE, marzo de 2009.
- Eurostat Regional Yearbook 2008.
- IMD: World Competitiveness Yearbook 2008. <<<http://www.imd.ch/research/publications/wcy/index.cfm>>>.
- La coordinación de la negociación colectiva en Europa: Informe anual 2008. EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION. CONFEDERATION EUROPEENNE DES SYNDICATS. <<[www.etuc.org](http://www.etuc.org)>>.
- La negociación colectiva en España en 2006, 2007 y 2008. Madrid, Documentos de Trabajo, Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar. Observatorio de la Negociación Colectiva, CCOO, Madrid, 2008.
- Situación en España. Servicio de Estudios Económicos del BBVA. Fuente: <<<http://serviciodeestudios.bbva.com/KETD/ketd/esp/index.jsp>>>.

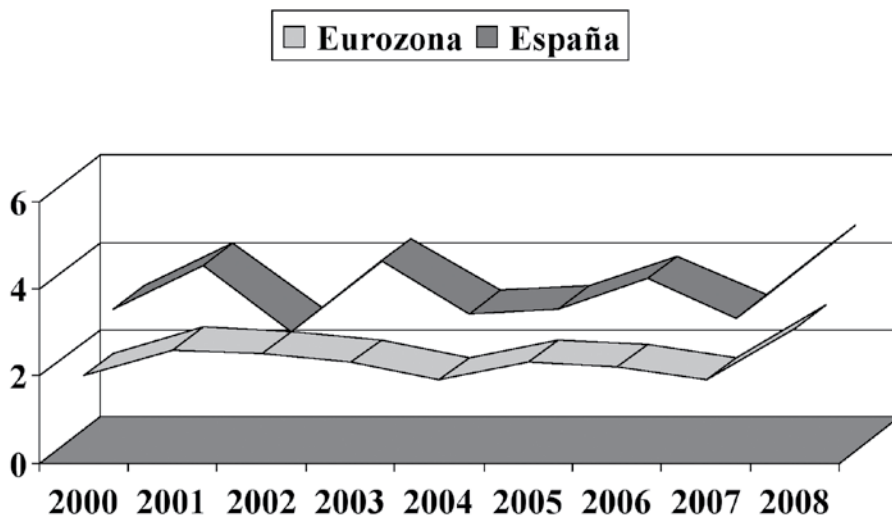
Anexo

**Figura 2. Coste laboral por hora**  
(Tasa de crecimiento interanual)



Fuente: Eurostat

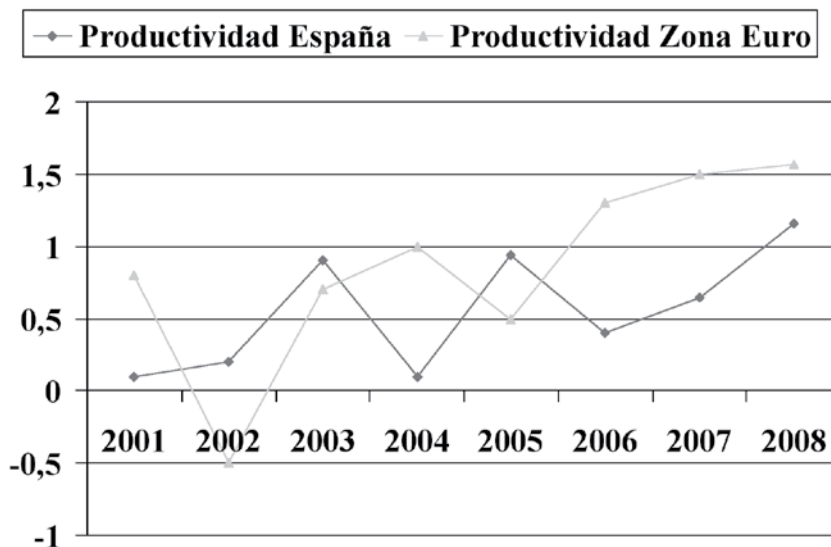
**Figura 3. Diferencial de inflación España y Europa**



Fuente: Eurostat

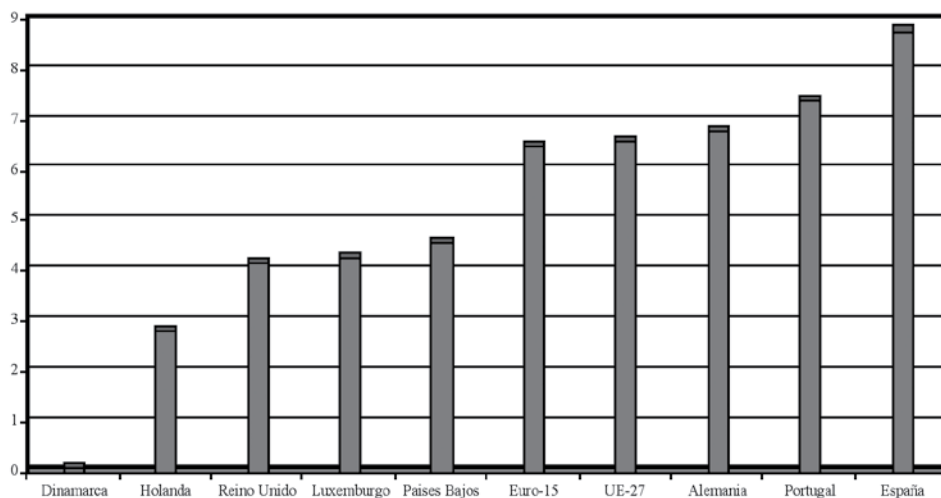


**Figura 4. Productividad en España y en la zona Euro**



Fuente: Eurostat

**Figura 5. Cotizaciones de los empleadores a la Seguridad Social (en % del PIB) Año 2007**



Fuente: Eurostat

**Figura 6. Mayores rigideces en el mercado laboral**

<b>España</b>	<b>Puesto en el ranking sobre un panel de 55 países</b>	<b>Los 10 primeros países del ranking</b> (su regulación no dificulta la actividad empresarial)
Regulación laboral	39	Dinamarca, Singapur, Hong Kong, Suiza, Estados Unidos, Tailandia, Canadá, Israel, Japón, Taiwán
Legislación del desempleo	44	Singapur, Hong kong, Suiza, Estados Unidos, Australia, Canadá, Jordania, Malasia, Estonia

Fuente: IMD World competitiveness yearbook, 2008

**Figura 7. Mayores obstáculos para iniciar un negocio**

<b>España</b>	<b>Puesto en el ranking un panel de 55 países</b>	<b>Los 10 primeros países del ranking</b> (más dinamismo para crear empresas)
Facilidad para hacer negocio	33	Singapur, Hong Kong, Dinamarca, Jordania, Suiza, Australia, Irlanda, Malasia, Canadá, Taiwán
Creación de empresas	44	Singapur, Hong kong, Estonia, Nueva Zelanda, Israel, Australia, Dinamarca, Canadá, Suiza, Jordania
Número de días para emprender un negocio	48	Australia, Canadá, Bélgica, Singapur, Dinamarca, Turquía, Estados Unidos, Estonia, Francia, Portugal

Fuente: IMD World competitiveness yearbook, 2008



**Figura 8. Marco legal y regulatorio que limita la actividad empresarial**

España	Puesto en el ranking un panel de 55 países	Los 10 primeros países del ranking (facilitan la competitividad y la actividad de las empresas)
Marco legal y regulatorio	39	Singapur, Hong Kong, Dinamarca, Suiza, Estonia, Irlanda, Australia, Canadá, Jordania, Estados Unidos
Intensidad reguladora	46	Hong kong, Singapur, Dinamarca, Estonia, Chile, Australia, Finlandia, República Checa, Irlanda, Suiza
Legislación de productos y servicios	32	Singapur, Dinamarca, Hong Kong, Suecia, Hungría, Nueva Zelanda, Canadá, Suiza, Austria, Noruega

Fuente: IMD World competitiveness yearbook, 2008





## ESTRATEGIAS DE LAS EMPRESAS EN CRISIS: REPERCUSIONES PARA EL EMPLEO

D. José Luís Galán González

Catedrático de Organización de Empresas.  
Universidad de Sevilla.

### Introducción

El contexto económico y social ha cambiado radicalmente en tan sólo dos años. Se ha pasado de un período prolongado de crecimiento económico a una situación de recesión jamás vista en la reciente historia de España, y en buena parte del mundo. La crisis que nos está azotando tiene consecuencias terribles, afectando al nivel de bienestar que nuestra sociedad había sido capaz de alcanzar.

El paro registrado en nuestro país ha crecido en más de un millón de personas en tan sólo un año y las perspectivas para el próximo futuro no son halagüeñas. Las previsiones del desempleo en Andalucía, que acaban de ser publicitadas por dos prestigiosos institutos de estudios (ESECA y AEA), vinculadas a cajas de ahorro de la región, apuntan a una cifras que fluctúan entre el 22% y el 29% de la población activa. Incluso con el límite inferior la realidad que está reflejando es verdaderamente aterradora, por muchas medidas paliativas que puedan implantarse.

El consumo de los hogares ha caído espectacularmente en los últimos meses. Los datos que se comunicaban sobre el descenso de la venta de automóviles era únicamente un ejemplo de lo que estaba ocurriendo en la práctica totalidad de los sectores. En algunos productos los decrementos de facturación han sido superiores al 50% y ese cambio es imposible de soportar por cualquier estructura de costes y productiva. La tasa de ahorro de las familias se ha elevado hasta niveles nunca visto en nuestro país, reflejando las sombrías perspectivas que los españoles tenemos de la situación económica. Este cambio de tendencia es especialmente peligroso, pues la propensión al ahorro puede convertirse en un rasgo estructural de nuestra economía que puede dificultar la recuperación de muchos sectores que no tienen una vocación exterior, como sucede en la mayoría de nuestras actividades productivas.

Las noticias acerca de las empresas, que recibimos a través de los medios de comunicación o en conversaciones privadas, no pueden ser más desalentadoras. Ciertamente, la mayoría de ellas obtuvieron considerables beneficios en la época de bonanza, pero



no se llevó a cabo un riguroso análisis de riesgos, ni se acumularon recursos defensivos para la época de crisis, decisiones que no eran fáciles de adoptar en aquel momento. De este modo, cuando las ventas se han reducido por la contracción del consumo, casi todas las empresas se han encontrado en dificultades; muchas de ellas han cerrado, otras están en procesos concursales, la mayoría intenta sobrevivir con enormes dificultades, con reducciones de costes que normalmente implican masivas reducciones de empleo.

La Administración Pública y los gobernantes intenta hacer frente a esta situación, pero las fugas de agua son numerosas y resulta difícil abordar los problemas y, sobre todo, generar un cambio en el ánimo y las expectativas de los ciudadanos y las empresas. En muy poco tiempo hemos pasado de una situación de superávit en las cuentas públicas a un déficit creciente, que ya parece haber superado todas las alarmas de los especialistas pero que, sin duda, seguirá creciendo. Es posible que ese aumento del desequilibrio en las cuentas públicas provoque consecuencias negativas en el futuro, pero es difícil resistirse a gastar cuando las necesidades son muchas y esa política es recomendada por los países reunidos en el G20. Otro tema será el relativo al empleo de los fondos públicos y los efectos de los usos alternativos.

Las estadísticas sobre diferentes variables reflejan cuantitativamente este proceso de deterioro que está padeciendo nuestro sistema económico. Así, la variación de los precios al consumo muestra que desde el mes de marzo el cambio mensual es negativo y, aunque no se puede hablar de deflación, la evolución está señalando el comportamiento del consumo. Hace poco tiempo la queja principal de los expertos era la elevada inflación respecto a las economías de nuestro entorno, que estaba afectando negativamente a la competitividad de los productos españoles en el exterior; en el momento presente la situación es la inversa, pero que está poniendo de manifiesto una realidad aún peor: el retroceso del consumo de la mayoría de productos y servicios. Llevamos ya tres trimestres consecutivos con una disminución del PIB, con una caída cada vez más pronunciada. Aunque los mensajes del gobierno auguran un cambio de tendencia a corto plazo, los especialistas no se ponen de acuerdo acerca de cuándo se producirá; si la evolución de la crisis será en forma de V, bastante improbable, o tendremos un proceso en forma de U amplia, o incluso de L. Las consecuencias de esa evolución para el empleo son terroríficas: después de una leve disminución de las cifras de desempleo durante los meses de verano, el aumento del paro se ha reactivado con fuerza y no se vislumbran claras perspectivas de un cambio de tendencia. El único dato positivo en esta panoplia de estadísticas lo ofrece la evolución del euríbor, que está permitiendo abaratar las hipotecas y conceder un cierto respiro a las familias, la mayoría de las cuales se encuentra altamente endeudada. El Instituto de Crédito Oficial elabora el índice ICC (Índice de Confianza de los Consumidores) que presentó una tendencia ascendente a partir del mes de marzo, probablemente debido a la cercanía de las actividades vinculadas al verano y a las iniciativas adoptadas por el gobierno, pero que en los últimos meses ha experimentado un retroceso. El precio de la vivienda ha sufrido un notable retroceso, cercano al 20%, pero aún existe un enorme stock de inmuebles pendientes de venta o en construcción. Las entidades financieras se han convertido en propietarios de un buen número de inmuebles que están lastrando sus balances y a los que ha de dar



salida; mientras no se reduzcan sustancialmente esas existencias es difícil que la construcción, el motor del desarrollo en el pasado reciente, pueda reactivarse. Finalmente, la afiliación a la Seguridad Social se ha reducido en casi un millón de personas, poniendo en peligro la sostenibilidad del sistema, con la derivación lógica sobre nuestra sociedad de bienestar.

Todos estos comentarios evidencian la angustiada situación en la que nos encontramos, si bien el padecimiento de unos no es igual al de otros. Hemos de ser conscientes de los efectos asimétricos de la crisis y ocuparnos sobre todo de aquéllos que más lo necesitan, pero teniendo en cuenta que hemos de construir un futuro, que decisiones apresuradas y erróneas pueden hipotecarlo. A pesar de los trazos trágicos de la situación, no podemos perder de vista que las crisis conllevan amenazas, pero también numerosas oportunidades. El alfabeto chino utiliza el mismo ideograma para recoger los conceptos de crisis, de amenaza y de oportunidad. La crisis supone, ciertamente, una amenaza, un contexto de angustia y ansiedad, pero también supone la posibilidad de cambios que coloquen a nuestra sociedad en un nivel de adaptación y bienestar superior. Siempre es conveniente, al hablar y analizar las crisis, recordar las palabras de Albert Einstein:

“No pretendamos que las cosas cambien, si siempre hacemos lo mismo. La crisis es la mejor bendición que puede sucederle a personas y países, porque la crisis trae progresos. La creatividad nace de la angustia como el día nace de la noche oscura. Es en la crisis que nace la inventiva, los descubrimientos y las grandes estrategias. Quien supera la crisis se supera a sí mismo sin quedar ‘superado’.

Quien atribuye a la crisis sus fracasos y penurias, violenta su propio talento y respeta más a los problemas que a las soluciones. La verdadera crisis es la crisis de la incompetencia. El inconveniente de las personas y los países es la pereza para encontrar las salidas y soluciones. Sin crisis no hay desafíos, sin desafíos la vida es una rutina, una lenta agonía. Sin crisis no hay méritos. Es en la crisis donde aflora lo mejor de cada uno, porque sin crisis todo viento es caricia. Hablar de crisis es promoverla, y callar en la crisis es exaltar el conformismo. En vez de esto, trabajemos duro. Acabemos de una vez con la única crisis amenazadora, que es la tragedia de no querer luchar por superarla”

Este es el espíritu que va a presidir el análisis que se realizará sobre las estrategias de las empresas en crisis. Comenzaremos por exponer algunas ideas acerca de los tipos de crisis y las causas que las provocan para entrar, a continuación, a comentar las estrategias que las empresas utilizan para intentar salir de las crisis. Dentro de las estrategias de detención del declive, las empresas suelen acometer iniciativas de reestructuración que suponen intensas reducciones de empleo, que serán el centro de interés de nuestras reflexiones. Terminaremos la ponencia con unas breves referencias sobre las posibles actuaciones de las empresas de nuestro entorno ante esta situación.



## Aspectos generales sobre las crisis empresariales

Aunque las consecuencias pueden ser parecidas, existen muchos tipos de crisis a las que se enfrentan las empresas. Las crisis pueden ser sobrevenidas, inesperadas, no previstas o bien provocadas por las propias empresas con la intención de inducir un cambio necesario y romper las rutinas que están conduciendo a la organización al anquilosamiento. Las crisis también pueden ser súbitas o repentinas, cuando el tránsito de la armonía a la desarmonía se produce de forma brusca, pero igualmente pueden acontecer de manera gradual o prolongada cuando, por ejemplo, un sector de actividad entra en declive lento. En cualquier situación, las crisis pueden provocar una respuesta de tipo amenaza-rigidez, que ha sido estudiada en comportamiento organizativo, y que se manifiesta por una insistencia en las rutinas del pasado y en los procesos de decisión que han tenido éxito en otras ocasiones. Las investigaciones han revelado que la respuesta amenaza-rigidez no tiene porqué ser disfuncional, sobre todo cuando las crisis son pasajeras y sus causas incontrollables. No obstante, normalmente no se trata de la respuesta más adecuada, pues siempre será preferible tratar de anticipar las crisis, para prepararse ante sus consecuencias, y en todo caso reaccionar ante ella y actuar, es decir, tomar decisiones, aunque el estrés y la tensión hacen que estas elecciones tengan una mayor probabilidad de ser erróneas.


Las causas de un declive organizativo, y finalmente de una situación de crisis, son variadas, aunque generalmente se suelen clasificar en causas internas y externas. Las primeras están relacionadas con decisiones equivocadas de la empresa; decisiones que quizás en su momento se consideraron oportunas. Normalmente, el declive de la empresa deriva de forma general de una gestión deficiente, que incluye al resto de causas internas. Entre éstas también se pueden mencionar: un control financiero inadecuado; una gestión deficiente del capital circulante, por ejemplo financiando activos no corrientes con deudas a corto plazo; operar con costes elevado; un insuficiente o inapropiado esfuerzo de marketing; un crecimiento incontrolado de las ventas; la realización de grandes proyectos que elevan considerablemente el riesgo de la empresa; adquisiciones de otras empresas que no producen los resultados esperados o que se producen con un cambio notable del contexto económico; una política financiera inadecuada; o un exacerbamiento de la inercia y la confusión organizativa, que dificultan o impiden cualquier posibilidad de adaptación a un entorno cambiante. Las causas externas también son diversas y entre ellas se pueden mencionar: un cambio en la demanda, bien por la aparición de un sustituto que satisface más eficazmente las necesidades de los consumidores o bien el simple agotamiento del nicho; la disminución de las ventas se puede producir también por la aparición de un competidor con productos más atractivos en su relación calidad/precio, como está sucediendo en muchos sectores con los rivales de los países asiáticos; o un cambio relevante en el precio de determinadas mercancías, entre las que se puede incluir el precio de la moneda (el cambio de paridad euro-dólar está trayendo enormes dificultades a muchas empresas que vendían en mercados donde la moneda americana servía de referencia).



El conocimiento de las causas de la crisis es relevante, pues las respuestas que los dirigentes puedan dar a esa situación dependerán en gran medida del origen del declive. En este tema es preciso distinguir entre causas reales y percibidas; los directivos interpretan el proceso de crisis y asignan unas determinadas causas. Esta atribución tiene importantes consecuencias sobre la forma de abordar el declive. Cuando se analiza la atribución de las causas de una crisis, es posible establecer una clasificación en función de tres criterios: el origen o "locus" de las causas, su estabilidad y el grado de control sobre ellas. Desde el punto de vista del origen, las causas pueden ser internas o externas, según hemos visto en el párrafo anterior. Según su estabilidad, las causas serán temporales, cuando transcurrido un tiempo breve la causa desaparece y la crisis se desvanece, o permanentes, que dan lugar a crisis de larga duración. Por último, desde la óptica del control, las causas pueden ser controlables por el sistema afectado (empresa, país,...) o incontrolables.

Como fácilmente puede comprenderse, las respuestas que los dirigentes articularán para hacer frente a la crisis dependerán de las causas que se atribuyan. Si se considera que las crisis vienen provocadas por causas externas, ajenas a mi responsabilidad, temporales y fuera del control de la empresa o del país, las respuestas y decisiones para arrostrar la situación serán normalmente pasivas y defensivas. Por el contrario, cuando se estima que las crisis vienen provocadas por causas internas, que son permanentes y que están dentro del control de los dirigentes, las actuaciones serán más proactivas. Las diferencias de atribución permiten explicar porqué países o empresas se comportan de forma tan dispar ante crisis similares y porqué se adoptan determinadas iniciativas por parte de esos sistemas sociales.

Con independencia de las causas que provocan las crisis, el desarrollo del proceso suele ser bastante parecido en todas las ocasiones. Los directivos o responsables del sistema afectado suelen comenzar por negar la crisis, achacando posibles datos negativos a factores coyunturales y reforzando las informaciones positivas que confirman sus juicios. A medida que el declive avanza, los dirigentes suelen ocultar la crisis, restringiendo la información negativa sobre determinadas variables; esta actitud tiene su lógica en el sentido de culpabilidad que las sociedades occidentales tienen tan arraigado: de todo acontecer alguien es el responsable y nuestra cultura de éxito nos impele a rechazar la atribución del fracaso, acusando a otros o simplemente asignado la crisis a causas externas. Si las causas no son temporales o efímeras, es inevitable que el proceso de declive se intensifique, en una especie de "espiral descendente", y la organización entre en una situación de desintegración, con una manifestación clara de la situación de crisis y una angustia porque se han agotado gran parte de los recursos que el sistema disponía. Tras la desintegración sobreviene el colapso, la situación crítica que pueden conducir al fracaso de la organización y su consecuente desaparición, o a la recuperación y el cambio de tendencia. La denominación de "estrategias de cambio de rumbo" refleja adecuadamente esa transformación en su evolución que las organizaciones tratan de lograr.



Para que el cambio de rumbo suceda, es decir, para que la organización salga de la situación de crisis y entre en un proceso de recuperación es necesario que sus responsables, y en general todos sus miembros, se marquen cuatro objetivos fundamentales.

- El primero consiste en tomar el control de la situación. Cuando se ha llegado a un punto crítico en la evolución del declive es necesario que se adopten decisiones, en algunos casos dolorosas, pero que tengan sentido y se enmarquen dentro de una estrategia bien definida. El establecimiento de esa estrategia exige que una persona o grupo asuman el control de la organización y sean responsables del éxito o fracaso del intento.
- El segundo busca alcanzar el apoyo de los *stakeholders* o grupos de interés principales de la organización. Entre esas partes interesadas hay que mencionar a los accionistas o propietarios, a los trabajadores, a los prestamistas y entidades financieras, a los proveedores, a los clientes,... Sin una convergencia de intereses será prácticamente imposible que los directivos puedan conseguir superar los obstáculos de la crisis.
- El tercer objetivo está relacionado con el asentamiento del negocio, con el análisis de la viabilidad de la actividad y la adopción de decisiones que marquen un rumbo para un futuro mejor. Sin ese horizonte deseado resulta bastante difícil que los grupos de interés se comprometan en un esfuerzo que supondrá, necesariamente, importantes sacrificios.
- El último objetivo hace referencia a la financiación que permitirá seguir alimentando la actividad. Actualmente la mayoría de las empresas se queja de la falta de financiación para hacer frente a sus gastos corrientes y a posibles inversiones. Nos encontramos en una situación extrema, pero las entidades financieras tendrán, mas pronto que tarde, que reiniciar la esencia de su actividad, que consiste en conceder préstamos a las empresas y familias; con un riguroso análisis del riesgo, pero ese examen es el que han tenido que hacer en todos los casos.

## Estrategias de las empresas en crisis

Cuando las empresas se hunden en crisis profundas se han de enfrentar a tres tipos de problemas que se encuentran vinculados: operativo, financiero y estratégico. Por un lado, tienen que hacer frente a problemas operativos, que están relacionados con el funcionamiento corriente de la organización. La crisis tiene efectos sobre la confianza de los grupos de interés, especialmente de los proveedores y clientes, en la empresa; y sobre la motivación de los trabajadores y otros grupos en continuar vinculados con ella. El descenso en la confianza y la motivación da lugar a conflictos, en algunos casos de elevada intensidad. Hacer frente al problema operativo implica fijarse dos objetivos principales: conseguir que la empresa siga funcionando con un cierto grado de normalidad y preparar la organización para el futuro. Para conseguir el primer objetivo, las



empresas tienen que desarrollar unas buenas dotes de comunicación, tienen que generar confianza en los clientes y proveedores, tienen que ser capaces de abordar reducciones de costes que no pongan en peligro las virtudes esenciales de la empresa, y tienen que ser capaces de diseñar planes financieros y presupuestos realistas.

Por otro lado, la empresa arrostra problemas financieros, tratando de conseguir a corto plazo un cierto equilibrio financiero y sobre todo la viabilidad económico-financiera de la organización. El problema financiero es esencialmente una cuestión de negociación entre la empresa y sus acreedores. Los propietarios o accionistas deben tener la voluntad de invertir o desinvertir en activos para conseguir los recursos financieros suficientes para hacer frente a parte de sus deudas. Los acreedores han de comprender que deben negociar, y probablemente renunciar a algunos de sus derechos, para conseguir llegar a un acuerdo y no derivar en un conflicto donde, con seguridad, todos perderían. Las situaciones concursales pretenden facilitar el logro de ese acuerdo bajo la tutela judicial; sin embargo, las empresas acceden a los concursos en una situación tan debilitada que la inmensa mayoría de ellos finaliza en liquidación. El problema financiero, pues, supone una negociación donde ha de imperar la racionalidad económica. No obstante, en muchas ocasiones, sobre todo en el caso de empresas grandes y con una cierta repercusión, la racionalidad económica que debe presidir las negociaciones se ve mezclada por una racionalidad política, derivada de la presencia e influencia de los sindicatos, de determinados agentes sociales y de los responsables públicos.

Finalmente, el problema estratégico supone cuestionarse sobre la viabilidad a largo plazo de la empresa: ¿tiene futuro la actividad que se está desarrollando en función de la posición competitiva de la empresa? En gran medida, la respuesta a esta pregunta deriva de las causas que han provocado la crisis, que demandará acciones e iniciativas diferentes. Si las causas son externas, la empresa deberá acometer una importante reorientación estratégica, sobre todo si el declive viene producido por un agotamiento permanente de la demanda. Si las causas son internas, será necesaria la aparición de un líder que sea capaz de marcar una estrategia definida si la causa de la crisis es política, o la empresa deberá llevar a cabo una importante reestructuración organizativa si los problemas derivan de debilidades organizativas, descontrol de costes o una escasa eficiencia. Hablaremos posteriormente de las posibles alternativas que las empresas tienen según el tipo de problema estratégico.

Debemos señalar que estos tres problemas no son independientes, sino que se encuentran estrechamente entrelazados, por lo que no pueden abordarse de forma completamente separada. No obstante, tienen horizontes temporales diferentes; los problemas operativo y financiero suelen ser a muy corto plazo, mientras que el estratégico implica decisiones que condicionarán el futuro de la organización a largo plazo. Por último, aunque debe existir un responsable único de la crisis empresarial, que puede ser una persona o un grupo (comité directivo, consejo de administración,...), se ha de contar con especialistas que aborden los tres tipos de problemas, pues tienen especificidades que dificultan su abordaje por un solo individuo.



La resolución de este abanico de problemas requiere que la empresa desarrolle una estrategia para hacer frente a la crisis; estrategias que habitualmente reciben el nombre de “cambio de rumbo”, o *turnaround* en inglés. Estas estrategias suponen, algunos autores señalan que necesariamente si bien otros no son tan tajantes, dos etapas, que implican acciones e iniciativas diferentes: la etapa de detención del declive y la etapa de recuperación. El nombre de cada una de ellas refleja adecuadamente los objetivos que se persiguen. La estrategia de detención del declive implica habitualmente reestructuraciones, reducciones de costes y de activos, regulaciones de empleo, selección de segmentos de clientes, etc. Todas estas acciones tienen como finalidad principal parar el deterioro que está experimentando el rendimiento de la empresa y conseguir aumentar el cash-flow que permita hacer frente a los compromisos de pago y reorientar la estrategia si fuera necesario. Por su parte, la estrategia de recuperación conlleva una reflexión y decisión acerca de la actuación de la empresa: ¿es posible continuar con la estrategia actual o será necesaria una reorientación estratégica?, ¿qué grado de cambio estratégico se necesita? Tanto la estrategia de detención del declive como de recuperación vienen influidas por determinadas variables y tienen determinados efectos que pasamos a comentar.

El proceso de declive que experimenta la empresa, que puede ser súbito o gradual, provoca tres consecuencias indeseables en la empresa, que desencadenan la situación de crisis. Por un lado, la disminución de rendimiento y de recursos normalmente conduce a una disminución del apoyo de los stakeholders, quienes comienzan a desconfiar de la capacidad de la dirección para hacer frente a los problemas. Por otro lado, el declive suele traducirse en una disminución de la eficiencia de la empresa, que va a requerir actuaciones encaminadas a reducir los costes y a aumentar esa eficiencia. Finalmente, la pérdida de la armonía organizativa se traduce en un deterioro del clima interno de la organización y en unos procesos de decisión debilitados. Estas tres consecuencias se encuentran relacionadas y se refuerzan mutuamente. Las estrategias de detención del declive tratan de abordar estos efectos negativos de la crisis, para lo cual los responsables han de adoptar todo un conjunto de decisiones, orientadas a renovar el apoyo de los grupos de interés, a aumentar la eficiencia de la empresa y a estabilizar el clima interno y mejorar los procesos de decisión. Las decisiones que se adopten dentro de esta etapa van a depender de dos variables de contingencia.

- En primer lugar, la severidad del declive condicionará la intensidad de las medidas que se implanten: si la crisis es muy profunda y está amenazando la supervivencia de la empresa, los responsables habrán de asumir decisiones drásticas, dolorosas, pero probablemente necesarias; si la crisis es menos intensa y temporal, las actuaciones serán menos traumáticas. Como ya señalamos anteriormente, se ha de hacer una adecuada atribución de las causas de la crisis y determinar su grado de severidad pues, en caso contrario, las acciones que se acometen pueden no ser las adecuadas y conducir la empresa a una situación irreversible.
- En segundo lugar, la disponibilidad de recursos *slack*, es decir, de una cierta holgura de recursos hará posible la adopción de ciertas iniciativas que serán inviables en una situación de angustia financiera y de recursos. Los recursos *slack*



pueden estar comprometidos o absorbidos dentro de la estructura de costes de la empresa (posibilidad de aumentar la eficiencia mediante reducciones de costes) o no comprometidos o no absorbidos, como la existencia de recursos financieros líquidos en el balance o la posibilidad de endeudamiento ante un reducido ratio de apalancamiento.

Las estrategias de detención del declive no representan la solución a la situación de crisis a la que se enfrentan la empresa, pero sienta las bases para lograr la recuperación. Sin estas iniciativas será bastante complicado iniciar estrategias de cambio de rumbo efectivas, aunque se ha de tener en cuenta que las actuaciones dirigidas a detener el declive de la empresa deben estar informadas e influidas por las estrategias de recuperación que la empresa debe desarrollar. No tiene sentido desprenderse de recursos para reducir costes que después son imprescindibles para desarrollar la estrategia que permitirá recuperar la salud económica de la empresa.

Las estrategias que permiten la recuperación del rendimiento y de la salud estratégica de la empresa pueden ser muy variadas: desde continuar con la estrategia actual con pequeñas modificaciones hasta un cambio radical de mercado y de actividad, pasando por fusiones, adquisiciones y colaboraciones con otras empresas que permitan acceder a los recursos de los que nuestra firma carece. Al referirse a las estrategias de recuperación, los expertos suelen diferenciarlas en función del grado de cambio estratégico que suponen; continuar con la estrategia actual implica poca transformación, mientras que situarse en nuevo contexto o actividad puede suponer un elevado cambio estratégico. El mayor o menor grado de mutación estratégica va a venir condicionado por dos factores o variables: las causas del declive y la posición competitiva de la empresa.

Así, si la causa externa del declive viene determinada por una disminución a largo plazo de la demanda de la empresa, o bien por una contracción cíclica de la industria, como está sucediendo ahora en el sector de la construcción, pero la posición competitiva de la empresa es fuerte, probablemente lo más interesante para la empresa será continuar con la estrategia actual, introduciendo cambios incrementales que permitan un mejor ajuste al entorno. Por el contrario, si la causa del declive es interna, es decir, deriva de factores propios de la empresa, pero, como en el caso anterior, la posición competitiva es fuerte, la estrategia de recuperación deberá suponer una importante reorientación estratégica mediante el apalancamiento de los recursos y capacidades actuales de la empresa. Si la posición competitiva de la empresa es débil (reducida cuota de mercado, escasos recursos valiosos,...) y la causa de la crisis es el declive a largo plazo de la industria, la empresa deberá plantearse la posibilidad de salida, liquidando la actividad, o bien concentrarse en aquellos segmentos de mercado que ofrezcan posibilidades de viabilidad. Si la posición competitiva es débil, pero la contracción de la industria es cíclica o coyuntural, la empresa puede mantener la estrategia actual, llevando a cabo actuaciones defensivas mientras dure la crisis, pero siempre que tenga una cierta holgura de recursos que le permita sobrevivir al período de turbulencias. Finalmente, si la posición competitiva de la empresa es débil y la causa del declive es interna, la empresa no tendrá más remedio, si quiere sobrevivir y recuperarse, que acometer una notable



transformación estratégica que requerirá la creación y el desarrollo de nuevos recursos y capacidades. Como puede comprobarse, el factor fundamental para determinar la estrategia de recuperación más adecuada es la posición competitiva de la empresa, esto es, si la empresa dispone de recursos y capacidades para conseguir adaptarse y transformar el entorno. Los grados de libertad disminuyen cuando la empresa no tiene fortalezas estratégicas, pero aun así los directivos tienen alternativas que les pueden conducir a un cambio de rumbo en la tendencia del rendimiento y del agotamiento de recursos.

## **La reducción de empleo como una estrategia para las empresas en crisis**

Retornando a las estrategias de detención del declive, ya hemos señalado que persiguen tres objetivos principales: conseguir el apoyo de los *stakeholders*, aumentar la eficiencia de la empresa y mejorar el clima interno y los procesos de decisión en la organización. Normalmente, la expresión "aumento de la eficiencia" suele implicar un eufemismo para recoger la búsqueda de reducciones de costes en la empresa, lo que suele implicar reestructuraciones corporativas y, fundamentalmente, reducciones de empleo masivas. Las crisis profundas comportan un progresivo, más o menos acelerado, agotamiento de los recursos de la empresa, que se manifiesta finalmente en una disminución del rendimiento y en una precariedad financiera. Para hacer frente a ese declive de la rentabilidad, las empresas suelen acometer reducciones de costes que suelen derivar de reducciones de empleo en la empresa. Todo este proceso se conoce con el pomposo nombre de reestructuración, si bien el término recoge otras actuaciones además de la reducción de empleo. La explicación de este comportamiento por parte de la empresa es sencilla y lógica: el beneficio se obtiene como diferencia entre ingresos y costes; en una situación de declive o crisis, el aumento de los ingresos resulta bastante difícil y complicado; por esta razón, los directivos recurren a la variable que mejor pueden controlar, a saber, los costes de la empresa. Dentro de estos costes hay algunos que son más fáciles de reducir que otros. A pesar de las trabas que la legislación española impone a los despidos, fundamentalmente en términos de indemnizaciones, resulta más rápido y sencillo reducir los costes laborales que otro tipo de costes; si bien hay que reconocer que las empresas en crisis se esfuerzan por reducir todo tipo de gasto y las presiones a los proveedores, por ejemplo, suelen ser intensas para conseguir rebajas en el coste de las compras. Los fabricantes de productos alimenticios están experimentando el elevado poder de compra que los distribuidores están ejerciendo sobre sus precios.


No obstante, a pesar de que se trata de una práctica habitual y justificada teórica y empíricamente, los estudios realizados permiten afirmar que en muchas ocasiones las reducciones de empleo no producen los efectos buscados, en el sentido que no aumentan los beneficios de la empresa y, además, sitúan a la empresa en una posición de debilidad estratégica para acometer nuevas iniciativas. Las razones también son fácilmente comprensibles.



Es indudable que la salida de la crisis puede implicar un proceso de reestructuración que permita detener o parar el declive de la empresa, pero ya sabemos que para recuperarse, al menos en determinadas circunstancias, la empresa debe acometer una cierta reorientación estratégica, es decir, debe llevar a cabo innovaciones, que supongan realizar las cosas de forma diferente a como se venían haciendo, pero también debe mejorar en la gestión, poniendo más sentido y racionalidad a la forma en que las cosas se han venido llevando a cabo. Tanto en la innovación como en la mejora de la gestión la empresa va a necesitar personas inteligentes y bien preparadas, sin las cuales llevar a buen puerto la estrategia se antoja bastante complicado. En consecuencia, si las necesarias reducciones de empleo que ha de realizar la empresa se acometen de forma indiscriminada, sin tener en cuenta los conocimientos, capacidades y habilidades de los trabajadores, los efectos sobre la posición competitiva de la empresa pueden ser muy negativos. Es posible que se rompan grupos de trabajo, redes informales de conocimiento, que se pierda la memoria organizativa,...; todas ellas secuelas perversas para el funcionamiento de la organización. Las empresas que actúan así consideran a los trabajadores como un coste y, por tanto, su reducción se realiza sin un análisis profundo de sus derivaciones. Por el contrario, otras empresas llevan a cabo reestructuraciones que podemos llamar responsables, pues realizan previamente un examen detenido de las consecuencias que la reducción de empleo puede tener para la organización. Estas empresas consideran a los trabajadores como un activo que es preciso conservar y valorar, pues de él depende el futuro de la empresa.

Las empresas suelen cometer todo un conjunto de errores cuando emprenden procesos de reestructuración que suponen reducciones masivas de empleo. Los principales son los siguientes:

1. No establecer claramente los objetivos a corto y largo plazo. Normalmente las empresas no se interrogan acerca de lo que esperan los clientes de ellas y cómo la reestructuración afectará a su habilidad para satisfacer las expectativas de esos clientes.
2. Utilizar la reducción de empleo como un primer recurso en lugar de considerarla como un último recurso. En muchas ocasiones las empresas reducen empleo porque ven a los competidores hacerlo, sin considerar otras aproximaciones alternativas.
3. Llevar a cabo una reducción de empleo no selectiva. ¿Son todos los empleados y todos los departamentos igualmente valiosos para la empresa? Probablemente no. Los empleados que tienen un alto rendimiento y que son difíciles de sustituir son más valiosos y deben ser retenidos.
4. Incapacidad para cambiar las formas de realizar el trabajo. Es necesario pasar de una vieja forma de trabajar a una nueva, pues en caso contrario la misma cantidad de trabajo se carga en las espaldas de un número menor de empleados.
5. Fracaso para implicar a los trabajadores en el proceso de reestructuración. Es más probable que los empleados apoyen las iniciativas cuando ellos han contribuido y ayudado a crear y desarrollar. Se han de articular mecanismos y oportunidades para que los empleados participen en las decisiones.

- 
6. Fracaso para comunicar abiertamente y con honestidad. La ausencia de una comunicación efectiva conduce a rumores e incertidumbre. La comunicación abierta y honesta es crucial para que los empleados ganen confianza y esa confianza es básica para conseguir el éxito en la reestructuración.
  7. Ineptitud en la gestión de aquéllos que pierden su trabajo. Siempre es necesario y conveniente tratar a los empleados con dignidad y respeto, entrenar a los supervisores en el manejo de factores emocionales y proporcionar ayuda a los trabajadores que abandonan la organización.
  8. Fracaso para gestionar a los supervivientes de forma efectiva. Es preciso reforzar la moral de los empleados, pues los que se quedan tienden a ser estrechos de mente y aversos al riesgo. Hay que superar el prejuicio emocional que experimentan cuando observan que sus compañeros pierden sus trabajos, que se traduce en un mayor estrés, en abatimiento y en incertidumbre.
  9. Ignorar los efectos sobre otros *stakeholders* o grupos de interés. Además de supervivientes y víctimas, hay que pensar en los efectos sobre clientes, proveedores, accionistas y la comunidad local.
  10. Fracaso para evaluar los resultados y aprender de los errores. La reestructuración no suele ser un acontecimiento único para muchas empresas y tienden a repetir los errores en sucesivas ocasiones. No hay que tener miedo de preguntar a los empleados lo que se hizo mal y a los clientes acerca de cómo se satisfacen sus necesidades.

Estos errores derivan de decisiones equivocadas que adoptan los directivos de las empresas. Hace pocos años se realizó en USA una amplia encuesta a directivos que trataba de determinar las principales causas que se encontraban detrás del fracaso directivo. Se identificaron quince causas principales, de las cuales las seis primeras son las siguientes:

CAUSA 1ª: Prácticas y habilidades de comunicación no efectivas, que fue señalada por el 81% de los directivos encuestados. Los directivos fracasan si son incapaces de comunicarse de forma efectiva, que implica fundamentalmente no compartir información crítica con los empleados y no escuchar las preocupaciones de los que los rodean. Una pobre comunicación provoca incertidumbre y estrés en los empleados, lo que disminuye su rendimiento y aumentan los rumores y la rotación.

CAUSA 2ª: Pobres relaciones laborales y habilidades interpersonales, indicada por el 78% de los directivos. La incapacidad de impulsar relaciones de trabajo efectivas aísla a los directivos de las redes informales de conocimiento y de los recursos que necesitan para conducir un cambio con éxito.

CAUSA 3ª: Carencia de capacidades y habilidades generales de gestión (69%). Muchos directivos carecen de las habilidades necesarias para operar de manera efectiva en entornos cambiantes. Personas que han tenido éxito en determinados contextos, pueden devenir en funcionalmente obsoletas en otros entornos. Los individuos en entornos y organizaciones cambiantes se dan cuenta a menudo de que carecen de la formación, habilidades o experiencia necesarias para alcanzar el éxito.




CAUSA 4ª: Incapacidad para establecer una clara dirección y expectativas (64%). Los empleados quieren una clara definición de cuáles son sus deberes y metas y los criterios de rendimientos que servirán para juzgarlos.

CAUSA 5ª: Fracaso en superar o romper los viejos hábitos y adaptarse rápidamente (57%). La ineptitud de un directivo para adaptarse y romper los viejos hábitos frecuentemente es debida a su incapacidad para comprender las señales del entorno que sugieren que el cambio es necesario, perpetuando comportamiento y acciones que ya no proporcionan valor a un departamento u organización.

CAUSA 6ª: Inseguridad en la delegación de responsabilidades y *empowerment*. La asignación de responsabilidades de trabajo y la delegación a las personas de la autoridad y recursos que necesitan para desarrollar sus actividades son procesos que requieren reflexión, planificación, comunicación y confianza. Además, en períodos de cambios rápidos, los trabajadores han de tomar la iniciativa, pero se detienen cuando no están seguros de ser los responsables de los resultados.

Estas causas, y los fracasos directivos que conllevan, explican en buena medida los errores que las empresas suelen cometer cuando acometen reestructuraciones con reducciones de empleo. No obstante, siempre es posible encontrar ejemplos de empresas que han tomado iniciativas que tratan de superar esos errores:

1. Hay empresas, como Charles Schwab & Company, que han empleado las reducciones de empleo como un último recurso. Ante el progresivo deterioro de la situación financiera de la compañía, adoptaron una serie de pasos antes de finalmente proceder a una disminución del empleo:
  - a) Reducción de gastos como comidas, desplazamientos,..., así como la paralización de determinados proyectos.
  - b) Disminución de los salarios de los ejecutivos.
  - c) Se animó a los empleados a utilizar vacaciones no empleadas y tomar permisos no remunerados.
  - d) Selección de algunos viernes como días de descanso no remunerados.
  - e) Sólo después de estas medidas se anunciaron reducciones de empleo, pero con buenas indemnizaciones económicas que fueron pagadas, en gran medida, por el propio fundador de la compañía.
2. Algunas empresas intentan “aparcar” o retener a los mejores trabajadores, al mismo tiempo que tienen el máximo respeto con el resto. Por ejemplo, Cisco ha pagado un tercio del salario a determinados trabajadores mientras prestan sus servicios en ONGs; Accenture estableció años sabáticos parcialmente remunerados; y Motorola compensaba a los trabajadores con ocho semanas de salario mientras buscaban salidas en otras empresas.

- 
3. Finalmente, ciertas compañías, como Philips Electronics Singapore, ofrecían formación, consejo y asistencia en la búsqueda de empleo a los trabajadores desplazados. Se intentó que los empleados permanecieran en la empresa, para lo cual se cambiaron las prácticas de recursos humanos:
    - a) Se pidió a los directivos que evaluaran cuidadosamente las proyecciones a largo plazo de la fuerza de trabajo antes de reclutar a nuevos trabajadores.
    - b) Las vacantes se debían cubrir con personal interno, a no ser que no cumplieran los requerimientos.
    - c) Se potenció el reclutamiento de personal por contrato temporal para asegurar flexibilidad cuando la demanda fluctúa.

Muchas de estas iniciativas se incluirían dentro de una reestructuración responsable, que debería estar guiada por las siguientes sugerencias:

- I. Considerar cuidadosamente las razones y fundamentos que están detrás de la reestructuración y de las reducciones de empleo. ¿Existe un plan que tenga en cuenta los diferentes aspectos y el impacto sobre los trabajadores que se quedan en la empresa, sobre los que se van y sobre las habilidades de la empresa para atender a los clientes?.
- II. Valorar las virtudes de la estabilidad, de mantener los equipos de trabajo, que tal vez pueden compensar los potenciales beneficios del cambio.
- III. Antes de adoptar cualquier decisión final acerca de las reducciones de empleo, los directivos deberían manifestar sus preocupaciones a los empleados y buscar su opinión y complicidad. Muchas veces los trabajadores tienen brillantes ideas que pueden hacer los despidos innecesarios. Incluso aunque éstos fueran necesarios, buscar la opinión de los trabajadores impulsará un sentimiento de participación, pertenencia y control personal. Hay que hacer esfuerzos específicos para conseguir la opinión y el apoyo de los empleados “estrella” o líderes de opinión.
- IV. No se debe utilizar la reducción de empleo como un “ajuste rápido” para lograr objetivos a corto plazo frente a los problemas a largo plazo. Es preciso considerar primero otras alternativas y hacer de la reestructuración un último recurso, no una primera opción.
- V. Si los despidos son necesario, hay que asegurarse de que los empleados perciben el proceso de selección de los excedentes como justo y tomar las decisiones de una manera consistente.
- VI. Hay que comunicar regularmente y de diversas formas en aras de mantener a todo el mundo al tanto de los nuevos desarrollo y de la información. Compartir información financiera y competitiva confidencial con los empleados establece un clima de confianza y honestidad.



- VII. Proporcionar a los que se quedan en la empresa una razón para permanecer y a las nuevas contrataciones un motivo para unirse a la organización. No se debe olvidar que la innovación y la prestación de un servicio superior a los clientes depende fundamentalmente de las personas.
- VIII. Entrenar a los empleados y a los directivos en las nuevas formas de operar. Las empresas cuyos presupuestos de formación se incrementaron tras la reestructuración consiguieron mejoras en productividad, en beneficios y en calidad.
- IX. Examinar todos los sistemas de Recursos Humanos cuidadosamente a la luz del cambio en la estrategia o en el entorno de la empresa. Este análisis supone una revisión detallada de la planificación de la fuerza de trabajo, del reclutamiento y la selección, de la evaluación del rendimiento y la compensación, y de las relaciones laborales.

## A modo de conclusión

Teniendo en cuenta nuestro contexto económico, siempre se puede cuestionar que las ideas y sugerencias precedentes pueden ser de interés para las grandes empresas, pero que la realidad de las pequeñas y medianas empresas es completamente diferente. La crítica tiene su fundamento: la mayoría de nuestras empresas apenas si tienen grados de libertad para aplicar algunas de las sugerencias que se han apuntado. No obstante, tampoco hay que sumirse en el desánimo y la desesperanza, pues esas recomendaciones pueden constituir una guía que cada empresa utilizará en la medida de sus posibilidades. Quiero terminar estas líneas con algunas reflexiones dirigidas a las innumerables empresas en dificultades que hormiguean por nuestros pueblos y ciudades. Estas reflexiones tratan de dar respuesta a dos preguntas:

- ¿Qué podríamos haber hecho para prepararnos para la crisis?
- ¿Qué podemos, y debemos, hacer para salir de ella?

Hay que reconocer que la crisis está afectando intensamente a la práctica totalidad de actividades económicas y que casi todas las empresas se han visto afectadas en mayor o menor medida. Sin embargo, esta gradación del impacto es significativa: hay empresas que no se han visto tan perjudicadas como otras, o que habiendo sido igual de impactadas parece que son capaces de resistir mejor. A mi juicio, se deberían haber tomado determinadas iniciativas que explican estas diferencias entre empresas; resumo esas actuaciones en tres. En primer lugar, se podría haber aprovechado el período de bonanza para haber mejorado sustancialmente en capacidades y competencias directivas. La gestión de muchas empresas era bastante deficiente, pero las carencias venían siendo ocultadas por un crecimiento elevado de la demanda de los sectores. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, se debería haber llevado a cabo una más rigurosa valoración y gestión de riesgos. Muchas empresas acometieron grandes inversiones,



incentivadas por un período de crecimiento que no parecía tener fin y por un acceso fácil a financiación barata. En aquellos momentos no llevar a cabo esos proyectos no tenía sentido, pero no se hizo, incluso por parte de las entidades financieras, un análisis de riesgos que advirtiera de las consecuencias en caso de que las expectativas no se vieran cumplidas; como así ha ocurrido. En tercer lugar, los enormes recursos y beneficios que las empresas obtuvieron no se destinaron a la generación de una holgura de recursos, los llamados recursos *slack* o defensivos, que pueden utilizarse en momentos de dificultades. La liquidez de las empresas se ha agotado rápidamente y los ratios de apalancamiento eran tan elevados que ofrecían poca flexibilidad en momentos de dificultad. Si a estas carencias se une una restricción del crédito por parte de las entidades financieras, es fácilmente explicable la situación de angustia en la que se encuentra una buena parte del tejido empresarial andaluz y español.

Ahora se escuchan voces por doquier señalando “ya lo decía”, “la crisis se veía venir”, “estaba claro que existía una burbuja inmobiliaria que más pronto que tarde iba a explotar”. Ciertamente los indicios existían y algunos estudios y opiniones ponían de manifiesto los riesgos de nuestro sistema económico, pero casi nadie adoptó medidas para prevenir y paliar los efectos de la crisis. Es cierto que algunas empresas han reaccionado más rápidamente ante los primeros avisos de la crisis, pero muy pocas se habían preparado ante la avalancha que se nos venía encima. Por tanto, de nada vale lamentarse acerca de lo que se podría haber hecho, tan sólo debemos aprender para futuras experiencias similares, aunque la historia demuestra que rápidamente olvidamos las enseñanzas de los acontecimientos negativos.


¿Qué podemos hacer para intentar superar la situación de crisis o al menos para “capear el temporal”? Si existiera una receta para salir de la crisis, indudablemente las empresas ya la estarían aplicando, pero cada organización se enfrenta a sus propias dificultades y resulta difícil establecer unas prescripciones generales, aunque algunas recomendaciones siempre son posibles.

- En primer lugar, siempre es aconsejable solicitar ayuda especializada y objetiva. Es cierto que los empresarios y directivos son los que mejor conocen las características de sus empresas, y muchos de ellos han sido excelentes gestores, pero tal vez la asistencia que necesitan no sea fundamentalmente técnica, sino sobre todo de visión y objetividad. Los directivos se encuentran sumergidos en la vorágine de la crisis, atrapados por sus propias decisiones y rutinas del pasado, y son incapaces de analizar la situación con objetividad y realismo. En muchos casos el apoyo técnico también será necesario y no debe existir reticencia en solicitarlo.
- En segundo lugar, es necesario llevar a cabo un correcto diagnóstico de las causas de la crisis, teniendo en cuenta los problemas y sesgos de atribución. Considerar que las dificultades derivan exclusivamente de causas externas, ajenas al control de la empresa, implica adoptar una actitud pasiva que tal vez no sea la más recomendable. En estos momentos de incertidumbre es posible que se tengan bastantes dudas acerca de las causas reales de la crisis, pues existe una variedad de problemas que



complica una mirada clara a la situación. En estos casos de inseguridad es conveniente inclinarse por las causas más desfavorables. Si consideramos que las causas del declive son fundamentalmente internas, provocadas por una carencia de recursos y capacidades y una débil posición competitiva, y son además permanentes, los directivos tendrán que adoptar medidas más drásticas que si las causas son externas y temporales. Existe el riesgo de equivocarse y, por tanto, de sobrereactuar, pero si las medidas sirven para apalancar los recursos y capacidades de la empresas y para hacer una profunda reflexión estratégica sobre la viabilidad del negocio habrá sin duda merecido la pena el posible error.

- En tercer lugar, hay que llevar a cabo un análisis profundo acerca de la viabilidad estratégica de la empresa. No hay que tener miedo a considerar las alternativas más extremas, entre ellas la posible liquidación de la compañía. Si la viabilidad es reducida, una liquidación rápida y ordenada de la firma puede ser más conveniente que una agonía lenta y prolongada. No estamos ante situaciones irreversibles; si una empresa desaparece, sus propietarios y directivos pueden crear otra cuando las circunstancias sean más favorables, evitando los errores cometidos, o dedicarse a otra actividad con mejores perspectivas.
- En cuarto lugar, es imprescindible buscar y conseguir el apoyo de los *stakeholders* o grupos de interés. Sin la ayuda de las entidades financieras, de los proveedores, de los clientes, de los trabajadores, resulta muy complicado salir de la crisis. No es tarea fácil lograr esa colaboración cuando la empresa ha arribado a una situación extrema; es más sencillo cuando aún dispone de recursos *slack* y de unos ciertos grados de libertad. Pero incluso en situaciones límites se puede contar con la ayuda de las distintas partes interesadas, si se está dispuesto a renunciar a ciertos aspectos y la relación y comunicación con los grupos es franca, fluida y honesta. Es difícil conseguir financiación ajena en estos momentos, pues las entidades financieras han restringido la concesión de créditos; pero no podemos olvidar que el negocio de estas entidades es precisamente ése y, por tanto, no pueden dejar de realizar su actividad, aunque hayan endurecido las condiciones y, sobre todo, el análisis del riesgo.
- En quinto lugar, las empresas deben esforzarse por gestionar eficazmente el corto plazo, es decir, deben tratar de ser realistas en su generación de beneficios, es decir, en la diferencia entre ingresos y gastos. Los presupuestos deben ser muy ajustados y conservadores, fijando previsiones de ingresos a la baja y ajustando los gastos a esos ingresos. La reducción de costes será dolorosa, pero si se hace una buena comunicación será comprendida. Las discusiones abiertas y constructivas pueden dar lugar a soluciones que no pasan necesariamente por las reducciones masivas de empleo. La experiencia de otros países y determinadas empresas así lo atestigua.
- Finalmente, los directivos y empresarios han de preparar la empresa para el futuro. Las medidas a corto plazo que se adopten no pueden hipotecar ni hacer inviable el proyecto de la empresa; en este caso es preferible la liquidación ordenada de la compañía. La empresa ha de saber a dónde se dirige, es decir, debe establecer una estrategia, que puede ir desde continuar con lo que ha venido haciendo en el pasado hasta una innovación estratégica radical, dedicándose a actividades completamente



diferentes. La reflexión estratégica sobre las posibilidades de la empresa pasa por un análisis profundo de las perspectivas del sector de actividad en el que se encuentra, de los diferentes segmentos o nichos, y una valoración objetiva de los recursos y capacidades que la empresa posee. Sobre esos pilares la empresa ha de diseñar la estructura estratégica que quiere alcanzar para su organización.

## Bibliografía

- Arogyaswamy, K.; Barker III, V.L.; Yasai-Ardekani, M. (1995): Firm Turnarounds: An Integrative Two-Stage Model. *Journal of Management Studies*, vol. 32, num. 4, pp. 493-525.
- Cascio, W.F. (2002): Strategies for Responsible Restructuring. *Academy of Management Executive*, vol. 16, num. 3, pp. 39-50.
- Ford, J. (1985): The Effects of Causal Attributions on Decision Makers' Responses to Performance Downturns. *Academy of Management Review*, vol. 10, num. 4, pp. 770-786.
- Hambrick, D.C.; D'Aveni, R.A. (1988): Large Corporate Failures as Downward Spirals. *Administrative Science Quarterly*, vol. 33, num. 1, pp. 1-23.
- Longenecker, C.O.; Neubert, M.; Fink, L.S. (2007): Causes and Consequences of Managerial Failure in Rapidly Changing Organizations. *Business Horizons*, vol. 50, pp. 145-155.
- Pearce II, J.A.; Robbins, D.K. (2008): Strategic Transformation as the Essential Last Step in the Process of Business Turnaround. *Business Horizons*, vol. 51, pp. 121-130.
- Robbins, D.K.; Pearce II, J.A. (1992): Turnaround: Retrenchment and Recovery. *Strategic Management Journal*, vol. 13, num. 4, pp. 287-309.
- Slatter, S.; Lovett, D. (1999): Corporate Turnaround. *Managing Companies in Distress*. Penguin Books, London.





Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
**CONSEJERÍA DE EMPLEO**